

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

FLÁVIO PINHEIRO FIRMINO

ERRO MÉDICO: RESPONSABILIDADE PENAL CULPOSA

Aracaju  
2012

#### FICHA CATALOGRÁFICA

Firmino, Flávio Pinheiro

Erro médico: responsabilidade penal culposa/ Flávio Pinheiro  
Firmino. – 2012.

72f.: il.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e  
Negócios de Sergipe, 2012.

Orientação: Prof. Me Evânio José de Moura Santos

1. Responsabilidade 2. Culposa 3. Consentimento informado  
4. Crime culposos I. Título

CDU 343.618(813.7)

FLÁVIO PINHEIRO FIRMINO

ERRO MÉDICO: RESPONSABILIDADE PENAL CULPOSA

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau em bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc: Evânio José de Moura Santos

Aracaju  
2012

FLÁVIO PINHEIRO FIRMINO  
ERRO MÉDICO: RESPONSABILIDADE PENAL CULPOSA

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção de grau em bacharel em Direito, à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em 25 / 06 / 2012

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Mestre: Evânio José de Moura Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

1º Avaliador: Prof. Matheus Dantas Meira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

2º Avaliador: Prof. Carlos Magno de Oliveira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico esta conquista primeiramente a Deus, onipresente em todos os momentos de angústia e aflição do meu coração, aos meus pais em especial e a Lilian Ludimila pela bondade do seu coração, a quem amaria outras vezes se preciso fosse.

## AGRADECIMENTOS

A Deus primeiramente, porque sem Ele essa conquista não seria possível e à minha família, em especial aos meus pais por terem me suportado nos momentos difíceis. Obrigado, mãe, por tudo que tens feito em minha vida.

À minha noiva Lilian Ludimila pelos momentos presentes quando mais precisei de alguém, sempre esteve ao meu lado de um jeito muito especial me orientando sempre no caminho do bem, apesar da distância física, mas sempre presente em meu coração.

À Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, pela sua contribuição na minha formação acadêmica e na capacitação para uma nova jornada que se inicia com mais esta conquista.

À coordenação do Curso de Direito da Instituição pela dedicação dispensada ao longo do curso.

Aos professores da instituição, pois sem eles não seria possível esta conquista e, em especial, à Marlene Hernandez Leites por sua paciência e sabedoria ao ministrar suas aulas, tornando esta conquista possível.

Ao curso de Direito da Fanese e, em especial, ao Coordenador Victor Condorelli pela sua presteza e atenção quando solicitado, demonstrando esmero e competência.

Aos funcionários da instituição que sempre nos atendem com satisfação.

Ao meu orientador Professor Msc. Evânio José de Moura Santos, por suas sábias palavras e ensinamentos ao longo desta jornada.

Senhor, como são numerosos os meus perseguidores! Mas vós sois, Senhor, para mim um escudo; eu, que me tenho deitado e adormecido, levanto-me, porque o Senhor me sustenta.

Salmo 3.1

## RESUMO

O presente trabalho trás a conhecimento o processo que envolve os profissionais da área de saúde, a responsabilização por seus atos quando do tratamento de seus pacientes, os riscos inerentes ao exercício da profissão. A relação existente entre o médico e o paciente, e como os profissionais de saúde são responsabilizados, além das excludentes de responsabilidade destes, seja por erro escusável ou até mesmo por culpa do paciente, ou por fatores alheios a vontade de ambos, fatores dependentes de avanços tecnológicos, equipamentos, condições dignas de trabalho, jornadas excessivas realizadas pelos médicos, entre outras. O acesso a justiça por parte de todas as camadas da população, além de um poder maior delegado ao Ministério Público na fiscalização das condutas dos profissionais com o advento da Constituição Federal de 1988.

A liberdade de atuação do médico também será relatada, da mesma forma que, os fatores que influenciam na configuração do ato lesivo, e possível responsabilização do médico diante de tais ocorrências, se o profissional agiu com dolo ou culpa, pois é fator preponderante na mensuração da responsabilidade pelo dano ou ato lesivo, que possa vir a causar sequelas para o resto da vida ou até mesmo óbito do paciente devido ao tratamento escolhido para a enfermidade que acometia o mesmo. Relato sobre as modalidades de culpa que incorrem os médicos, o consentimento informado aos pacientes de forma clara e precisa de todos os riscos que envolvem o procedimento e eventuais acontecimentos esperados no caso em questão.

## ABSTRACT

This working knowledge back to the process that involves health professionals, accountability for their actions when treating their patients, the risks inherent to the profession. The relationship between doctor and patient, and how health professionals are held accountable in addition to the exclusive responsibility of, either by mistake or even excusable fault of the patient, or by factors unrelated to their wishes, factors dependent on advances technology, equipment, decent working conditions, excessive hours performed by doctors, among others. Access to justice for all sections of the population, and a higher power delegated to prosecutors in the supervision of professionals' behavior with the advent of the Federal Constitution of 1988.

The doctor's freedom of action will also be reported in the same way that the factors that influence the configuration of the harmful act, and possible liability of the physician faced with such occurrences, if the professional acted with malice or fault, because it is a major factor in the measurement responsibility for damage or harmful act, which may cause consequences for the rest of your life or even death of the patient due to the chosen treatment for the disease that affected the same. Report on the modalities of guilt incurred by physicians, informed consent to patients in a clear and accurate of all the risks of the procedure and possible events expected in this case.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	10
2 RESPONSABILIDADE MÉDICA .....	14
3 ERRO MÉDICO E ACESSO À JUSTIÇA .....	19
4 A LIBERDADE DE ATUAÇÃO DO MÉDICO .....	21
5 FATORES QUE INFLUENCIAM NA CONFIGURAÇÃO DO ATO LESIVO .....	23
6 DO DOLO E DA CULPA .....	25
6.1 DOS COMPONENTES DO FATO TÍPICO .....	27
6.1.1 Conduta Dolosa ou Culposa .....	27
6.1.2 Do Resultado .....	29
6.1.3 Do Nexo Causal .....	29
6.1.4 Imputação Objetiva.....	30
6.1.5 Tipicidade .....	32
6.2 DA ANTIJURIDICIDADE .....	32
6.3 DO DOLO E DA CULPA .....	33
7. A DOGMÁTICA DA CULPA E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO .....	35
7.1 MODALIDADES DE CULPA .....	36
7.1.1 Imperícia .....	36
7.1.2 Imprudência .....	37
7.1.3 Negligência .....	38
7.2 NATUREZA DA CULPA MÉDICA .....	39
7.2.1 O Erro de Diagnóstico .....	40
7.2.2 O Erro Grosseiro .....	42
7.2.3 O Erro de Tratamento .....	43
7.3 CONSENTIMENTO INFORMADO (INFORMED CONSENT) .....	44
8. PROCEDIMENTOS MÉDICOS ADEQUADOS .....	48
9. JURISPRUDÊNCIA .....	51
9.1 NEXO CAUSAL .....	52
9.2 OBJETO MATERIAL .....	53
9.3 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA .....	54
9.4 CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE .....	55
9.5 PREVISIBILIDADE .....	56
9.6 IMPRUDÊNCIA .....	58

9.7 NEGLIGÊNCIA .....	59
9.8 IMPERÍCIA .....	60
9.9 INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA .....	61
9.10 MÉDICO E CRIME CULPOSO .....	63
9.11 ANESTESIA E CRIME CULPOSO .....	65
CONCLUSÃO .....	67
REFERÊNCIAS .....	69

## 1 INTRODUÇÃO

O médico tem a sua responsabilidade penal determinada, levando em consideração várias questões, pautadas em peculiaridades da ciência médica. Ele pode ser apenado com medidas exacerbadas e ações repressivas em face da oposição primordial do combate da impunidade. Isso pode fazer com que os médicos se desestimulem, não ousem e assumam os riscos inerentes ao exercício regular da profissão.

É inegável que os riscos fazem parte do exercício regular da medicina. Dessa forma, cabe ao profissional avaliá-los e calculá-los ao ter que optar por uma conduta (omissiva ou comissiva) nos tratamentos dos pacientes, obstante não possuir um controle absoluto sobre o resultado desejado. A fatalidade faz parte dos serviços médicos.

Médico e paciente formam uma relação em que existe uma obrigação de meio, e não de resultado. Pois ao tratar o paciente, o profissional assumiu a obrigação de tratá-lo adequadamente, ou seja, obedecendo as informações dirigentes da ciência, coerente com os recursos locais disponíveis e com as condições pessoais e específicas de cada paciente. Em oposição à conduta médica que reside no “direito de tentar”, tido como uma liberdade indispensável do médico, e o “direito do paciente” não se transformem em algo experimental gerando polêmicas.

A *Lex artis*<sup>1</sup> regula o exercício normal e conhecimentos especiais de profissões específicas, entre elas, médicos e engenheiros. Ela nos informa sobre a realização de atividades especiais, nas quais, anteriormente, existe o dever de atualizar conhecimentos para o cometimento de erros.

Para imputar um crime a alguém, é mister uma conduta humana culposa ou dolosa, um resultado (a depender do caso, pois existem crimes consumados só com a conduta), nexos causal entre conduta e resultado e a perfeita assunção da conduta, entre nexos de causalidade e resultado contidos na descrição de uma norma. É aplicada uma pena abstrata prevista no crime descrito em lei.

---

<sup>1</sup> A *lex artis* é definida como conjunto de regras consagradas pela prática médica no estágio atual. A atuação médica conforme a *lex artis* é aquela considerada adequada, por corresponder à generalidade de condutas profissionais perante casos análogos. Paul Monzheim, ob.cit., pag. 73 e Gilberto Baumann de Lima, Culpabilidade do Médico e a "lex artis", in Revista dos Tribunais, 695/422, pag. 427.

O art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 diz: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Para que exista crime, o agente deve praticar uma conduta dolosa ou culposa, conseqüentemente sua responsabilização penal. Doloso se diz quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado (art. 18, I, Código Penal (CP)). E culposo quando o agente causou o resultado por negligência, imprudência ou imperícia (art. 18, II, CP).

Culpa em sentido *lato sensu* é aquela em que o agente age livremente e conscientemente, para o resultado antijurídico, ou se existir a probabilidade de que este ocorra, ou, ao menos, evidenciando, mesmo sem previsão do resultado, inescusável divergência ou imoderação.

Então, o dolo supõe-se que represente o resultado e a vontade de produzir (ou a aquiescência do agente produzindo o resultado, no dolo eventual). Ou seja, a conduta e o resultado foram ansiados pelo agente. Sua vontade está focada tão somente na ação (ou omissão) igualmente ao resultado típico.

A culpa (*stricto sensu*) o agente tem *animus* apenas para a conduta, sem que haja previsão possível do resultado pelo agente, apesar de previsível (para o homem comum). Caso se observem as regras objetivas de cuidado para a sua conduta (dever objetivo de cuidado), será previsto o possível resultado e, mediante esta previsão, não agiria de tal forma.

Para o Código, o dever objetivo de cuidado é violado expressamente como negligência, imprudência e imperícia. Negligência é fazer algo sem a prudência exigida, caracterizada por uma inação, ou seja, omissão de cuidados e precauções necessários. Imprudência é um comportamento ativo do sujeito (comissivo). Ela revela uma conduta temível, audaz, desaconselhada pelo senso comum.

A imperícia é a inobservância de conhecimentos técnicos, por falta de preparo e entendimentos técnicos, das cautelas específicas para o exercício ou ofício ou profissão.

Por fim, o ordenamento jurídico através do Código Penal Brasileiro, preceitua culpa quando o autor age com imprudência, negligência ou imperícia. O juiz tem maior dificuldade quando da ocorrência de imperícia para fixar a culpa do médico, pois há a necessidade de uma investigação dos corretos procedimentos técnicos do profissional.

É necessário uma postura equilibrada quando da responsabilização penal do médico, ao considerar a imensurável responsabilidade que lhe é peculiar, haja vista, sua função de cuidar da vida das pessoas, mantendo sua integridade física, sem esquecer os riscos que são inerentes ao exercício regular da medicina, até que ponto poderá chegar à responsabilização dos profissionais da área de saúde?

Antes de qualquer coisa, se faz necessário esclarecer se existe punição para os profissionais de medicina nos casos de erro médico e avaliar as penas previstas em nosso ordenamento. Ao considerarmos o crescente aumento da interposição de eventos jurídicos no exercício da medicina em nossa sociedade, o que torna de fundamental importância o esclarecimento por parte dos profissionais do direito, acerca do que declara a legislação Brasileira sobre o assunto.

O conhecimento dessas informações pode contribuir para uma melhoria no cumprimento da lei, e posterior melhoria na fiscalização do cumprimento da mesma, além de modificar os mecanismos deficientes que estabelecem o nexo de causalidade. O presente trabalho pode ser utilizado também como base de referência para orientação dos profissionais contratados para trabalhar em processos que envolvam o tema.

Afora o interesse pessoal do pesquisador, o tema se impõe pela recorrência das discussões sobre o erro médico culposo no Brasil e pela contribuição que um trabalho desta natureza pode emprestar à compreensão do real papel do médico numa sociedade cada vez mais informada.

Esclareceu-se também se existe punição para os profissionais de medicina nos casos de erro médico; análise das previsões legais e as penas previstas no ordenamento; examinar os mecanismos e sua eficiência na determinação do nexo de causalidade, os posicionamentos dos juízes diante dos casos em que o laudo pericial é inconclusivo, as indenizações médicas garantidas aos pacientes em quais situações, identificando as penalidades impostas, bem como se existe independência nas sanções administrativas e sanções penais.

A pesquisa será do tipo bibliográfica, ela segue o pensamento de Mezzaroba e Monteiro<sup>2</sup>. A abordagem da pesquisa será de natureza qualitativa, utilizando a técnica descritiva, revistas jurídicas e artigos digitalizados, artigos em sites jurídicos.

---

<sup>2</sup> MEZZAROBA. Orides; MONTEIRO. Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105.

Para os autores<sup>3</sup>, a “qualidade é uma propriedade de ideias, coisas e pessoas que permite que sejam diferenciadas entre si de acordo com suas naturezas”. Não se deve generalizar a análise dos dados, pois apenas deve-se compreender de uma forma mais intensa o fenômeno ao produzir inferências que contribuam à constituição de leis gerais que tenha uma eficácia proativa.

Em todos os momentos do trabalho acadêmico, será utilizada pesquisa bibliográfica, especialmente baseada na compilação dos seguintes materiais:

- a) livros e/ou obras que possibilitem um conhecimento tecnocientífico;
- b) publicações periódicas: jornais e revistas, artigos científicos por possuírem um rigor de elaboração e análise, bem com um aprofundamento nas matérias;
- c) todo e qualquer material encontrado em meios digitais e em diversos sítios via internet;
- e) utilizar também o Código Penal e o Código de Processo Penal atualizado.

A pesquisa contemplará uma abordagem dedutiva, baseada nos pensadores racionalistas Descartes, Spinoza e Leibniz, partindo dos princípios reconhecidamente verdadeiros e indiscutíveis, para possibilitar formalmente as conclusões evidenciadas unicamente em sua lógica<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Id, Ibid, p. 107.

<sup>4</sup> TORRES, Juliano. **Método dedutivo VS método indutivo**. [online] Disponível em URL: <<http://precodosistema.blogspot.com/search?q=dedutivo+e+indutivo>>. Acesso em 30 de novembro de 2011. [n.p.]

## 2 RESPONSABILIDADE MÉDICA

A evolução histórica da responsabilidade médica tem sido tema de muitas repercussões cíveis e criminais atualmente na sociedade.

Giostri<sup>5</sup> relata que “na antiguidade, a prática da medicina mostrava-se muito restrita, além de estar intimamente ligada à religião. A maioria dos fatos era atribuída às divindades”. A crença nos deuses justificava as doenças e cura ocorrida entre os povos antigos. Quando se desobedecia a um Deus, acreditava-se que determinadas doenças eram provenientes de castigos impostos pela desobediência à suas crenças. Era exigida dos médicos uma enorme responsabilidade mediante a sua conduta rigorosa, pois não era possível aferir os bens de quem dependia de seus préstimos<sup>6</sup>.

O autor preceitua que todo e qualquer risco eminente ao paciente deveriam ser analisados com extremo rigor ao informar-se de todas as possíveis consequências destas<sup>7</sup>. Caberá ou não ao juiz inverter o ônus da prova uma vez que cabe a quem acusa o encargo de provar<sup>8</sup>. Ele nos afirma que deve existir o nexo de causalidade para estabelecer a relação entre a ação e a causa de agir, para que de tal forma possa ser-lhe imputado tão somente como resultado final aquilo que deu causa<sup>9</sup>. Em suma, ele nos revela que o Estado teve a responsabilidade dos seus administrados após a promulgação da carta de 1988, esclarecida com fulcro no art. 37, § 6º, não havendo mais o que se discutir acerca de tal matéria<sup>10</sup>.

Segundo o Jornal de Pediatria, a própria natureza do corpo humano exige uma complexidade de práticas médicas não obstante assim um grande número nas taxas que relatam os erros cometidos pelos médicos<sup>11</sup>. Vê-se sempre o erro médico como culpa do profissional, mas esquece-se de verificar de fato o que deve ser punido<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico - à luz da jurisprudência comentada**. Imprensa Braile, Adevipar. Volume único. Curitiba: Outubro - 2001. p. 23.

<sup>6</sup> Id, Ibid, p. 39.

<sup>7</sup> Id, Ibid, p. 132.

<sup>8</sup> Id, Ibid, p. 196.

<sup>9</sup> Id, Ibid, p. 274.

<sup>10</sup> Id, Ibid, p. 300.

<sup>11</sup> JORNAL DE PEDIATRIA. Rio de Janeiro: **Erro médico em pacientes hospitalizados**. Sociedade Brasileira de Pediatria. Vol. 78, Nº4, 2002. 0021-7557/02/78-04/261. p. 262

<sup>12</sup> Id, Ibid, p. 266.

É necessário oferecer o sursis processual ou, estando impossível a sua concretização, seguir com a instrução processual<sup>13</sup>. O médico é passível de condenação salvo observância dos requisitos legais, exigindo assim do profissional uma conduta diversa<sup>14</sup>.

Às vezes, o profissional não tem conhecimento técnico para exercer determinada profissão ou procedimentos necessários e inerentes a ele no exercício regular de sua função<sup>15</sup>.

A imperícia “é a falta de habilitação legal; a imprudência é fazer o que não se deve; a negligência é não fazer o que se deve.”<sup>16</sup> São as definições que estão lastreadas no Código Penal Brasileiro vigente. Segundo o Des. Cordeiro Machado, ocorre negativa de recurso ao juízo a quo mediante dúvida suscitada quando da verificação da culpa<sup>17</sup>.

Assevera-nos a Revista Bioética que não se deve lesar ninguém, obrigar a reparação ou ressarcimento relativo ao dano que fora causado injustamente com responsabilização civil do mesmo<sup>18</sup>. Com todos os elementos caracterizadores da responsabilidade médica há de se perguntar na inversão do ônus da prova<sup>19</sup>?

Para os autores Costa e Costa<sup>20</sup>, com a condenação na esfera penal gera um direito de reparação civil para a vítima ou sua família, restando apenas à discussão sobre o valor devido da indenização. Caso o médico aja arriscadamente em sua conduta, ele poderá ser processado por homicídio doloso, no qual ficou claro a sua intenção de causar o dano, pois ele assumiu o risco de obtenção do resultado<sup>21</sup>. Os autores dizem que algumas condutas médicas podem ser qualificadas como culposas, ou seja, não havia a intenção do resultado alcançado, no caso em questão, o homicídio. Revelam que em nosso ordenamento jurídico define uma série de crimes inerentes à profissão do médico.

<sup>13</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Revista Jurídica. **A responsabilidade penal por erro médico**. Blumenau/SC: FURB. nº 3, junho de 1998, p. 56.

<sup>14</sup> Id, Ibid, p. 58.

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 148.

<sup>16</sup> RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. **Erro médico aspectos jurídico e médico-legal**. São Paulo: RT 625, p. 418.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 1a CC n. 302. Rel. Des. Cordeiro Machado, PJ 28/23).

<sup>18</sup> Revista Bioética. **A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira**. Natal/RN: 2010; 18 (1): p. 32.

<sup>19</sup> Id, Ibid, p. 37.

<sup>20</sup> COSTA, Alexandre Araújo; COSTA. Henrique Araújo. **Erro médico: a responsabilidade civil e penal de médicos e hospitais**. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 37.

<sup>21</sup> Id, Ibid, p. 35.

Revelam-nos, também, que se objetiva assim uma penalidade medida pela reprovação do ato praticado no exercício regular de sua função. Para eles, subsiste por parte do hospital uma concorrência com o médico haja vista grande soma de fatores que determinam defeitos e erros, o que gera uma condenação específica para cada um deles. Segundo os seus entendimentos, o hospital responde objetivamente pelo erro, fazendo mister a determinação da culpa do médico.

Ao afirmar haver a necessidade da existência do nexo de causalidade com a efetiva participação do médico na obtenção do resultado, segundo o qual, para o juiz o processo, pode configurar a responsabilidade objetiva do hospital e, por conseguinte não deveria se discutir se o médico teve culpa ou não. Com seus entendimentos, cabe ao advogado da parte sempre colocar no polo passivo da ação tanto o médico como o hospital.

Ao declararem que caberá ao juiz ou não a inversão do ônus da prova, afastando assim de certa forma a responsabilidade do médico com a comprovação da inexistência de culpa, eles preceituam que não cabe responsabilizar-se o risco de morte ao hospital, pois a sua função precípua é o restabelecimento da saúde a todos. Para os autores, cabe responsabilizar sim, o hospital objetivamente tal qual é feito com as companhias aéreas, eximindo o médico da culpa.

O nosso Código de Defesa do Consumidor assegura ao médico a sua responsabilidade mediante a verificação de culpa. Alertam também que somente existe o dever de indenizar os prejuízos que foram causados intencionalmente. Informam-nos que há necessidade de existir culpa do médico para a obtenção da indenização, mesmo havendo o dano e o nexo de causalidade.

Ressaltam que, quando ocorre um erro de procedimento, poderá causar ou não a morte, devido ao procedimento inadequado. Revelam também que a obrigação de indenizar não está pautada tão somente no dano e no nexo de causalidade, devendo então o médico ter agido com culpa, ao causar um prejuízo que não poderá ser indenizado. Para os autores, existem um grande número de procedimentos médicos que acarretam a morte ao ceifar membros saudáveis até mesmo comprometendo a funcionalidade estética do paciente. Segundo eles, muitos fatores não são passíveis de controle por parte dos médicos. Portanto não devem ser considerado o dano quando o resultado fora diferente do esperado. E,

por final, eles nos revelam que cabe a comprovação do dano antes de mais nada para que se proceda com uma ação de indenização<sup>22</sup>.

Entretanto, “O médico pode responder por homicídio culposo, principalmente, no âmbito cirúrgico”<sup>23</sup>. Deve-se levar em conta nesses casos os procedimentos feitos e os riscos da cirurgia efetuada, pois se levados em conta todas às condutas necessárias não há de se falar em homicídio culposo<sup>24</sup>.

Para os autores Mirio e Fernandes<sup>25</sup>, a conduta deverá ser levada em consideração mediante perícia para se ter um diferencial nas excludentes nas ações em que o ser humano é falível, ou seja, nada poderia ter sido feito naquela situação. Nos erros escusáveis que não são imperícia, é verificada a correta utilização dos meios pelo profissional. “[...] só o médico poderá contestar ou atestar o erro praticado. São situações fáticas difíceis de serem provadas pelo leigo”<sup>26</sup>. Fica impossível para o juiz determinar se específico procedimento seguido fora o mais apropriado e que o resultado alcançado não estava ligado com a conduta realizada pelo profissional, havendo um nexo causal entre os procedimentos e o resultado obtido. Isso faz valer a perícia por um profissional da área médica, não relacionando a decisão do juiz ao laudo pericial apresentado, pois o mesmo possui livre convencimento.

A legislação vincula necessariamente a esfera criminal e civil em determinados pontos<sup>27</sup>. Revela-nos que, ao separar sentença penal condenatória dos efeitos constitutivo no cível, não existindo culpa, a responsabilidade civil deste é afastada<sup>28</sup>. Afirma que caberá tão somente o ajuizamento contra aquele que manifestamente ordenou mediante coação irresistível à obediência hierárquica. O Código Penal é bem claro ao afastar a culpabilidade em seu art. 22, o qual preceitua que a sua absolvição isenta o acusado de uma reparação civil<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> Até aqui nos baseamos em COSTA, Alexandre Araújo e COSTA. Henrique Araújo. pp. 35-48.

<sup>23</sup> PANASCO. Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 78.

<sup>24</sup> Id, Ibid, p. 97.

<sup>25</sup> MIRIO. Carmen O.; FERNANDES. Rute A .V. **Erro médico visto pelos tribunais**. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 1997. p. 65.

<sup>26</sup> BLOISE. Walter. **A responsabilidade civil e o dano médico – legislação, jurisprudência, seguros e o dano médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 47.

<sup>27</sup> MATIELO. Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: SagraLuzzatto, 1981. p. 179.

<sup>28</sup> Id, Ibid, p. 183.

<sup>29</sup> Id, Ibid, p. 192.

Desse modo, “[...] para desempenhar com seriedade e consciência uma profissão, quem a exerce deve ter uma formação teórica e técnica sólidas, e uma formação moral íntegra”<sup>30</sup>. Para a Associação Pernambucana de Direito Médico e Saúde, os médicos são artistas onde o palco da vida cobra ações para que haja uma vida coletiva segura e mais fácil<sup>31</sup>. Tendencialmente, os erros médicos são levados aos tribunais na grande maioria dos países. Segundos seus dados<sup>32</sup>, há uma crescente demanda judicial em todas as regiões do nosso país<sup>33</sup>. A relação entre o judiciário e a classe médica é bastante tempestiva<sup>34</sup>. E trata com uma propriedade peculiar às condutas profissionais más, que nada se devem confundir com a má prática médica<sup>35</sup>. Finalmente, ela nos faz um alerta que a reparação civil não deve ser demasiadamente extensiva, pois desta forma ocasionaria em uma medicina defensiva, para que os médicos não corressem riscos jurídicos quando não assumirem os riscos médicos<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Associação Pernambucana de Direito Médico e Saúde. **Direito médico**. [online]. Recife: Apedimes, s.d. Disponível em: <<http://www.lexmed.com.br/direito.pdf>> Acesso em 17 Nov. 2011, 13:02:30.

<sup>31</sup> Id, Ibid, Item 26.

<sup>32</sup> Id, Ibid, Item 26.

<sup>33</sup> Id, Ibid, Item 26.

<sup>34</sup> Id, Ibid, Item 26.

<sup>35</sup> Id, Ibid, Item 26.

<sup>36</sup> Id, Ibid, Item 26.

### 3 ERRO MÉDICO E ACESSO A JUSTIÇA

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, marco inicial do paradigma, na atuação do Ministério Público e a garantia de acesso a justiça. Determinando de forma decisiva a intervenção do Ministério Público na polêmica de fiscalização de responsabilidades, ocasionando-se assim um grande aumento de ações no judiciário sobre as mais diversas matérias, impondo uma carga excessiva nos serviços judiciários e uma expressiva demora na solução das lides.

O Direito passou a intervir no campo da Medicina, de forma mais incisiva elevando consideravelmente o número de profissionais processados.

Não nos resta dúvida que a medicina seja uma atividade com riscos enormes. Ao cuidar da saúde dos humanos, na cura de enfermidades e expectativas dos pacientes. O profissional da área médica possui uma preparação técnica para lidar com os males que acometem a espécie humana, que de modo inicial, surge um favorável crédito, caracterizado apesar do mito identificado em sua figura. Embora o grande aumento nos processos contra médicos, mais da metade dos processos resultam em absolvição destes. Em outros países tendo como exemplo a cidade de Los Angeles que entre 10 (dez) médicos, 7 (sete) já foram parte em processos, sendo, portanto o erro médico a quinta causa de morte entre todas as doenças (cerca de 98.000 mortes anuais) <sup>37</sup>.

Em uma publicação do **Jornal da AMRIGS**<sup>38</sup> informava que “As principais reclamações contra os médicos apontam como sendo homicídio e lesões corporais, com e sem dano estético”, nos resta sem sombra de dúvidas que o erro médico surge como uma questão autêntica originando mortes e extirpações. Com o seu crescimento acelerado, comprovados em estatísticas é mister ser tratado como um problema de saúde pública.

A sociedade científica anui com a sociedade em geral, que o profissional da área médica possui liberdade desde que respeitada a *lex artis*, ao adotar determinados procedimentos específicos respeitados a sua livre escolha, mesmo que este não seja o posicionamento mais adotado pela maioria predominante como

---

<sup>37</sup> **Erro Médico**, disponível em <[HTTP://chat.acm.org.br/editorial/art03.html](http://chat.acm.org.br/editorial/art03.html)>. Acesso em: 24 abr. 2012.

<sup>38</sup> **Jornal da AMRIGS** (Associação Médica do Rio Grande do Sul, a. 48, n. 7, set. 1998).

critério majoritário. Igualmente, não cabe ao Estado o caráter punitivo favorável ou não contra determinada escola médica, pois estaria violando a liberdade do médico.

Pondera brilhantemente sobre o assunto Moacyr Scliar<sup>39</sup>, no tocante a “Medicina não é uma ciência, no sentido em que a física é ciência, a química é ciência”, pois “trabalha com uma margem de incerteza que não é habitual nas ciências”, Apesar dos grandes avanços que a medicina vem tendo ao longo dos anos, ela continua sendo uma arte e não ciência, que de forma subjetiva e imprevisível nas relações com os pacientes, os percentuais de cura e insucesso nas intervenções médicas possuam uma previsibilidade vã, sem possível determinação do seu sucesso.

Impossibilitando-nos a quantificação dos seus resultados pela sua imprevisibilidade de resultados. É de bom alvitre que o exercício da medicina seja tratado com ponderação nos casos de erro médico, por não ser ciência, mas certamente uma arte em constante aprimoramento.

A apuração dos erros médicos carece de grande prudência, haja vista a não previsibilidade de seus resultados, ressalvando que a medicina continua sendo mais arte do que ciência, em constante transformação e reestruturação. Infelizmente e na maioria das vezes aprendemos com nossos próprios erros ou dos outros, possibilitando que não nos incorramos em erros já conhecidos e, portanto evitáveis.

O expressivo professor Clóvis Meira<sup>40</sup> se posiciona que:

Os médicos assumem o compromisso de dar o melhor de si em favor dos que assistem, mas não são infalíveis nas conclusões e na escolha das medidas mais adequadas a serem aplicadas aos seus pacientes. Também não podem ser obrigados à onisciência, nem a penetrar em todos os ramos da Medicina contemporânea. Em certas e determinadas situações, ninguém ignora isso, a Medicina nada pode oferecer.

Concluimos assim que o acesso à justiça para soluções de conflitos relacionados ao erro médico é fruto de um processo democrático que a Carta Magna de 1988 também conhecida como Constituição cidadã, assegurou a licitude de questionamentos e apuração de responsabilidades por danos sofridos e reparação destes.

---

<sup>39</sup> SCLIAR, Moacyr. **A Paixão Transformada – História da Medicina na Literatura**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 22.

<sup>40</sup> MEIRA, Clóvis. **Temas de Ética Médica e Medicina Legal**. Belém: Cejup, 1989. p. 109.

#### 4 A LIBERDADE DE ATUAÇÃO DO MÉDICO

Deve-se respeitar absolutamente a liberdade de atuação do profissional de Medicina, quando aferida a sua responsabilidade pela Justiça em sua conduta equivocada, lastreada objetivamente em conhecimentos científicos.

Ao compararmos com outras profissões tal qual o engenheiro a responsabilidade do médico não poderá ser exigida a cura de todos os enfermos por ele tratados, mas do engenheiro pode exigir-se que a construção de um edifício seja sólida, apesar de toda evolução da ciência médica, é impossível a previsão, haja vista a imponderável mensuração do desconhecido que serão julgados pelos Tribunais de Justiça.

Fazendo nos valer mais uma vez dos ensinamentos do Professor Clóvis Meira<sup>41</sup> ao afirmar que:

O erro é próprio da natureza humana. Quando ocorre com os médicos, resultado de atos médicos, a lei prevê a reparação do dano e a punição penal, além de restrições impostas ao exercício profissional, estas de alçada do Conselho de Medicina. A mesma falta, desde que efetivamente comprovada, pode gerar punição para o médico faltoso, além de possíveis penalidades administrativas.

Semelhantemente também se manifesta o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Nagib Slaib Filho<sup>42</sup> tendo como ponto de vista que:

Não existem meios, nesta era digital, de técnicas sofisticadas e de comunicações globalizadas de impedir que as pessoas portem as suas insatisfações e carências pela via de ações e reclamações aos órgãos estatais e às corporações que controlam o exercício da profissão. E também é impossível apagar as características humanas, sua inegável falibilidade, embora seja algo muito complexo afirmar o que constitui o erro que, filosoficamente, é a inexata percepção da realidade, levando-nos, necessariamente, a verificar quais são os contornos desta, com a conseqüente dificuldade de cognição de largos trechos da técnica e da ciência.

Por fim, o Procurador geral da França M. Dupin, desde o século XIX, já opinava que não se podia avaliar a amplitude da capacidade e o talento acerca da responsabilidade profissional, e sim garantir que o médico não cometa imprudência, negligência, ou até mesmo por falta de conhecimento ou pressa não tivesse a prática do exercício legal da medicina, obedecendo aos tratamentos e conforme as

---

<sup>41</sup> MEIRA, Clóvis. Id. Ibid., Item 39. p. 109.

<sup>42</sup> SLAIB FILHO, Nagib. **Revista Jurídica Consulex – Direito Médico, Nova Opção Profissional**. a. V, n. 113, 30.09.2001. p. 12-12.

limitações impostas pela falta de mecanismos adequados a doenças desconhecidas ou até mesmo sem registro e cura das mesmas, não deixando totalmente livre a escolha de certo tratamento em cada caso, seguindo as premissas científicas.

Em nosso sistema jurídico devemos levar em conta que para que haja responsabilização de um ato profissional que ocasionou um erro médico, devemos considerar a princípio de que necessariamente a sua ação seja dolosa ou culposa, em outras palavras, que o mal poderia ter sido evitado e que o fato imputado fosse irrestritamente inescusável praticado deliberadamente.

Ao observarmos se o médico agiu com culpa devemos ter uma amplitude em sua caracterização, pois na medicina os tratamentos e exames não possuem métodos obrigatórios, devendo o médico dispor deles conforme a sua disponibilidade e recursos ao alcance destes acessíveis. Ao profissional deverá ser reconhecida a discricão em suas ações conformes as circunstâncias.

Trazendo à colação a ementa de acórdão:

A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa, da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico (RT 589/355).

Portanto, a liberdade médica encontra-se em risco devido a profundas alterações no modelo de saúde do país, bem como a excessiva onerosidade na assistência à saúde.

## 5 FATORES QUE INFLUENCIAM NA CONFIGURAÇÃO DO ATO LESIVO

É de conhecimento de todos, a relação de confiança entre o paciente e o médico tornando-a personalíssima na prestação de seus serviços. O profissional deverá única e exclusivamente executar as tarefas a que lhes foram confiadas. Haja vista que ao se procurar determinado especialista não se espera que o atendimento seja prestado por pessoa diversa ao médico preterido. Igualmente, o médico através de suas atuações precisas demonstra ao paciente uma relação de confiança cuja mesma proporciona uma entrega por completo ao profissional, sendo assim, de fundamental importância estes dois pontos na aferição da responsabilização jurídica entre o médico frente ao paciente.

Antes mesmo de falar em erro médico, se faz mister que determinados fatores podem ocasionar atos lesivos. Nos trás o conhecimento o Professor Duarte Nuno Viera, do Instituto Nacional de Medicina Legal de Portugal, em 04.10.2003, no IPO do Porto, onde se realizou o 2º Colóquio do Jornal Eletrônico **O papel do Médico**, onde relatou as principais características do profissional de medicina quando alvos de acusações de erros médicos são:

- falta de valorização na formação continuada com afastamento dela;
- achar que a experiência é motivo de total segurança;
- diversidades de funções;
- possuírem mais de 10 anos de experiência profissional.

O erro médico pode ser devido a inúmeras circunstâncias, o que é conveniente a título de ilustração evidenciar algumas:

1. Alguns médicos não se comprometem com os serviços que executam.
2. Sistema de saúde por deveras desorganizado e com grandes distorções, acarretando assim complexas complicações de ordem ética e legal.
3. Falta de atualização na área de atuação profissional devido à acomodação do profissional, que não busca se especializar e conhecer novos procedimentos, novas técnicas de tratamento.
4. Falta de recursos destinados à saúde proporcionando uma melhor condição aos médicos para exercerem a medicina de forma satisfatória, o grande número excessivo de pacientes frente ao pequeno número de profissionais para atenderem tal demanda carente de orientações e aconselhamentos.

5. Falta de eficiente fiscalização por parte das entidades de classe aos profissionais no exercício da profissão, deixando por deveras ignorado as condutas dos médicos frente às normas éticas que são amparadas pelo exercício da sua profissão.

6. O sistema vigente de educação passa por uma crise agravando a formação médica-universitária por deveras deficiente, principalmente nas universidades públicas por falta de políticas que valorizem a educação.

7. Baixos salários pagos pelo poder público.

8. Jornadas de trabalho desumanas, aliada a falta de condição digna de trabalho levando os profissionais a elevados níveis de estresse.

9. A profissão levada em consideração somente em caráter financeiro, onde os pacientes são vistos como apenas um cifrão, especializando-se em áreas ditas como mais rentáveis e através de associações em cooperativas ou até mesmo em empresas envolvidas com rendimentos.

A ilustre conclusão do médico Marcos Almeida Magalhães Andrade Jr.<sup>43</sup>, nos advertindo os motivos determinantes que configura o erro médico:

Os altos custos da Medicina moderna; o livre acesso dos pacientes ao conhecimento médico; a desmistificação desse profissional; o trabalho médico infelizmente cada vez menos arte; o Código do Consumidor; o acesso mais fácil à Justiça; os interesses das nacionalmente emergentes seguradoras do trabalho profissional; os interesses das fontes pagadoras estatais e particulares; a baixa remuneração dos médicos; a necessidade de o médico se proteger em relação aos seus atos; são exemplos de fatores externos que passaram a atuar sobre a antiga, restrita e íntima relação do médico com o seu paciente.

Concluimos assim que a composição do aparelho formador é devido a uma série de fatores, entre outros: trabalho excessivo dos médicos, hospitais e clínicas sem a menor condição de atendimento, abandono de atualizações por parte dos médicos, falta de compromisso ético para com o exercício da profissão, aparecem como as principais causas da explosão de erros médicos no Brasil, não obstante existirem outros fatores. Todavia, os fatores ressaltados possuem destaque maior nas relações de erro médico devendo uma maior importância e ocorrência, haja vista a sua direta relação de causa nos erros médicos.

---

<sup>43</sup> ANDRADE JR., Marcos Almeida Magalhães. **Direito e Medicina – Aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 23.

## 6 DO DOLO E DA CULPA

Ao conceituarmos crime como fato típico, antijurídico e culpável é mister uma breve consideração sobre a Teoria do Crime.

Dissociando este conceito, teremos a conduta<sup>44</sup> como primeiro elemento do fato típico, conduta esta que comissiva compreende conduta voluntária, consciente e omissiva pela abstenção capaz de produzir efeitos jurídicos. Registra-se na disciplina do erro médico a importância imprescindível da avaliação do atuar omissivamente, conforme veremos adiante.

O nexo de causalidade deve ser resultado direto da ação ou omissão, exceto nos crimes de mera conduta.

Ocorre que nosso Código Penal adota a teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*, para determinar o liame subjetivo quando o profissional é acusado de Erro Médico por ação ou omissão imputando-lhe um resultado naturalístico.

É peculiar ao erro médico por meio do nexo causal questões reflexivas.

Em seu art. 13 do Código Penal dispõe: “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 terá ocorrido”.

Importante, então, uma ligação, uma conexão, um nexo entre a ação e o resultado na consumação do delito. O princípio da culpabilidade é uma das primeiras lições do Direito Penal, em sua forma mais rudimentar. Afirmando acertadamente que não há crime sem culpabilidade – *nullum crimen sine culpa*. Somente será imposta ao agente a conduta culposa realizada por ato apto onde atribuiremos o resultado através de sua ligação.

O Tipo e a Tipicidade é de suma importância suas análises. Onde o tipo é o conjunto de elementos descritos na lei penal como fato punível, onde as condutas humanas é fundamental para a individualização e limitação dessas. Onde o legislador constrói em sua imaginação o estabelecimento de ações delitivas a serem consideradas a posterior.

---

<sup>44</sup> Para Ney Moura Teles: “Conduta é o comportamento humano voluntário final, positivo ou negativo”. A expressão conduta é sinônima de ação, em seu sentido amplo, que engloba a conduta positiva e a conduta negativa. A conduta positiva é chamada de ação, em sentido estrito, e a conduta negativa é chamada de omissão. (**Direito Penal – Parte Geral I**. São Paulo: Atlas, 2004. V. I. p. 176.)

Entretanto, a tipicidade pode ser compreendida ao agente praticar fato em conformidade com a descrição abstrata na lei penal. Para diferenciarmos tipo e tipicidade faz-se valer da abalizadora reflexão de Mariano Jimenez Huerta<sup>45</sup>, comparando uma peça musical, escrita pelo compositor, onde as notas musicais representadas por sinais gráficos, que fixados no papel criam música (tipo), e sua execução por um músico (tipicidade), não se limitando ao executar as notas da partitura, inspirando ao interprete nos motivos épicos, líricos, descritivos ou dramáticos que guiam o objeto composto.

Abstraindo-se se propõe a seguinte lição: duas paredes levantadas em determinado espaço para impor limites (princípio da legalidade). Espaço este hermeticamente fechado, com molduras flutuantes (tipos – distintos caracterizados por elementares) onde cada ação adequar-se-ia à tipicidade.

Levamos em consideração ainda que nesse espaço nem todas as condutas fossem proibidas (princípio da tipicidade), havendo espaços vazios onde os tipos flutuariam (princípio da fragmentariedade), onde apenas as de maior relevância (princípio da lesividade) seriam punidas, salvo as devidas proporcionalidades (princípio da proporcionalidade).

Ao tirar-se estas paredes limitadoras a conduta (comissiva e omissiva) procuraria um **tipo** (função seletiva) e finalmente a adequação receberia o nome de **tipicidade**.

Surge assim a taxatividade, da adequação do tipo à tipicidade, garantindo de forma mais científica e técnica o princípio da legalidade.

O pensamento de Luigi Ferrajoli, no Direito Penal atual se faz necessário a sua menção de postulados explícitos formadores do Sistema Garantista Penal a seguir: ação e culpabilidade, delito, lei, pena, necessidade, ofensa, indagando o sistema processual nas seguintes expressões: juízo, acusação, prova e defesa.

Os axiomas do Sistema Garantista formados por expressões diretas e reflexas, inferidas: não há acusação sem prova, não há prova sem defesa, não há jurisdição sem acusação, não há ação sem culpa, não há pena sem crime, nem crime sem lei, não há lei sem necessidade, não há necessidade sem ofensa, não há ofensa sem ação.

---

<sup>45</sup> HUERTA, Mariano Jimenez. **La Tipicidad**. Guadalajara: Porrúa, 1995. p. 206

## 6.1 DOS COMPONENTES DO FATO TÍPICO

Damásio de Jesus<sup>46</sup> leciona que o fato típico é composto por:

- a) conduta dolosa ou culposa;
- b) resultado (salvo nos crimes de mera conduta);
- c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais);
- d) imputação objetiva; e
- e) tipicidade.

### 6.1.1 Conduta Dolosa ou Culposa

Conduta é ação ou omissão humana consciente e com fim específico, expressada no postulado de que não há crime sem ação (*nulum crime sine actione*).

Compõem a conduta as seguintes fases: a fase interna e a exteriorização da conduta. O pensamento é uma faculdade do agente, quando o mesmo se propõe a um fim, organiza os meios necessários analisando concomitantemente os efeitos que se coadunam a sua finalidade. Entretanto, a exteriorização da conduta consiste nos meios empregados para o resultado produzido.

Existem três teorias que tentam elucidar a sua expressão. A teoria causalista<sup>47</sup> (tradicional, causal-naturalista, naturalista, clássica) compreende a conduta humana voluntária de fazer ou não fazer no mundo extrínseco. Um método impulsivo, espontâneo, que não precisa do fim dirigido à vontade.

Para a teoria finalista da ação (ação finalista)<sup>48</sup> afirmam ser a conduta uma atividade final humana, emanada de que todo comportamento humano (*facere x non facere*) tem uma finalidade específica.

E por final, a Teoria Social da ação(ou da adequação social, normativa ou da ação socialmente adequada)<sup>49</sup> unifica as duas teorias anteriores e por seguinte a

<sup>46</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226.

<sup>47</sup> Preferem a concepção naturalística: LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. Recife, 1958; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo, 1964, v. 2. p. 68; NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo, 1978, v. 1, p. 125; PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de mera conduta**. São Paulo, 1959, p. 87 e s. Apud COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28.

<sup>48</sup> Hans WELZEL, MAURACH BETTIOL, Damásio de JESUS, Juarez TAVARES e Heleno Cláudio FRAGOSO.

<sup>49</sup> Aderem a concepção normativa: BETTIOL, **Diritto Penale**. cit., p. 194 e s.; CAVALLO, **Diritto Penale**. Napoli, 1955, v. p. 155; DE MARSICO, **Diritto Penal**. Napoli, 1935. p. 133; CORREIA,

ação é uma conduta de relevância social, onde a vontade humana é vencível ou vencida.

Keity Mara Ferreira de Souza<sup>50</sup> nos leciona:

A ação como primeiro elemento estrutural do crime, é o comportamento voluntário conscientemente dirigido a um fim. Compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e do movimento corporal dirigido a um fim proposto.

Compondo o fato típico, o dolo e a culpa, percebemos que, a ação não pode ser analisada tendo como ponto de partida a finalidade de concretizar o fato ilícito (ação dolosa), pela falta dos cuidados necessários na ocorrência do evento (ação culposa).

Fazendo uso do pensamento de Freud, compreende-se dolo como sendo *“a atitude interior de adesão dos próprios impulsos intrapsíquicos antissociais”* possuindo como elementos a consciência e a vontade. Preceitua Cezar Roberto Bitencourt<sup>51</sup>, afirmando que: *“Dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”, e ancorado no pensamento de Welzel, fere com pena de ouro: “dolo, em sentido técnico penal é somente a vontade da ação orientada à realização do tipo de um delito”*. Arduamente o erro médico será encontrado nestas condições.

A ação praticada cuja reprovação consiste no elemento decisivo da ilicitude do fato culposo e não o resultado lesivo desta. Haja visto, que nos crimes culposos o fim normalmente é lícito, reprimindo a maneira e forma impróprias do comportamento do agente. Desta maneira, as atuações médicas frequentemente estarão sobremaneira impregnadas de atuações culposas, implicando na responsabilização do agente.

---

Eduardo. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra, 1941. p. 74; GALLO, M. **Il dolo**. In: **Studi urbinati**, p. 167; GRISPIGNI, **Diritto Penale Italiano**, cit. v. 2, p. 30; GUARNIERI, **Il Delito di omissione di soccorso**. Padova, 1937. p. 16; MUSOTTO, **Diritto Penale**. Palermo, 1953. p. 107; PANNAIN, **Manuale**, cit., v. 1. p. 214; RANIERI, **Manuale**, cit., p. 205; SANTORO, **Manuale di Diritto Penale**. Torino, 1958, p. 321; VASSSALLI, **Il Contributo di F. Grispigni alla teoria dell elemento oggettivo del reato**, in: Sc. Pos., 1956, p.382. Entre nós: FRAGOSO, Heleno C. **Conduta punível**. São Paulo, 1961, p. 183; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro, 1956. V. 1. p. 303; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, 1977, v. 1. t. 2, p. 9-415. Apud COSTA JR. Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 28.

<sup>50</sup> SOUZA, Keity Mara Ferreira de,. **“A (ir) responsabilidade penal da pessoa jurídica”**. <<http://jus.com.br/revista/texto/1716/a-ir-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 16.04.2012.

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op, cit, p. 210.

### 6.1.2 Do Resultado

Definimos resultado como sendo o comportamento humano voluntário, como a modificação do mundo exterior através deste. Biagio Petrocelli<sup>52</sup> nos fala que “*una modificazione del mondo esterno che segue a quel'altra modificazione del mondo esterno che è l' azione*”.

Surge duas teorias para explicar a natureza justificativa do resultado. A naturalística, onde define que resultado é a modificação do mundo externo causada por uma conduta humana. Engrandece-nos Heleno Cláudio Fragoso<sup>53</sup> ao afirmar: “*É o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado pela relação de causalidade*”. E a teoria normativa ou jurídica da conduta consiste na lesão ou perigo de lesão de interesse protegido pelo preceito penal (afetação jurídica).

Os crimes são classificados com relação ao resultado naturalístico em: **materiais** – necessitam de produção de resultado externo, visto pela ótica da responsabilidade penal do médico; tendo como exemplo um agente acusado de homicídio (CP, art. 121), impondo-lhe o resultado morte (mesmo que possível a punição de tentativa); **formais** o resultado pretendido pelo agente não precisa ter necessariamente ocorrido; e por fim os de **mera conduta** ou de simples atividade, que são consumados independentemente de terem ou não produzido resultado naturalístico, na hipótese a seguir; omissão de notificação de doença (CP, art. 269).

### 6.1.3 Do Nexo Causal

Objeto de explicação de várias teorias a relação de causalidade no Direito Penal, é descrita, em síntese, da seguinte maneira.

Teoria da Equivalência dos Antecedentes ou da *conditio sine qua non* – na ação do agente, todas as condições relacionadas, são imprescindíveis para a produção do resultado.

Teoria da Causalidade Adequada – A produção do resultado requer uma condição mais adequada que lhe dê causa.

<sup>52</sup> PETROCELLI, Biagio. **Principi di diritto penale**: corso di lezioni universitarie. Imprinta: Padova, Cedam, 1943. p. 35.

<sup>53</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Revista de Direito Penal**. n. 05, Editor Borsoi, p. 41-42, jan./mar. 1972.

Teoria da Causalidade Jurídica – O agente produz uma cadeia causal que é independente da produção do tipo descrito em lei.

Teoria da Eficiência – O resultado produzido é decorrência de uma causa com condições mais eficientes para produção do resultado.

O Codex Pátrio adota a equivalência dos antecedentes, onde filosoficamente Stuart Mill como precursor orientado no fundamento: com a impossibilidade de distinguir condições essenciais e não essenciais do evento, a causa para realização deste concorrem todos os elementos que fizeram parte da relação.

Para Nelson Hungria<sup>54</sup>, causa é toda condição necessária à produção do resultado. Por conseguinte, o resultado é fruto de todas as causas ocorridas, onde isoladamente ou juntas, todos os elementos contribuíram para a concretização do resultado, igualando-as ou equiparando-as na causalidade.

Portanto ao surgir uma relação causal, determinada ação ou evento não poderá ser excluído mesmo que mentalmente da série causal por ação ou omissão, no caso *in concreto*, onde resultado deixaria de existir.

#### 6.1.4 Imputação Objetiva

Não só o Direito Penal, mas também outras áreas do ramo jurídico na era pós-moderna está sendo amplamente conhecida por todos, devido entre outras causas o ampliamto dos conhecimentos corroborado com o fácil acesso a informação e massificação dos meios de informações.

Surge assim a teoria da imputação objetiva de maneira autônoma e independente da teoria da causalidade, após o pós-guerra na Alemanha, com ampla aplicação e reconhecimento até os dias de hoje, a Espanha por sua vez, também fez uso dela para atenuar os problemas de nexos de causalidade, advindo da crise da teoria da equivalência das condições.

Sendo proposta como quarto elemento do fato típico para a análise desta teoria, em seguida a conduta, resultado e nexos causal exatamente dito.

Para Damásio de Jesus<sup>55</sup>: “*Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido*”

<sup>54</sup> HUNGRIA, Nelson. op. cit. 1955. p. 68.

<sup>55</sup> JESUS, Damásio de. Imputação Objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23.

*e a produção de um resultado jurídico”. ... e conclui: “O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não nas áreas das ciências físicas, reside em estabelecer um critério de imputação do resultado em face da conduta no campo normativo, valorativo”.*

O primeiro antecedente alvitra uma análise à avaliação dos riscos, classificando-os em consentidos e proibidos. É obvio que o risco de dano é peculiar a toda ação humana, quando um médico ao tomar todas as cautelas contra o revés alérgico-medicamentoso ao anestésiar um paciente, consideramos um risco admitido, caso venha a ocorrer choque anafilático. Mas caso desobedeça aos procedimentos inerentes a tal faculdade, produz complicações ao paciente, com risco ilícito sendo punível pela não aprovação de sua ação. Isto posto, chegamos a conclusão que afastada a imputação objetiva da conduta ou do resultado teremos por conseguinte atipicidade do fato, diferente, a geração do risco permitido é atípico, mesmo que produza resultado jurídico inexistindo o delito por não poder constatar-se fato típico.

Alex Couto Filho<sup>56</sup> exemplifica:

*Um anestesista por exemplo – paciente cardiopata, necessitando de cirurgia de urgência, evitar que o mesmo venha a ter parada cardíaca em razão da ministração do anestésico? O paciente terá que correr o risco, ou escolher morrer – esse direito é seu, desde que consciente para tal. Não existe nada que o médico possa fazer para que impeça tal resultado, pois o risco é conhecido, esperado e previsível. Caso ocorra parada cardíaca ou não, dependeremos da reação do organismo do paciente naquele dado momento.*

Se aplicarmos a Teoria da Imputação Objetiva, o anestesista em nada poderá ser responsabilizado, pois, na ação praticada, o risco é permitido.

Nessa Teoria, comporta uma subdivisão a respeito do seu alcance. Duas teorias se insurgem para delimitar a sua amplitude. A primeira, restritiva, organiza os princípios que consideram o resultado imputado a uma conduta, aludindo os crimes materiais (de conduta e resultado); a segunda, extensiva (ou ampliativa), aplica os princípios da imputação objetiva a todos os tipos de crimes, materiais ou não, sendo mais aceito por parte da doutrina.

---

<sup>56</sup> COUTO FILHO, Alex Ferreira. Et alii. **Instituições de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21.

### 6.1.5 Tipicidade

A palavra alemã Tatbestand indica tipicidade. Segundo Beling, o Tatbestand possuía carácter descritivo ao invés de valorativo, aduzindo a natureza externa do delito, sem ater-se à antirujidicidade ou à culpabilidade.

Percebemos que a tipicidade decorre do princípio da legalidade, onde a conduta será taxada pelo poder normativo, afastando-a do ordenamento jurídico.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>57</sup> narra a Tipicidade como:

A correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei.

Fernando Capez<sup>58</sup> pontua:

O Conceito de tipicidade é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos.

Percebe-se um ponto comum em tais pensamentos ao convergirem de que se faz necessário uma norma incriminadora anterior e que o agente tenha a conduta que adeque tipo e tipicidade.

## 6.2 DA ANTIJURIDICIDADE

Podemos considerar a antijuridicidade como a caracterização negativa do fato, logo, um juízo do que aconteceu, ao invés, da personalidade. Concluindo se assim que a contradição da ação com a norma jurídica, seja compreendida como elemento analisado conceitualmente no crime, assumindo, então, o significado de falta de excludentes de ilicitude. Restando-nos afirmar que a antijuridicidade é um juízo de desvalorização recaído sobre a conduta típica, assim sendo considerada pelo nosso ordenamento jurídico.

<sup>57</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1. p. 201.

<sup>58</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 136.

Leciona-nos Enrique Bacigalupo<sup>59</sup> ensinando que "A antijuridicidade consiste na falta de autorização da ação típica. Matar alguém é uma ação típica porque infringe a norma que diz 'não debes matar'. Esta mesma ação será antijurídica se não for praticada sob o amparo de uma causa de justificação".

Logo, comportamento típico não é suficiente. Faz-se necessário que a conduta possua correspondência em determinado modelo legal, onde o fato se ajusta à norma penal incriminadora, bem como, a existência de causa de exclusão de antijuridicidade onde a conduta do agente seja reprovada pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, o médico não poderá ser responsabilizado por uma conduta criminosa em causa de exclusão de antijuridicidade.

### 6.3 DO DOLO E DA CULPA

Atualmente, a lei penal brasileira disciplina hipóteses de responsabilização penal do médico. O Código Penal que vige desde 1940 estabelece:

**Art. 18. Diz-se o crime:**

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

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

Os dois conceitos possuem a possibilidade de enquadramento da responsabilidade penal do médico, derivada do erro no exercício da profissão.

Os autores clássicos se posicionam que somente em caso de dolo o médico poderia ser responsabilizado consoante Brillouin<sup>60</sup> ao expor "que o médico somente poderia responder a processo criminal se agisse com dolo". Igualmente Carrara<sup>61</sup> baseado na boa-fé exclui a responsabilidade por culpa, o objetivo da cura, é o que estimula normalmente a atuação dos profissionais da Medicina.

Atualmente, não podemos sustentar, *data venia*, opiniões neste sentido. Sem coadunar com a dogmática moderna, tendo como abalizado conceito de erro

<sup>59</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. Bogotá: Temis. 1984.

<sup>60</sup> *Apud* HUNGRIA, op. cit., p. 202.

<sup>61</sup> *Apud* ALTAVILLA, Enrico. **La Culpa**. Bogotá: Colombiana. 1956. p. 528.

médico, ancorada na doutrina de Genival Veloso França<sup>62</sup>, sinaliza que "*erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência*", concluindo-se que o erro médico fundamenta-se além da culpa, igualmente, no descumprimento da *obligatio ad diligentiam*.

---

<sup>62</sup> FRANÇA. Genival Veloso de. *Et alii. Erro médico*. 3. ed. Montes Claros: Unimontes, 2002.

## 7 A DOGMÁTICA DA CULPA E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Determina o art. 29 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico: Praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

Legado do Direito francês, o Código Penal brasileiro mantém a tradição ao afirmar, no art. 18, II, que o crime é culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, imperícia ou negligência.

Por outro lado, o Direito alemão usa para as três formas de culpa, *stricto sensu*, "Fahrlässigkeit" cujo significado: incúria, descuido. Autores modernos alemães veem na "Fahrlässigkeit" uma infração do dever (Pflichtwidrigkeit). Assinalado por Edmundo Oliveria<sup>63</sup>,

Por outro lado, sinteticamente, o Direito alemão faz a culpa consistir na voluntária violação do dever de diligência, isto é, na negligência (Fahrlässigkeit). A imprudência e a imperícia são formas de negligência. A primeira (imprudência) consiste no fato de alguém não agir adequadamente, apesar de ser capaz de fazê-lo; a segunda (imperícia) consiste no fato de agir, apesar de não ter habilidade para fazê-lo. Em ambos os casos, o agente negligencia o cumprimento de um dever (o de agir adequadamente; ou de não agir quando devia fazê-lo).

No crime culposo, a inobservância do cuidado é sempre elementar do tipo, sendo atípica a conduta do agente (comissiva ou omissiva), quando não há um comando mandamental de culpa intrínseco no tipo; faz-se a ressalva, contudo, a responsabilidade administrativa ou civil, nunca a criminal.

O crime culposo é composto dos elementos:

- a) uma ação (ou omissão) voluntária;
- b) um resultado de dano ou de perigo, sem o qual o crime não se configura;
- c) o nexo causal entre a ação e o resultado;
- d) a previsibilidade do resultado ou, eventualmente, a previsão dele.

A teoria do crime já tratou dos três primeiros elementos brevemente quando da introdução. Ficando a previsível opinião de Carrara afirmando que "*a culpa se define como voluntária omissão de diligência (la **voluntaria omissione di diligenza**) em calcular as consequências possíveis e previsíveis do próprio fato*", de

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, Erro Médico e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

*fato, a essência da culpa está na previsibilidade. Sendo necessário o entendimento do significado de previsibilidade distintamente da previsão. Não podendo prever resultado causado a posteriori. Prevemos como possível, esperando evitá-lo e, em seguida, não o consegue.*

Declara com firmeza Heleno Cláudio Fragoso<sup>64</sup>, *"a culpa consiste na omissão das cautelas e diligências impostas pela vida social cuja observância se impõe para evitar dano ou lesão aos componentes do grupo"*.

Definido precisamente por Graf Zu Dohna<sup>65</sup>:

*"age culposamente quem omite o cuidado que tinha o dever e a capacidade de observar em face das circunstâncias e de sua situação pessoal, não prevendo a possibilidade de causar um fato punível, ou, conquanto considerando possível causá-lo, confiando em que não aconteça (culpa consciente)"*.

Em resumo, a conduta negligente, em regra voluntária, origina um resultado antijurídico não querido, apesar de previsível e extraordinariamente previsto, que com a devida atenção poderia ser evitado.

O agente que se desobriga de diligência ordinária ou especial, sem o cuidado exigível, é culpado em função da reprovabilidade da falta de seu cumprimento.

Inferese, deste modo, que o médico que age com conduta culposa tem caracterizado o seu agir quando estiver cheio de falta de diligências e inobservância das normas de conduta a que está vinculado.

Afirmamos que a falta de diligência, prevenção e cuidado (elemento dinâmico a caracterizar a culpa) insurge em três modalidades de culpa: a imprudência, a negligência e a imperícia, descritas abaixo.

## 7.1 MODALIDADES DE CULPA

### 7.1.1 Imperícia

Derivada do latim *imperitia* de *imperitus* e compreende-se como falta de prática ou ausência de conhecimento, essenciais ao exercício de uma profissão ou outra arte qualquer. Afirmam-se, então, os atos médicos praticados sem habilidade, que exigem conhecimento técnico e científico, origina-se da ignorância,

<sup>64</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Revista de Direito Penal**. Borsoi, n. 05. p. 41-42. jan./mar. 1972.

<sup>65</sup> DOHNA, Alexander Graf Zu. **Aufbau der Verbrechenlehre**, Bonn, 1950. p. 53. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

desconhecimento, inexperiência, incompetência ou até mesmo falta de habilidade para o exercício da profissão.

Quando o médico realizar um procedimento agindo com culpa, comissivamente (ação), por falta de experiência age equivocadamente, devido à incompetência ou falta de preparo técnico. Jamais se poderá confundir com a iatrogenia<sup>66</sup>, que é uma enfermidade ou lesão produzida pelo médico durante o exercício profissional correto.

A iatrogenia é caracterizado por Alfredo Achavel como *"el estudio de las efectos nocivos o patógenos que se originan en el quehacer médico (...) no culpable"*, por lo que la *"patología iatrogénica"* es *"una lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto y sin culpa, produce el médico"*.

A imperícia é exemplificada quando do óbito do paciente mediante a erro no tratamento ou diagnóstico, subdimensionando-se o quadro de perigo da enfermidade.

Assinala Genival Veloso de França, o rumo da imperícia sucede da ausência de observação das normas técnicas, ou seja, por despreparo ou insuficiência de conhecimento e conclui que é mais frequente na iniciativa privada por motivação financeira.

### 7.1.2 Imprudência

De origem no latim *imprudens, entis*, indicando impulsividade, arrojo, coragem, ousadia, excesso no procedimento. Esquecendo-se dos cuidados necessários para alcançar a saúde do paciente, o profissional no exercício de seu dever, opta por atuar de forma perigosa caracterizando o risco. Tornando clara a

---

<sup>66</sup> "A palavra **iatrogenia** (**iatros**: médico; **genia**: origem) é utilizada para denominar quaisquer doenças ou danos causados a alguém por um ato médico, seja esse ato terapêutico ou cirúrgico. (...) A iatrogênica deve ser encarada por dois aspectos, em **lato sensu** e **stricto sensu**. **Lato sensu**, entende-se por iatrogênica o ato médico que causa dano ao paciente, seja esse ato realizado dentro das normas recomendáveis, seja proveniente de uma falha no atuar, o que equivale dizer, de um proceder negligente, imprudente ou imperito. (...) A lesão iatrogênica **stricto sensu** é exatamente aquela causada pelo atuar médico correto. Não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder certo, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica. No entanto, ainda assim, sobrevém ao paciente uma lesão em decorrência daquele agir, lesão que muitas vezes pode até ser fatal". In: COUTO FILHO, Alex Ferreira. Et alii. **Instituições de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31-33. COSTA, Enzo F. (**La interrupción dei nexos causai en la responsabilidad médica**. ED, 159-1040) define iatrogênica como "el dano accidental estadísticamente previsible, pero fácticamente inevitable, que conllevan en proporciones variables las prácticas y tratamientos médicos" (especificamente p. 1.043).

demonstração precipitada, sem previsão, contrariando as normas sensatas de procedimentos.

Examinando uma interpretação silogística acerca da imprudência: prudência é evitar os perigos, as inconveniências, agir com cautela, com precaução. Adequando os meios aos fins. Formada através da experiência e do conhecimento. Já a imprudência, é evidente, que é o inverso da prudência; é a falta de precaução para com o fim desejado ou dos meios mais adequados para atingi-lo. É agir arrojadamente, não levando em conta as medidas, precauções necessárias a seus atos. Para responsabilizarmos um médico devemos levar em consideração quais recursos dispunha ao praticar determinado ato, somente assim responderia por imprudência.

Nesta suposição o erro médico se perfaz por ação ou omissão, quando o próprio assume para si o risco quando executa procedimentos sem o consentimento do paciente, por falta de esclarecimentos e sem amparo científico quando da execução de tais atos.

Exemplifica-se a imprudência quando um profissional que ousa praticar determinada intervenção acha-se capaz tão somente por sua capacidade técnica não levando em conta toda a necessidade de condições e equipamentos para execução desta.

### 7.1.3 Negligência

Derivada do latim negligentia, significando descuido, preguiça, inadvertência, incúria, imprevidência, somada a falta de distração, alheamento, esquecimento e um imenso desdém. Realmente é a omissão daquilo que se faz aceitavelmente, coadunadas com as condições que procede e que comandam o comportamento dos negócios humanos, sendo verdade afirmar fundar esta na falta de cumprimento de normas que institui agir com zelo, aptidão, qualidade, atenção, cuidado, desvelo, empenho e discrição.

Refere-se na maioria das vezes com o desleixo, quando médico falta com as precauções a quais lhes são obrigadas. É, contudo uma culpa por omissão, que se efetiva quando o médico deixa de fazer o que deveria ser feito, seja por impossibilidade, descuido, preguiça.

Configurada quando o profissional não observa os deveres impostos à execução de qualquer ato. Ocorrendo quando um paciente é deixado a própria sorte

ou em mãos novatas, bem como, na omissão de socorro, violando dever de diligência e a falta de pontualidade do médico.

Médico que não faz assepsia, contaminando paciente em razão de sua atitude, vindo a falecer em seguida. Também pode ocorrer quando o médico diante de um quadro de hipertermia ou cefaleia, não faz os exames necessários, nem ao menos sequer aferindo a temperatura e diagnóstica como gripe, prescrevendo antitérmico ou analgésico, momentos depois, o paciente com sintomas de meningite vai a óbito.

Frequentemente a negligência é muito comum nos erros médicos, no serviço público principalmente, quando por falta de interesse e ética, esquecendo por vezes o juramento de Hipócrates ao tratar seus pacientes com descaso e falta de interesse aliados a sobrecarga de serviço.

Concluimos então com estas considerações, que o médico é responsabilizado pela dependência entre outras de alguns elementos imprescindíveis, principalmente: o agente (médico – profissional legalmente habilitado); o ato profissional (ocorrido no exercício da profissão); dolo (direto ou indireto), a culpa (negligência, imprudência e imperícia), erro de conduta, moralmente imputável, que não seria cometido por outro profissional nas mesmas condições iguais; o dano causado pela ação ou omissão do médico (cabendo agravamento de doença, lesão ou óbito); e finalmente a relação de causa e efeito entre o ato e o dano gerado pela ação ou omissão do médico, condição essencial de responsabilização do médico.

Afirmamos que o médico possui além das suas qualificações a presunção *jure et de jure* ao seu favor, de correto procedimentos, que é afastada nos casos de incapacidade manifesta, haja visto trabalhar com o bem mais precioso, ou seja, a vida e a saúde, agindo com audácia irresponsável ou arbitrária negligência.

## 7.2 NATUREZA DA CULPA MÉDICA

A culpa médica é tratada de forma singular pelo Código Penal. Desta forma, um homicídio ou lesão por má atuação profissional, é aplicado uma causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 e caso lesão corporal § 7º do art. 129 ambos do Código Penal.

Nem todos os eventos na conduta do médico são considerados puníveis, principalmente por esta ser dividida em etapas, tais como: diagnóstico, terapêutica e execução do tratamento.

Em procedimento culposo se faz necessário a ocorrência de equívocos na formulação de diagnóstico, por negligência ou imperícia, bem como, na escolha da terapêutica, por imperícia ou imprudência, entretanto na execução da terapêutica imperícia, negligência ou imprudência, nos casos de formulação de diagnóstico e a escolha de terapêutica quando identificadas a tempo são sanáveis, pois surge apenas o perigo à saúde ou integridade mental ou física do paciente, enquanto que na execução da terapêutica pode ocorrer um dano a vida ou a sanidade.

### 7.2.1 O Erro de Diagnóstico

Ocorrido em duas hipóteses, a saber, a primeira decorre da incapacidade do médico em averiguar a sintomatologia e reconhecer a patologia que acomete o paciente; *mutatis mutandis*, tal qual a identificação de um tipo penal para uma ação. A segunda ocorre com erro de diagnose, por falta de anamnese<sup>67</sup> ou diagnóstico inseguro, ao lugar de uma mais seguro.

Nesta hipótese, o erro médico provém, da anamnese mal elaborada. O médico precisa de informações precisas, fundamentais, para que o diagnóstico seja acertado em doenças pretéritas, alergias, em suma, o paciente deve ser questionado precisamente e analiticamente, cabendo ao paciente a exatidão nas perguntas efetuadas.

Cabe que seja usado uma linguagem de fácil acesso, compreensão pelo paciente, para que não se perca o verdadeiro significado das perguntas feitas.

Dorlan<sup>68</sup> declara: "*Se entiende por diagnóstico, en general, el proceso de determinación de la naturaleza de una enfermedad o de un caso*". A rigor compõe as etapas do ato médico<sup>69</sup> as seguintes fases: diagnóstico de orientação, de diferencial e complementar<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> **Anamnese** S.f. 1. Reminiscência, recordação. 2. Semiol.: Relato feito pelo paciente (ou alguém responsável por ele) sobre os antecedentes, detalhes e evolução de sua doença até o momento do exame médico; história pregressa da doença. **Sinon:** Anamnésia. **Inglês:** Anamnesis; case history. REY, Luís. **Dicionário de Termos Técnicos de Medicina e Saúde**. Guanabara Koogan S.A., 1999. p. 43.

<sup>68</sup> **Dicionário de ciências médicas**. Dorland, 7. ed. Barcelona: El Ateneo, 1984. p. 377.

<sup>69</sup> Segundo o art. 1º da Resolução CFM 1.627/01 ato médico pode ser definido: "**Art. 1º.** Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico

Oportunamente o erro de diagnóstico ou falta deste, pode ser atribuídos à modalidade culpa. O erro ocorre quando do equívoco do profissional no diagnóstico, como declarado por Alberto Bueres, ao dizer que o erro ocorre quando:

*"otro profesional de su misma categoria o clase colocado en las mismas circunstancias (vale decir, atendiéndose especialmente al grado de urgencia de la atención médica requerida y a los recursos diagnósticos disponibles), constituirían actos reprobables y susceptibles de generar obligación reparatoria".*

O ilustre autor argentino relaciona responsabilidade civil com tais efeitos, porém, o diagnóstico está intrinsecamente ligado a todas as responsabilidades, ou seja, civil, criminal, administrativa.

Guido Alpa<sup>71</sup> aduz um conhecimento ao apresentar uma nova leitura pratica na Itália acerca da responsabilidade médica:

Em lugar de recorrer à natureza da relação instituída com o paciente, ou ao **status** do médico, inserido ao menos em uma estrutura hospitalar, pode-se tentar compreender se houve mudanças, inversões de tendência ou perspectivas novas neste setor, considerando a inteira circunstância de modo diferente do habitual, porém mais aderente à realidade das coisas; considerando que são diferentes as fases nas quais são articuladas as relações significativas médico-paciente. Em modo arbitrário, contudo, exemplificativo. podem ser individualizadas as seguintes fases:

- a) o primeiro contato e a fase da informação;
- b) os contatos seguintes e a fase do diagnóstico;
- c) a fase da intervenção e o consentimento do paciente, particularmente, o consentimento do menor e do doente mental;
- d) a fase da terapia e o emprego de equipamento e medicamentos;

---

*legalmente habilitado e dirigido para: a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária); a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária); a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária). § 1º As atividades de prevenção secundária, bem como os atividades de prevenção primária e terciária que envolvam procedimentos diagnósticos de enfermidades ou impliquem em indicação terapêutica (prevenção secundária), são atos privativos do profissional médico. § 2º As atividades de prevenção primária e terciária que não impliquem na execução de procedimentos diagnósticos e terapêuticos podem ser atos profissionais compartilhados com outros profissionais da área da saúde, dentro das limites impostos pela legislação pertinente". (sic)*

<sup>70</sup> JORGE H., Deschamps; DAVID, Grinfeld; FRUTOS E., Ortiz; ARTURO E., Wilks, **Cirurgia**. 3. reimpresión. Buenos Aires: El Ateneo, 1987. p. 6-7.

<sup>71</sup> **Errore medico e omessa informazione:** danno esistenziale riconosciuto agli eredi, extraído da internet diretamente do endereço < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2547> >. Acesso em: 10 mar. 2012. (*"Anziche ricorrere allá natura del rapporto istituito con il paziente, ovvero allo status del medico, inserito o meno in una stuttura ospedaliera, si può tentare di comprendere se vi siano mutamenti, inversioni di tendenza, o nuove propettive in questo settore considerando l'intera vicenda in modo diverso dall'usuale, ma più aderente alla realtà delle cose: considerando cioè le diverse fasi in cui si articola il rapporto sostanziale medico-cliente. In modo arbitrário, ma semplificante, si possono individuare le seguenti fasi: a) il primo contatto, e la fase della informazione; b) i contatti successivi, e la fase della diagnostica; c) la fase dell'intervento e il consenso del paziente, in particolare, il consenso del minore del malato di mente; d) la fase della terapia e l'impiego di macchinari e di medicinali; e) l'intervento del medico per la vita (procreazione, aborto, inseminazione artificiale) e per la morte (accanimento terapêutico, sperimentazione. eutanasia).*)

e) a intervenção do médico para a vida (procriação, aborto, inseminação artificial) e para a morte (fúria terapêutica, experimentação, eutanásia).

Os procedimentos médicos no século XV estavam sendo adequados e somente o erro grosseiro ensejava em responsabilidade penal do médico, como elucida Jiménez de Asúa<sup>72</sup>,

el error grosero en el diagnóstico puede ser base de responsabilidad culposa - para que el error de diagnóstico pueda asumir los caracteres de culpa punible, es preciso que sea craso, es decir que dependa del descuido de normas comunes de semiología, o de la falta de elementales conocimientos de patología y de clínica.

Desta forma, afirmamos seguramente, que o médico previna-se na realização da anamnese, elaborando todos os questionamentos essenciais para a definição da enfermidade, das características próprias do paciente, bem como um histórico de seus familiares, por fim, de todas as informações que venha a auxiliar no exercício de sua profissão, dificultando em eventuais irregularidades no atendimento.

Ilustres escritores argentinos, reportados aqui na pessoa do salutar Ricardo L. Lorenzetti<sup>73</sup> defendem tese distinta em relação ao erro de diagnóstico:

"Por el contrario, el error de diagnóstico sería invocable eficazmente como eximente de responsabilidad citando admitier ser calificado como error excusable y, como tal, revistier los presupuestos genéricos imprescindibles para su configuración, vale decir, la ausencia de culpa y la existencia de razón plausible para errar".

### 7.2.2 O Erro Grosseiro

O médico por possuir em sua "arts" mais incertezas e conjecturas no diagnóstico, um erro não é essencialmente culposo, fazendo valer o reconhecimento que tenha ocorrido por uma falta grosseira, consoante este entendimento, Magalhães Noronha<sup>74</sup> afirma que "os médicos podem ser responsabilizados pela falta grosseira, a grande negligência ou a ignorância crassa".

<sup>72</sup> ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Traduzido por Luiz Augusto Coutinho: "o erro grosseiro no diagnóstico pode ser a base da responsabilidade culposa - para que o erro possa assumir os caracteres de culpa punível, é necessário que seja crasso, é o decidir que dependa da falta de cuidado das normas comuns de semiologia, ou da falta de elementares conhecimentos de patologia e clínica".

<sup>73</sup> Sobre este tema são também particularmente valiosas as interpretações de FÉLIX A. Trigo Represas (**Error de diagnóstico y responsabilidad civil del médico**, nota a fallo, JA, 1988-II-31); FERREIRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad civil por error de diagnóstico médico**. JA, 1992-II-740).

<sup>74</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. **Do Crime Culposo**. 1957. p. 114.

Carvalho Santos, em aula sobre erro profissional, definiu-o, ancorado nas conclusões de Giorgi, que resulta do defeito ou dúvida da arte e não por falta de capacidade ou negligência por parte daquele que a exerce. Segundo o autor, a teoria está justamente fundamentada quando se admite a imperfeição das ciências e das artes, escusando as falhas cometidas pelo profissional.

A doutrina francesa fundamentada por Pontes de Miranda relaciona princípios gerais para determinar a responsabilidade, atribuindo erro ao profissional nas seguintes consequências: dano causado ao cliente sem consentimento prévio; se agir com imprudência, negligência ou imperícia, também quanto ao diagnóstico; se descuidar do dever de socorro diante de uma emergência, com agravo do ferimento ou moléstia; abandono de tratamento de doente no curso deste, de maneira súbita; indo de encontro a ciência no tratamento ministrado; descumprindo seu dever sem prudência.

Edmundo Oliveira<sup>75</sup> assinala que:

Cumpre, portanto, ao médico somar três forças: o resultado dos exames técnicos, a sagacidade do médico e a experiência por ele acumulada. O resultado de um teste científico é, por vezes, apenas um dado que deve ser interpretado pelo médico. A errada interpretação do resultado de um exame sorológico, ou bacteriológico, ou histológico ou qualquer outro pode advir de sua maior ou menor acuidade e do grau de seus conhecimentos científicos,

Observamos também que somente o erro grosseiro é punível ao médico.

Ulderico Pires dos Santos<sup>76</sup> reflete:

"para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte".

### 7.2.3 O Erro de Tratamento

A responsabilização profissional é de muita importância quanto ao erro de tratamento, onde a imperícia ou imprudência ocorre com a escolha de uma terapêutica inadequada, a exemplo, prescrição equivocada de remédios, ou até mesmo procedimento cirúrgico impreciso.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, Erro Médico e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>76</sup> SANTOS, Ulderico Pires dos. **A Responsabilidade Civil na Doctrina e na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 361.

O médico se preocupa muito com o ato cirúrgico. Nele, a interação entre as equipes envolvidas é fundamental para que o procedimento ocorra sem nenhum contratempo. Apesar da previsibilidade de risco, insurge a obrigação de impedimento destes.

Nessa hipótese, se faz necessário para sua responsabilização:

- 1) erro culpável;
- 2) danoso.

Ausente tais elementos que sustentem a pretensão acusatória, não há de se falar em sanção penal.

Igualmente no pós-operatório se faz necessário o evento danoso para eventual responsabilização do médico.

Às vezes relegada a segundo plano, o acompanhamento e supervisão do quadro clínico de paciente submetido a ato cirúrgico, causando óbito ou doença. O período pós-operatório é de suma importância para a recuperação do paciente que se encontra fragilizado.

Faz-se necessário salientar que o paciente por vezes é responsável pelo insucesso do resultado, pois, não seguem todas as recomendações do profissional, devendo constar do prontuário médico do paciente todos os procedimentos adotados e prescritos, muitos veem este documento como incriminador do médico, mas na verdade ele serve como uma prova muito importante, pois demonstra todo o procedimento adotado pelo médico, corretamente, em consonância com as orientações corretas adequadas a cada tipo de enfermidade ou procedimento, ou se prescreveu de maneira errada. Registrando-se pormenorizadamente toda a evolução e reações a cada medicação no prontuário, servindo de comprovação das ações praticadas pelo profissional de medicina no caso concreto.

### 7.3 CONSENTIMENTO INFORMADO (INFORMED CONSENTE<sup>77</sup>)

Países desenvolvidos tais como os Estados Unidos da América o preenchimento de questionário pelo paciente para a responsabilização do trato do médico é feito rotineiramente, documento este, que consta as mais diversas

---

<sup>77</sup> **Consentimento esclarecido** Ética méd.: Autorização prévia fornecida pelo paciente lúcido (ou por seu responsável) para qualquer ato médico a que deva ser submetido, depois de informado com toda a clareza sobre a natureza do ato, possíveis riscos e efeitos colaterais. **Inglês:** informed consent. **Dicionário de Termos Técnicos de Medicina e Saúde**, Autor: REY, Luís, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1999, p. 177.

perguntas, objetivando um universo amplamente alcançado acerca da sua vida e de seus familiares, respondido e assinado pelo paciente, para salvaguarda de problemas eventuais que venha a surgir posteriormente devido a informações inverídicas que serão imputados aos médicos.

O consentimento informado é algo que surge na medicina como um direito, uma garantia do paciente à proteção e a sua autonomia (self-determination), restando ao médico esclarecer autodeterminadamente as informações dadas, (Self-determination disclosure – Selbstbestimmungaufklärung).

É por deveras importante informar ao paciente: a duração do tratamento; às partes que serão tratadas no corpo; todas as circunstâncias do tratamento (uso de anestesia, local do tratamento, ausência ou não de dor etc.) – Por final, caso estes aspectos sejam omitidos, não teremos decisão autônoma e sim um mero consentimento apenas.

A história do consentimento informado nos remete ao Código de Nuremberg com o grande marco de resposta ético-jurídica nos casos de intervenções médicas não consentidas. Com promulgação em 1948, no julgamento entre os Estados Unidos vs. Karl Brand, médico nazista. Com precisa informação de Brunello Souza Stancioli<sup>78</sup>: *"Dentre outras acusações, o médico respondeu pelas intervenções médicas, nas quais obrigava seus pacientes a ingerirem venenos, a tomarem doses de gasolina intravenosa, a serem imersos em água gelada etc"*. De certeza que, anteriormente ao código, existiu muitos esboços em busca do consentimento do paciente prévio as intervenções médicas. Ironicamente, a decisão mais antiga nos parece ser do Tribunal do Reich Alemão, datada de 1912. Sobremaneira, o tribunal como nessa e outras decisões tinha a diretriz, era: *"Na ausência de algum fundamento ou justificativa, a intervenção médica contra a vontade do paciente, ou sem seu consentimento, era tachada de atentado à integridade física (Körperverletzung)"*.

O Código de Nuremberg impôs ao mundo, um marco na intervenção médica em seres humano. Em seu art. 1º traz a seguinte disposição:

**Art. 1º**, O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de

<sup>78</sup> STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação Jurídica Médico-Paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. I, p. 52.

restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos pelos quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

Por sua vez outros diplomas disciplinaram a matéria, onde a Declaração de Helsink, que é um conjunto de princípios éticos que regem a pesquisa com seres humanos, e foi redigida pela Associação Médica Mundial em 1964, em sua sexta versão<sup>79</sup>, estipulava no seu Capítulo I, 9º:

Em qualquer pesquisa com seres humanos» cada participante em potencial deve ser adequadamente informado sobre as finalidades, os métodos, os benefícios esperados, os possíveis riscos e sobre o desconforto que a pesquisa possa trazer. O participante em potencial deve ser informado de que tem plena liberdade para se abster de participação na pesquisa e de que é livre para suspender o consentimento sobre sua participação a qualquer momento. O médico deve obter então o consentimento informado, dado de forma livre e preferentemente por escrito.

A Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina<sup>80</sup>, consoante em seu art. 5º disciplinou nos seguintes termos:

Uma intervenção no campo da saúde só pode ser realizada depois que a pessoa que por sofrer a intervenção tiver dado seu consentimento livre e informado para tal. Essa pessoa deve, antecipadamente, receber informações apropriadas acerca do propósito e natureza da intervenção, bem como, de seus riscos.

Concluimos desta forma que a adoção destas afirmações, tais condutas, garante maior eficácia no tratamento, bem como salvaguarda o médico de falsas acusações. O profissional que atua conforme este procedimento estará atuando com segurança e tranquilidade. Desta forma o Consentimento Informado (Consentimento Livre e Aclarado, Consentimento Pós-informação, Consentimento Após-informação ou informed consent) é definido quando o médico descrever para o paciente a sua patologia, implicações, tratamento e recebe deste a autorização para fazer todos os procedimentos indicado para o seu caso.

<sup>79</sup> Adotada na 18ª Assembléia Médica Mundial, Helsinki (1964), alterada na 29ª Assembléia, em Tóquio (1975), 35ª em Veneza (1983), 41ª em Hong Kong (1989), 48ª Sommerset West/África do Sul (1996) e 52ª em Edimburgo/Escócia (out. 2000).

<sup>80</sup> OVIEDO, Espanha, em 04.04.1997.

É certo que o consentimento informado compõe-se de quatro elementos básicos, a saber: competência, capacidade, informação e consentimento, pontuados por Ahronheim<sup>81</sup>:

- fornecimento de informações;
- compreensão;
- voluntariedade;
- consentimento.

Elementos estes que precedem de capacidade e voluntariedade, elementos de consentimento e informativos, propriamente ditos, consoante Beauchamp<sup>82</sup> ao enumerá-los: **Pré-condições**: 1. Capacidade (para entender e decidir) e 2. Voluntariedade (na decisão); **Elementos da Informação**: 3. Explicação (informações sobre riscos e benefícios), 4. Recomendação (proposta de alternativa mais adequada), 5. Compreensão (dos termos 3 e 4); **Elementos do Consentimento**: 6. Decisão (em favor de uma opção, dentre no mínimo duas propostas), 7. Autorização.

---

<sup>81</sup> AHRONHEIM JC, Moreno. S, Zuckerman C. **Ethics in clinical practice**. Boston: Little Brown, 1994. p. 21.

<sup>82</sup> BEAUCHAMP, TL. Meaning and elements of informed consent. *In*: REICH W. **Encyclopedia of Bioethics**. New York: McMillan, 1995. p. 1238.

## 8 PROCEDIMENTOS MÉDICOS ADEQUADOS

Não se podem negar os crescentes números de processos envolvendo médicos. Ao verificar algumas varas criminais do nosso país confirma-se esta afirmativa. Os Ministérios Públicos Estaduais em alguns Estados criaram núcleos especializados para questões relativas ao Erro Médico.

Até bem pouco tempo atrás, o assunto responsabilidade do médico era muito raro. Mas no início deste século o aumento da demanda em processos judiciais aumentou progressivamente, bem como o contingente de sentenças condenatórias, conforme os autores Carmem Mirio e Rute Fernandes<sup>83</sup>, quando da seleção em seu livro *Erro Médico Visto pelos Tribunais*, em coletânea de vários julgados dos tribunais de Estados brasileiros, com rol sobre infrações cometidas por médicos no exercício da profissão.

Cabe a importância ao salientar que, em épocas remotas o médico de família era visto com uma figura mística, um profissional que acompanhava por gerações a mesma família, até mesmo a saúde física e psíquica de seus pacientes, formando assim um laço de intimidade, virando por vezes verdadeiros confidentes. Haja visto o crescimento natural da população, grande avanços tecnológicos, interferência de equipamentos, tornou-se necessário uma maior especialização dos profissionais, tornando-os mais competitivos diante de um mercado bastante exigente e seletivo.

A Constituição Federal de 1988 contribuiu sobremaneira, com o acesso a justiça a todos sem exceção, maior poder de fiscalização do Ministério Público, proporcionando um grande número nas demandas judiciais.

No ano de 1996, o eminente Silvano J. Lopes Neto<sup>84</sup> publica o livro: *Medicina Defensiva – Problema ou Solução*, trazendo a luz importantes rumos que o médico deva seguir para que reduzam processos contra os profissionais de medicina, a seguir:

1. Fazer contratos escritos com seus clientes;
2. Guardar toda a documentação, ou seja, providenciar a manutenção de um arquivo metódico, com prontuário o mais completo possível,

---

<sup>83</sup> MIRO, Carmen. Et alii. *Erro Médico visto pelos tribunais*. São Paulo: Edipro, 1991. p. 5.

<sup>84</sup> LOPES NETO, Silvano J. *Medicina Defensiva - Problema ou Solução*-Silvano J. Lopes Neto et alii 1996. Porto Alegre: Evangraf, p, 47-56.

descrevendo neste com objetividade e clareza a sua atividade profissional em cada caso;

3. Aplicar técnicas que domine e que tenham aceitação pela comunidade científica;
4. Tomar cuidados normais nos diagnósticos, tratamentos e operações, portanto, atuar com cautela, desde o primeiro contato até o objetivo final;
5. Pedir exames compatíveis, respeitar a dignidade do paciente, evitando conduta de desrespeito ou má vontade no exercício da atividade;
6. Nunca divulgar fatos que se relacionem com o paciente, e manter-se atualizado com a evolução científica é urna exigência em qualquer profissão.

O jornal da AMEHC<sup>85</sup> – Associação de Médicos do Hospital Conceição. Recomenda em um periódico gaúcho que, o consentimento informado (informed consent) o qual o paciente é ciente de todos os procedimentos e risco que possam decorrer do procedimento adotado durante o tratamento, fazendo-se necessário tal utilização.

Do mesmo modo, uma breve incursão à Grécia no século VI A.C., quando Esculápio, divindade greco-romana que era o conselheiro dos médicos, em seus pareceres, descrevia as frustrações, dissabores, recompensas das vidas dos médicos, relatado por Jerônimo Romanello Neto<sup>86</sup>:

Queres ser médico hoje? Aspiração esta de uma alma generosa, de um espírito ávido de ciência. Desejas que os homens te tenham como um deus, que alivia os seus males e afugenta delas o medo? Já pensaste bem no que há de ser a tua vida? Terás de renunciar tua vida privada. Enquanto que todos os cidadãos quando terminam o seu dia de trabalho não são mais importunados, a tua porta ficará aberta a todos, a toda hora de dia e da noite virão perturbar o teu descanso, teus prazeres, ou a tua meditação. Já não terás horas para dedicar à tua família, à amizade ou ao estudo. Já não pertencerás a ti mesmo— Os pobres habituados a padecer não te chamarão a não ser em casos de urgência. Mas os ricos te tratarão como um escravo, seja por terem uma indigestão, uma constipação, fazendo-te por isso despertar a toda a pressa. Terás de mostrar interesse pelos pormenores mais vulgares da tua existência, decidir o que hão de comer, ou como hão de andar quando passeiam... Não poderás ir ao teatro nem estar doente... Eras severo na escolha dos teus amigos; procuravas homens de talento, artistas e almas delicadas; a partir daqui não poderás evitar indivíduos aborrecidos com pouca inteligência e desprezíveis. Prolongar vidas nefastas é o segredo da tua profissão. Tem fé no teu trabalho para conquistar a tua reputação; julgar-te-ão não pela tua ciência, mas por

<sup>85</sup> Jornal da AMEHC. Associação de Médicos do Hospital Conceição. Porto Alegre. ESPECIAL. Erro Médico, p. 5, jul. 1997. Apolinário Krebs Cardoso.

<sup>86</sup> ROMANELLO NETO. Jerônimo, Responsabilidade Civil do Médico. Ed. Jurídica Brasileira, p.2.

*casualidades do destino, pelo corte da tua capa, pela aparência da tua casa, pelo número dos teus criados. Sentes a paixão da verdade e já não a podes dizer. Terás de ocultar a alguns a gravidade do mal; a outros, a insignificância. Terás que ocultar segredos que possuis, consentir em pareceres burlando, ignorando e cúmplice, Não contes com o agradecimento; quando o doente se cura, a cura é devida à robustez; se morre, foste tu que o mataste. Enquanto estás em perigo trata-te como um deus, suplica-te, promete-te; se estás em convalesça, já o estorvas. Quando se trata de te pagar torna-te diferente. Quanto mais egoístas são os homens, mais cuidados exigem. Não penses que esta profissão te torna rico; é um sacerdócio. (...)*

O Conselho Nacional de Justiça efetuou levantamento que mostrou que em 20 dos 91 tribunais brasileiros existem mais de 112 mil processos sobre demanda de saúde. Dados estes, que demonstram a descredibilidade no atual sistema de saúde brasileira. Já o sistema público, carece de recursos, enquanto que, os planos de saúde, predatoriamente oferecem o que não podem cumprir, fugindo dos padrões compatíveis com a ciência e a ética.

Porém, a quase uma década, a Associação Médica Brasileira, se empenha para a adoção integral da CBHPM (Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos), que é o ordenamento dos métodos e procedimentos existentes tanto no campo terapêutico quanto diagnóstico, estabelecendo portes de acordo com a complexidade, tecnologia e técnicas envolvidas em cada ato. Cujas revisões são feitas regularmente pelas Sociedades de Especialidade, listando os procedimentos médicos adequados no uso clínico.

Paralelamente a essa iniciativa, existe o projeto para elaboração de diretrizes clínicas especificamente voltadas para a assistência na saúde suplementar brasileira. É uma parceria entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Associação Médica Brasileira, que tem por objetivo qualificar a assistência prestada neste setor, fornecendo um instrumento seguro para que o profissional de saúde embase suas decisões clínicas. Até o momento foram publicadas 320 diretrizes que apoiam a decisão clínica, sem ofender a individualização dos cuidados e a independência, e que podem ser livremente consultadas no site [www.projetodiretrizes.org.br](http://www.projetodiretrizes.org.br).

## 9 JURISPRUDÊNCIA

Palavra originária do latim, que tem o significado de conjunto das decisões e interpretações da lei, sendo, portanto um termo jurídico.

De origem inglesa, surgiu para contrariar costumes locais incomuns. Juízes enviados pelo rei presidiam o júri para combater estes costumes em diferentes tribunais a fim de uniformizar tais regras. Formando o direito inglês pela predominância de regras apresentando-se como direito jurisprudencial.

Seu real significado “a ciência da lei”. Podendo possuir outros significados, decisão irrecorrível proferida por tribunal, ou ainda decisões conjuntas de tribunais, ou orientação advinda de um mesmo conjunto de decisões judiciais proferidas com o mesmo sentido, mesma matéria em instâncias superiores como o STJ ou STF.

Também pode ser uma lei baseada em casos, ou em decisões legais desenvolvidas nas aplicações de leis em casos concretos seguindo estatutos.

Nos países cujo Direito segue a tradição Anglo saxônica é silente a obediência à jurisprudência o que não ocorre com aqueles que seguem o sistema jurídico de tradição americana, tais como Portugal, Espanha e etc. No Brasil apesar se seguir a tradição americana, a jurisprudência tem sido amplamente e totalmente utilizada em nosso sistema jurídico.

Tem papel importante, quando votada e aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, por pelo menos 2/3 do plenário, se torna um entendimento obrigatório ao qual todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, Direta e Indireta, terão que seguir. Na prática, adquire força de lei, criando um vínculo jurídico e possuindo efeito *erga omnes*.

## 9.1 NEXO CAUSAL

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA. CONTROVÉRSIA. MATÉRIA PROBATÓRIA.** 1. Não é inepta a denúncia que qualifica os acusados, descreve o fato criminoso e suas circunstâncias e apresenta o rol de testemunhas. Hipótese em que o Ministério Público qualificou o paciente e outros e lhes imputou os fatos que culminaram no crime de homicídio, perfazendo o nexo causal entre as condutas e o resultado finalístico. 2. Quanto ao paciente, em particular, a sentença de pronúncia alude a declarações de testemunha, afirmando tê-lo visto no local e no momento do disparo que atingiu a vítima. A contradita a esse depoimento torna os fatos controversos, exigindo dilação probatória, incabível em habeas corpus. Ordem denegada. (HC 87293, EROS GRAU, STF)

**RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. IMPRUDÊNCIA MÉDICA. AGRAVAMENTO PELA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. CABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA DUPLAMENTE CONSIDERADA PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO E DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. EXISTÊNCIA. BIS IN IDEM. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NEXO-CAUSAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. SÚMULA N.º 7 DO STJ. INOBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP. INEXISTÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI.** 1. O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta. O julgador, contudo, não pode se utilizar da mesma circunstância fática para reconhecê-las, sob pena de incorrer em vedado bis in idem. 2. A pretensão recursal de reconhecer que não houve nexo causal entre a conduta do segundo Recorrente e o resultado lesivo demanda, necessariamente, reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado n.º 07 da Súmula do STJ. 3. O réu, em nosso sistema processual penal, defende-se da imputação fática e não da imputatio iuris, logo, restando caracterizada a emendatio libelli e não mutatio libelli, desnecessária a observância das disposições do art. 384 do Código de Processo Penal. 4. Primeiro recurso especial provido para excluir da condenação o aumento de pena pela inobservância da regra técnica da profissão e segundo recurso especial desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, ao segundo Recorrente para também afastar de sua condenação a causa de aumento de pena prevista no § 4º, do art. 121, do Código Penal, diante do reconhecimento do bis in idem. (RESP 200301630337, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:14/11/2005 PG:00376 RT VOL.:00845 PG:00543.)

## 9.2 OBJETO MATERIAL

**RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.(RESP 200401449631, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:18/12/2009.)**

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213, CAPUT, C/C ART. 224, ALÍNEA A, DO CP. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. SEMI-IMPUTABILIDADE. ALEGAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE DO RÉU. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA ILÍCITA. FIXAÇÃO DA PENA. ERRO MATERIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. I - Devidamente apreciada a questão da imputabilidade do agente na sentença condenatória, que entendeu, à vista de exame médico-pericial, ser o paciente semi-imputável, não há que se falar em nulidade pelo alegado não julgamento do incidente de insanidade mental. II - Por outro lado, a simples leitura do laudo pericial permite concluir que os expertos verificaram a semi-imputabilidade do réu ao tempo dos fatos, tese efetivamente adotada pelo Juízo de primeiro grau, não havendo qualquer justificativa para a impetração postular pelo reconhecimento da inimputabilidade. III - Não caracteriza prova ilícita a gravação de depoimento dado de forma livre e consciente pelo paciente a emissora de rádio local, que, inclusive, não foi determinante para a condenação. IV - Reconhecido o erro material no cálculo da reprimenda, fica a pena privativa de liberdade do paciente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. V - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional. VI - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos. Ordem parcialmente concedida. Habeas corpus concedido de ofício, para fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena.(HC 200601476535, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:18/12/2006 PG:00438.)**

### 9.3 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

**HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. MATÉRIA PROBATÓRIA. NÃO-CABIMENTO DO WRIT.** Homicídio culposo. Erro médico. Tratamento impróprio dispensado a paciente atendido com suspeita de tétano. Negativa de autoria. Típica hipótese de matéria probatória cujo exame é vedado em habeas-corpus. Ordem denegada. (HC 82656, MAURÍCIO CORRÊA, STF)

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA NA CONDOTA PROFISSIONAL DE MÉDICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MORTE RESULTANTE DE EDEMA PULMONAR. PACIENTE ANESTESISTA INTEGRANTE DA EQUIPE QUE REALIZOU INTERVENÇÃO CIRÚRGICA NA VÍTIMA PARA CONTER HEMORRAGIA ABDOMINAL. IMPREVISIBILIDADE DO ÓBITO, PASSADOS CINCO DIAS DO PROCEDIMENTO INVASIVO. PROVA LÍVIDA QUANTO AOS CUIDADOS DISPENSADOS PELO ACUSADO. DEVIDA OBSERVAÇÃO DAS REGRAS TÉCNICAS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DESNECESSIDADE DE PROFUNDA ANÁLISE DA PROVA PARA SE CONSTATAR A INEXISTÊNCIA DE CULPA, EM QUAISQUER DE SUAS MODALIDADES. INFELICITAS FACTI EVIDENCIADO. EXCLUSÃO DE ILICITUDE DO ATO IMPUTADO AO PACIENTE QUE SE IMPÕE. FALTA DE JUSTA CAUSA À PERSECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.** 1. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida de todo excepcional, mostrando-se possível, no entanto, quando se mostrar flagrante a ausência de indícios de autoria, a atipicidade dos fatos narrados ou a extinção da punibilidade do agente. 2. 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. 3. Ordem concedida, para trancar a Ação Penal n. 2005.0000092-4, movida em desfavor do paciente perante a Vara Criminal da comarca de Paranaguá/PR. (HC 200800301337, JORGE MUSSI - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/10/2010.)

#### 9.4 CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. REQUISITOS. ALEGADA INÉPCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. DESCRIÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A SUPOSTA CONDUTA DO PACIENTE E O RESULTADO LESIVO. ORDEM DENEGADA.** 1. Quando se trata de apreciar alegação de inépcia de denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outro motivo, dois são os parâmetros objetivos de tal exame: os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. No artigo 41, o Código de Processo indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. Já o artigo 395 do Código de Processo Penal, esse impõe à peça de defesa um conteúdo negativo. Se no, primeiro, há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, no artigo 395 há uma obrigação de não fazer; ou seja, a peça de denúncia não pode incorrer nas impropriedades de que trata o artigo 395 do CPP. 2. No caso, mesmo de forma concisa, a inicial acusatória descreve a relação de causalidade entre as supostas condutas increpadas ao paciente e os resultados lesivos sofridos pela vítima. Sendo que a concisão da inicial acusatória decorre, ao que parece, das próprias circunstâncias que permeiam a apuração dos delitos, mas escrita de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa do acusado. 3. Ordem denegada. **(HC 96236, CARLOS BRITTO, STF)**

**AÇÃO PENAL.** Homicídio doloso. Índícios da existência. Fato típico. Pronúncia. Trancamento por falta de justa causa, em habeas corpus. Inadmissibilidade. Alegação que exigiria cognição completa do conjunto de provas. Providência inviável em pedido de habeas corpus. Precedentes. O reconhecimento de justa causa para o trancamento de ação penal, por irrelevância penal do fato imputado, requer o exame da matéria fático-probatória, providência inviável em habeas corpus. **(HC 88385, CEZAR PELUSO, STF)**

**CRIMINAL. HABEAS CORPUS. MÃE QUE FAZ REPRESENTAÇÃO AO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA EM RAZÃO DO AGRAVAMENTO DO ESTADO DE SAÚDE DO FILHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.** Ao se preocupar com a saúde do filho, a paciente tão somente exerceu regularmente o direito de representação ao órgão competente, a fim de que a conduta do médico fosse apurada. Não há sequer indício de que as palavras constantes do documento apresentado pela paciente ao Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina trouxessem consigo o animus diffamandi. Não se pode olvidar o caráter fragmentário de que se reveste o direito penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. Ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra a paciente. Precedentes. Ordem concedida. **(HC 86553, JOAQUIM BARBOSA, STF)**

## 9.5 PREVISIBILIDADE

**DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE ADVINDAS DE ATO CIRÚRGICO REALIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PARADA RESPIRATÓRIA COM CONSEQÜENTE ENCEFALOPATIA ISQUÊMICA QUE RESULTOU EM COMA PROFUNDO DA VÍTIMA. DENÚNCIA. ART. 129, INCISOS I, II, III E IV C/C ART. 18, I SEGUNDA PARTE, DO CP. MATERIALIDADE. AUTORIA. MÉDICOS ANESTESISTA E CIRURGIÃO. CO-RESPONSABILIDADE. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO. EXIGIBILIDADE. IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADAS. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA OPERADA EM SENTENÇA. ART. 129, § 6º, DO CP. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95.**

1. Tratando-se de infração penal cometida nas dependências de hospital ligado à fundação pública federal, bem como sendo um dos réus servidor público federal - a evidenciar, portanto, interesse da União - competente é a Justiça Federal para o processamento do feito, nos termos preconizados no art. 109, IV, da Constituição Federal de 1988. 2. Hipótese em que os réus, médicos anestesta e cirurgião, foram denunciados pela prática de lesão corporal de natureza grave (lesão cerebral irreversível) ocasionada por parada respiratória com conseqüente encefalopatia isquêmica - resultando no coma profundo da vítima - ocorrida no curso de intervenção cirúrgica. 3. Materialidade e autoria delitivas que se mostram incontestáveis frente ao amplo material probatório produzido. 4. Não prosperam os argumentos expendidos pelo co-réu, médico cirurgião, no sentido de ver afastada sua autoria delitiva ante à alegação de ser dever apenas do médico anestesta constatar e sanar tais problemas, porquanto, a corresponsabilidade de ambos os denunciados, no caso, é indissociável. E, a observância do dever de cuidado, aqui, é exigível dos médicos responsáveis pela cirurgia, sejam cirurgiões, sejam anestestistas. 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 sequencia 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 tais lesões à vítima, atuando com a certeza de que estas jamais se produziram. 9. Mantida a sentença que operou a desclassificação para a forma culposa, condenando os réus por incursos nas sanções do art. 129, § 6º, do CP, cuja pena abstratamente cominada é de 02 (dois) meses a 01 (um) ano, a remessa dos autos ao Ministério Público Federal de primeira instância (de modo a não suprimir grau de jurisdição) para fins de verificar-se a possibilidade de oportunização da suspensão do processo a que alude o art. 89 da Lei nº 9.099/95, é medida que se impõe, por mais benéfica ao réu. Precedentes desta Corte (**ACR nº 2001.70.00.024043-1/PR, DJU 12.08.2004**). (**ACR 200071010016409, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 14/03/2005 PÁGINA: 637.**)

## 9.6 IMPRUDÊNCIA

**PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO. MÉDICO PLANTONISTA. SINDICÂNCIA. CRM. ATUAÇÃO MÉDICA LEGAL E TECNICAMENTE CORRETA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA.** 1. 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 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 paciente, deixaram de realizar cateterismo, diante da precariedade do quadro clínico apresentado pela suposta vítima. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 200701060764, MARIA THERESA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:30/03/2009.)

**HABEAS CORPUS. PROVA. EXAME. POSSIBILIDADE. CONVERGÊNCIA DO CONTEXTO. CONCLUSÃO ÚNICA.** 1. Não se erige o habeas corpus em procedimento adequado para avaliar e comparar provas para se capacitar haver chegado o julgador a um resultado justo ou não. Como ensina a doutrina, no entanto, o debate aprofundado sobre a prova não significa que esta "só se examina pela rama, por cima, superficialmente, a voo de pássaro". Sendo ela convergente, não deixando alternativa à convicção do magistrado, adequado o remédio heroico. 2 - Nesta linha, indicando as provas coligidas, sem discrepância, a começar pelo laudo do Instituto Médico Legal, excludente da falta de observância de regras técnicas ou omissão de cautelas em tratamento médico, passando pelo depoimento do médico residente que, no ponto, afirma não haver realizado nenhum procedimento (cistoscopia) na presença do acusado, preceptor responsável pelos residentes da clínica de urologia, que fez apenas acompanhamento indireto do doente, falecido, segundo o MP, em virtude de violação de regra técnica de profissão, oportuno e pertinente, pela via do habeas corpus, o trancamento de ação penal, por eventual infração à letra do art. 121, §§ 3º e 4º, c/c os arts. 13, II, b e 29, todos do Código Penal. 3 - É que tão certo e evidente a prova, excludente da prática pelo paciente (médico preceptor) de qualquer ato (ação ou omissão) de negligência, imprudência ou imperícia, que não é possível outra conclusão, senão a de sua completa inocência, revelando-se a ação penal como vero constrangimento. 4 - Ordem concedida. (HC 200100863559, FERNANDO GONÇALVES, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:04/02/2002 PG:00568 RSDPPP VOL.:00013 PG:00076 RSTJ VOL.:00158 PG:00548.)

## 9.7 NEGLIGÊNCIA

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA NA CONDOTA PROFISSIONAL DE MÉDICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MORTE RESULTANTE DE EDEMA PULMONAR. PACIENTE ANESTESISTA INTEGRANTE DA EQUIPE QUE REALIZOU INTERVENÇÃO CIRÚRGICA NA VÍTIMA PARA CONTER HEMORRAGIA ABDOMINAL. IMPREVISIBILIDADE DO ÓBITO, PASSADOS CINCO DIAS DO PROCEDIMENTO INVASIVO. PROVA LÍVIDA QUANTO AOS CUIDADOS DISPENSADOS PELO ACUSADO. DEVIDA OBSERVAÇÃO DAS REGRAS TÉCNICAS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DESNECESSIDADE DE PROFUNDA ANÁLISE DA PROVA PARA SE CONSTATAR A INEXISTÊNCIA DE CULPA, EM QUAISQUER DE SUAS MODALIDADES. INFELICITAS FACTI EVIDENCIADO. EXCLUSÃO DE ILICITUDE DO ATO IMPUTADO AO PACIENTE QUE SE IMPÕE. FALTA DE JUSTA CAUSA À PERSECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.** 1. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida de todo excepcional, mostrando-se possível, no entanto, quando se mostrar flagrante a ausência de indícios de autoria, a atipicidade dos fatos narrados ou a extinção da punibilidade do agente. 2. 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. 3. Ordem concedida, para trancar a Ação Penal n. 2005.0000092-4, movida em desfavor do paciente perante a Vara Criminal da comarca de Paranaguá/PR. **(HC 200800301337, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/10/2010.)**

**PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO. MÉDICO PLANTONISTA. SINDICÂNCIA. CRM. ATUAÇÃO MÉDICA LEGAL E TECNICAMENTE CORRETA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA.** 1. 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 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 paciente, deixaram de realizar cateterismo, diante da precariedade do quadro clínico apresentado pela suposta vítima. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal. **(HC 200701060764, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:30/03/2009.)**

## 9.8 IMPERÍCIA

**HABEAS CORPUS. PROVA. EXAME. POSSIBILIDADE. CONVERGÊNCIA DO CONTEXTO. CONCLUSÃO ÚNICA.** 1. Não se erige o habeas corpus em procedimento adequado para avaliar e comparar provas para se capacitar haver chegado o julgador a um resultado justo ou não. Como ensina a doutrina, no entanto, o debate aprofundado sobre a prova não significa que esta "só se examina pela rama, por cima, superficialmente, a voo de pássaro". Sendo ela convergente, não deixando alternativa à convicção do magistrado, adequado o remédio heroico. 2 - Nesta linha, indicando as provas coligidas, sem discrepância, a começar pelo laudo do Instituto Médico Legal, excludente da falta de observância de regras técnicas ou omissão de cautelas em tratamento médico, passando pelo depoimento do médico residente que, no ponto, afirma não haver realizado nenhum procedimento (cistoscopia) na presença do acusado, preceptor responsável pelos residentes da clínica de urologia, que fez apenas acompanhamento indireto do doente, falecido, segundo o MP, em virtude de violação de regra técnica de profissão, oportuno e pertinente, pela via do habeas corpus, o trancamento de ação penal, por eventual infração à letra do art. 121, §§ 3º e 4º, c/c os arts. 13, II, b e 29, todos do Código Penal. 3 - É que tão certo e evidente a prova, excludente da prática pelo paciente (médico preceptor) de qualquer ato (ação ou omissão) de negligência, imprudência ou imperícia, que não é possível outra conclusão, senão a de sua completa inocência, revelando-se a ação penal como vero constrangimento. 4 - Ordem concedida. **(HC 200100863559, FERNANDO GONÇALVES, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:04/02/2002 PG:00568 RSDPPP VOL.:00013 PG:00076 RSTJ VOL.:00158 PG:00548.)**

**RHC. LESÃO CORPORAL CULPOSA. ERRO MÉDICO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. VALIDADE DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.** I. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. II. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório - como a sustentada ausência de justa causa porque não teria o paciente agido com imprudência ou imperícia - tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária. III. Não se reconhece qualquer vício na representação, se a mesma foi procedida nos termos do art. 39 do CPP. IV. Recurso desprovido. **(RHC 199900660552, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:14/02/2000 PG:00046 LEXSTJ VOL.:00129 PG:00200.)**

## 9.9 INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA

**HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO CULPOSO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – DENÚNCIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE E CONTÉM OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À AMPLA DEFESA. PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTORIA. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS NO CURSO DO PROCESSO. ADITAMENTO QUE NÃO SE MOSTRA COM A FINALIDADE DE IMPEDIR A SUSPENSÃO DO PROCESSO – POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PARA MELHOR ESCLARECIMENTO DOS FATOS. ORDEM DENEGADA.** 1- O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do habeas corpus. 2- Se a denúncia descreve conduta típica, presumidamente atribuída ao réu, contendo elementos que lhe proporcionam ampla defesa, a ação penal deve prosseguir. 3- O aditamento para inclusão de causa especial de aumento não significa querer impedir a suspensão do processo, mas a necessidade de explicitar em que constituiu a falta de cuidado técnico no exercício da profissão. 4- A instauração da ação penal não impede o requerimento de diligências mais amplas para a apuração da verdade real. 5- Ordem denegada. (HC 200702970473, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) - SEXTA TURMA, DJE DATA:22/04/2008.)

**DIREITO PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 121, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. ERRO MÉDICO. INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO. ELEMENTAR DO TIPO. QUALIFICADORA. NÃO-INCIDÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO QUANTO A UM DOS ACUSADOS. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. MÉDICO CIRURGIÃO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.** 1. "O dolo e a culpa stricto sensu são coisas inteiramente diversas. Dolo é fenômeno psicológico, ao passo que a culpa stricto sensu só tem existência no plano normativo. A tipicidade do crime culposo, no entanto, não poderia estar na causação de um resultado, que está fora da ação, mas sim, num determinado comportamento proibido pela norma. Como em tais crimes não há vontade dirigida no sentido do resultado antijurídico (embora exista vontade dirigida a outros fins, em geral lícitos), a ação delituosa que a norma proíbe é a que se realiza com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, violando um dever objetivo de cuidado, atenção ou diligência, geralmente imposto na vida de relação para evitar dano a interesses e bens alheios e que conduz, assim, ao resultado que configura o delito". 2. "Tal dever de evitar situações de perigo para bens jurídicos alheios é relativo, pois nem todo comportamento perigoso constitui per se uma conduta contrária ao dever. Assim, determinadas atividades, como a condução de veículos ou as intervenções cirúrgicas, v.g ., em razão de sua natureza, implicam um risco que pode conduzir a resultados de dano, lesão, ou mesmo morte, inevitáveis. Esse comportamento perigoso não é contrário ao dever, porque corresponde a exigências sociais reconhecidas pelo Direito. Configura-se a culpa se o indivíduo ultrapassa os limites do risco permitido e o resultado típico sobrevém". 3. Dessarte, a inobservância do dever objetivo de cuidado - de que provém o resultado punível no fato culposo - expressa-se por meio de um agir sem os cuidados que o caso requer (imprudência), de um deixar de observar os deveres exigidos por certas circunstâncias (negligência) ou de uma falta de aptidão técnica, teórica ou prática

para o exercício de dada profissão (imperícia). 4. "A negligência, sendo modalidade de culpa e integrante do tipo penal, não se confunde com a inobservância de regra técnica, que, como causa especial de aumento de pena, pertence ao terreno da culpabilidade". Precedente do STJ. 5. Hipótese em que o quadro fático narrado na denúncia correlaciona-se à culpa por negligência, ou seja, em face de provável omissão do dever objetivo de cuidado exigível de todo o médico naquela situação típica de seu cotidiano profissional. Inexistindo elementos externos ao núcleo típico culposo capazes de fazer incidir a circunstância qualificadora de inobservância de regra técnica da profissão, nada há que justifique a capitulação no § 4º do art. 121. 6. Considerando que o réu se defende dos fatos narrados e não da definição jurídica atribuída pela denúncia, em observância ao princípio da correlação, cumpre adequar corretamente a conduta descrita na peça acusatória, consoante o disposto no art. 383 do CPP. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 7. Corolário lógico, considerando que a pena mínima abstratamente cominada para a figura simples do homicídio culposo é de 01 (um) ano de detenção, cumpre oportunizar à ré - médica anestesista - a proposta de suspensão do processo, porquanto devidamente preenchidos os requisitos impostos pelo art. 89 da Lei 9.099/95. Diferentemente, todavia, é a situação do outro acusado - médico cirurgião - cujo teor da certidão de antecedentes não autoriza o sursis processual. 8. É na escolha da decisão em tese menos gravosa que se fulcra a discussão quanto à responsabilidade do médico, o que importa na difícil tarefa de se estabelecer a linha divisória entre a fatalidade, o risco inerente à profissão médica e o homicídio culposo. 9. Para o Direito Penal, a omissão é relevante quando o omitente age em desacordo com o dever legal que lhe era imposto, não evitando, assim, o resultado (art. 13, §2º, do Código Penal). 10. O julgador não está vinculado às conclusões do laudo técnico, cabendo-lhe, senão, analisar todo o contexto probatório de modo a formar sua convicção, forte no disposto no art. 157, do CPP. Na espécie, a conclusão da perícia ("fatos que podem ter levado a paciente a apresentar as complicações que ocorreram quando da indução anestésica") não basta à demonstração da relação de causalidade preconizada no art. 13 do Código Penal, sobretudo diante da ausência de exame necrópsico na vítima. 11. Concluindo, nada há nos autos a evidenciar o nexo de causalidade entre o resultado morte e a ação (comissiva ou omissiva) do cirurgião. No mais, em havendo dúvida quanto ao encaminhamento do caso pelo médico - no sentido de ser ou não o mais adequado - de tal discussão deve se ocupar o Direito Civil que, aliás, tão sensatamente tem abordado o erro médico, conforme se infere de vasto ementário produzido pelos Tribunais de Justiça. 12. Sentença absolutória que se mantém porquanto não evidenciado o liame objetivo exigível na espécie. **(ACR 200171010014820, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 25/10/2006 PÁGINA: 1073.)**

## 9.10 MÉDICO E CRIME CULPOSO

**Habeas Corpus.** Concessão de ofício. 2. Denúncia oferecida contra médico, enfermeira e atendente de enfermagem, por homicídio culposo, em virtude da retirada do hospital de pessoa nele internada, cuja esposa decidira transferi-lo a outro hospital, vindo a falecer durante a remoção. 3. Absolvidos, por falta de provas, o médico e a atendente de enfermagem, respectivamente, na sentença e no acórdão, restou condenada, apenas, a enfermeira, como incurso no art. 121, § 3º, do Código Penal. 4. Não merecem acolhida os dois fundamentos da inicial: colidência de defesas e violação aos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade. 5. Quanto ao primeiro, cumpre notar que todos os co-réus se defendiam em uma mesma visualização dos fatos e do direito: pretendia-se afastar a responsabilidade dos co-réus, a partir, precisamente, da alegação de a saída da vítima do hospital ter ocorrido, em virtude da insistência da esposa que seria, assim, a única responsável pelo resultado posterior da morte de seu marido. 6. Quanto ao segundo fundamento da inicial, o Ministério Público não aditou a denúncia para nela incluir a esposa da vítima, porque entendeu que a prova era insuficiente para a condenação de qualquer dos denunciados e da aludida esposa. Cuidando-se de crime de ação pública, o MP é o titular da ação penal, não podendo, desse modo, o Juiz compeli-lo a aditar a denúncia. 7. Código Penal, art. 13, § 2º. Sua não caracterização, quanto à paciente, segundo os termos da sentença e do acórdão. A omissão a que se refere o dispositivo somente é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. 8. Na hipótese em exame, como decorre das decisões em análise, a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da paciente, relativamente à vítima, não foi descurada, no que concerne ao tratamento devido e prescrito pelo médico. A saída da vítima, de outra parte, não se fez por determinação ou autorização da enfermeira que, juntamente com o médico e a atendente de enfermagem, segundo a prova apontada na sentença e no acórdão, aconselhou, persistentemente, à esposa da vítima no sentido da inconveniência de transferir o doente a outro hospital. 9. Mesmo se admitisse na espécie caracterizada a obrigação da paciente de impedir a saída da vítima do hospital, não possuía a enfermeira, de forma efetiva, diante do quadro fático descrito no acórdão, pessoal e fisicamente, condições de poder obstar, em concreto, a ação da esposa da vítima em seu desiderato de transferi-la de hospital, adotando, inclusive, para isso, as

providências indispensáveis. 10. Habeas Corpus deferido, de ofício, para absolver a paciente, com base no art. 386, III, do CPP, combinado com o art. 13, § 2º, do Código Penal.(HC 72843, NÉRI DA SILVEIRA, STF)

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA NA CONDUTA PROFISSIONAL DE MÉDICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MORTE RESULTANTE DE EDEMA PULMONAR. PACIENTE ANESTESISTA INTEGRANTE DA EQUIPE QUE REALIZOU INTERVENÇÃO CIRÚRGICA NA VÍTIMA PARA CONTER HEMORRAGIA ABDOMINAL. IMPREVISIBILIDADE DO ÓBITO, PASSADOS CINCO DIAS DO PROCEDIMENTO INVASIVO. PROVA LÍVIDA QUANTO AOS CUIDADOS DISPENSADOS PELO ACUSADO. DEVIDA OBSERVAÇÃO DAS REGRAS TÉCNICAS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DESNECESSIDADE DE PROFUNDA ANÁLISE DA PROVA PARA SE CONSTATAR A INEXISTÊNCIA DE CULPA, EM QUAISQUER DE SUAS MODALIDADES. INFELICITAS FACTI EVIDENCIADO. EXCLUSÃO DE ILICITUDE DO ATO IMPUTADO AO PACIENTE QUE SE IMPÕE. FALTA DE JUSTA CAUSA À PERSECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.** 1. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida de todo excepcional, mostrando-se possível, no entanto, quando se mostrar flagrante a ausência de indícios de autoria, a atipicidade dos fatos narrados ou a extinção da punibilidade do agente. 2. 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. 3. Ordem concedida, para trancar a Ação Penal n. 2005.0000092-4, movida em desfavor do paciente perante a Vara Criminal da comarca de Paranaguá/PR. (HC 200800301337, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/10/2010.)

## 9.11 ANESTESIA E CRIME CULPOSO

**DIREITO PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 121, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. ERRO MÉDICO. INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO. ELEMENTAR DO TIPO. QUALIFICADORA. NÃO-INCIDÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO QUANTO A UM DOS ACUSADOS. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. MÉDICO CIRURGIÃO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.** 1. "O dolo e a culpa stricto sensu são coisas inteiramente diversas. Dolo é fenômeno psicológico, ao passo que a culpa stricto sensu só tem existência no plano normativo. A tipicidade do crime culposos, no entanto, não poderia estar na causação de um resultado, que está fora da ação, mas sim, num determinado comportamento proibido pela norma. Como em tais crimes não há vontade dirigida no sentido do resultado antijurídico (embora exista vontade dirigida a outros fins, em geral lícitos), a ação delituosa que a norma proíbe é a que se realiza com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, violando um dever objetivo de cuidado, atenção ou diligência, geralmente imposto na vida de relação para evitar dano a interesses e bens alheios e que conduz, assim, ao resultado que configura o delito". 2. "Tal dever de evitar situações de perigo para bens jurídicos alheios é relativo, pois nem todo comportamento perigoso constitui per se uma conduta contrária ao dever. Assim, determinadas atividades, como a condução de veículos ou as intervenções cirúrgicas, v.g ., em razão de sua natureza, implicam um risco que pode conduzir a resultados de dano, lesão, ou mesmo morte, inevitáveis. Esse comportamento perigoso não é contrário ao dever, porque corresponde a exigências sociais reconhecidas pelo Direito. Configura-se a culpa se o indivíduo ultrapassa os limites do risco permitido e o resultado típico sobrevém". 3. Dessarte, a inobservância do dever objetivo de cuidado - de que provém o resultado punível no fato culposos - expressa-se por meio de um agir sem os cuidados que o caso requer (imprudência), de um deixar de observar os deveres exigidos por certas circunstâncias (negligência) ou de uma falta de aptidão técnica, teórica ou prática para o exercício de dada profissão (imperícia). 4. "A negligência, sendo modalidade de culpa e integrante do tipo penal, não se confunde com a inobservância de regra técnica, que, como causa especial de aumento de pena, pertence ao terreno da culpabilidade". Precedente do STJ. 5. Hipótese em que o quadro fático narrado na denúncia correlaciona-se à culpa por negligência, ou seja, em face de provável omissão do dever objetivo de cuidado exigível de todo o médico naquela situação típica de seu cotidiano profissional. Inexistindo elementos externos ao núcleo típico culposos capazes de fazer incidir a circunstância qualificadora de inobservância de regra técnica da profissão, nada há que justifique a capitulação no § 4º do art. 121. 6. Considerando que o réu se defende dos fatos narrados e não da definição jurídica atribuída pela denúncia, em observância ao princípio da correlação, cumpre adequar corretamente a conduta descrita na peça acusatória, consoante o disposto no art. 383 do CPP. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 7. Corolário lógico, considerando que a pena mínima abstratamente cominada para a figura simples do homicídio culposos é de 01 (um) ano de detenção, cumpre oportunizar à ré - médica anestesista - a proposta de suspensão do processo, porquanto devidamente preenchidos os requisitos impostos pelo art. 89 da Lei 9.099/95. Diferentemente, todavia, é a situação do outro acusado - médico cirurgião - cujo teor da certidão de antecedentes não autoriza o sursis processual. 8. É na escolha da decisão em tese

menos gravosa que se fulcra a discussão quanto à responsabilidade do médico, o que importa na difícil tarefa de se estabelecer a linha divisória entre a fatalidade, o risco inerente à profissão médica e o homicídio culposo. 9. Para o Direito Penal, a omissão é relevante quando o omitente age em desacordo com o dever legal que lhe era imposto, não evitando, assim, o resultado (art. 13, §2º, do Código Penal). 10. O julgador não está vinculado às conclusões do laudo técnico, cabendo-lhe, senão, analisar todo o contexto probatório de modo a formar sua convicção, forte no disposto no art. 157, do CPP. Na espécie, a conclusão da perícia ("fatos que podem ter levado a paciente a apresentar as complicações que ocorreram quando da indução anestésica") não basta à demonstração da relação de causalidade preconizada no art. 13 do Código Penal, sobretudo diante da ausência de exame necrópsico na vítima. 11. Concluindo, nada há nos autos a evidenciar o nexo de causalidade entre o resultado morte e a ação (comissiva ou omissiva) do cirurgião. No mais, em havendo dúvida quanto ao encaminhamento do caso pelo médico - no sentido de ser ou não o mais adequado - de tal discussão deve se ocupar o Direito Civil que, aliás, tão sensatamente tem abordado o erro médico, conforme se infere de vasto ementário produzido pelos Tribunais de Justiça. 12. Sentença absolutória que se mantém porquanto não evidenciado o liame objetivo exigível na espécie. **(ACR 200171010014820, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 25/10/2006 PÁGINA: 1073.)**

## CONCLUSÃO

O trabalho elucida a relação que envolve o médico e o paciente, bem como o universo jurídico que ampara os direitos e garantias de ambos. O médico antigamente visto como um semideus passa a ter o valor realmente que lhe cabe haja vista toda a evolução cultural e científica que elucidou ao longo dos anos toda a mística que envolvia tão nobre profissão, responsável pelo bem maior, mais tutelado pelo nosso ordenamento jurídico, ou seja, a vida.

O médico só poderá ser responsabilizado levando em consideração todo um arcabouço que envolve a relação entre seus pacientes, sem que deixemos de levar em conta todos os riscos que envolvem o exercício regular de saúde. Examinar a conduta do médico, seja ela comissiva ou omissiva, verificando se esta fora responsável pelo o acontecido, se há nexos causal em sua conduta e o resultado alcançado, havendo também a necessidade de uma previsão legal anterior que subsuma o tipo penal para a sua criminalização.

Com a evolução histórica a responsabilização do médico, tomou proporções imensas com o crescimento expressivo das demandas judiciais, a intervenção da justiça nas lides de forma mais incisiva, a propagação de informações de maneira mais efetiva alcançando camadas sociais que há muito eram discriminadas.

Respeito à conduta utilizada pelo médico quando julgados pela justiça desde que respeitados os conhecimentos científicos. Se ele agiu comissivamente ou omissivamente para contribuição do resultado ocorrido.

Existe entre outros fatores externos que contribuem de forma incisiva para a ocorrência destes erros, a saúde oferecida pelo Estado está há muito distante daquilo que é necessário para a prestação de serviços dignos que atenda as demandas por vezes excessivas, coadunadas com jornadas excessivas dos profissionais da área de saúde, falta de recursos, número insuficientes de leitos, falta de uma política pública que resolva por vez todos esses problemas que são fatores diretos e incisivos nas ocorrências de tais fatos.

O dolo e a culpa devem ser levados em consideração, pois a lei os trata de forma mais agravante ou atenuante conforme o caso concreto.

O próprio código de ética médica proíbe que o médico atue com imprudência, negligência ou imperícia, praticando atos danosos aos pacientes, devendo o mesmo agir com todo o zelo, tentando prever todas as possibilidades conhecidas pela medicina atual, bem como uma completa interação entre médico e paciente, deixando-o a par de todos os riscos, procedimentos que possa vir a ocorrer.

O Direito Penal, por ser uma das ciências jurídicas de origem mais antiga, desde o princípio coibiu a prática dos fatos que atingiam as pessoas da sociedade.

Qualquer pessoa seja ela médico ou não, ao praticar uma conduta típica e antijurídica, e sendo ela culpável, responderá criminalmente.

O nosso ordenamento jurídico brasileiro ignorou o risco inerente à atividade médica, ao tratar alguns casos como excludente de ilicitude, e em outros o tratando como crime culposos. Salienta-se que nos dois casos foram previsto como um atuar característico.

A teoria da imputação objetiva preconiza o comportamento e o resultado normativo só podem ser atribuídos quando: criar risco jurídico reprovado ao bem juridicamente protegido; o perigo efetivou resultado. Conclui-se então que diversas consequências são geradas, introduzindo uma convulsão no Direito Penal, no terreno da tipicidade especialmente. Inova no sentido incrementando a teoria do risco, frente ao binômio risco proibido e o risco permitido.

O dano causado não foi devido a uma intenção positiva de causá-lo, houve uma mera falta ou inobservância do dever de cuidado objetivo colocado ao agente. Na falta desta ao dever de cuidar, deve-se ser apreciada com muita moderação, especialmente quando se tratar do profissional médico, ponderando-se o risco inerente à profissão, erro do paciente, erros profissionais, questões de iatrogenia, e principalmente ter feito outra coisa, salvo, as peculiaridades do caso concreto, evitando-se demandas desnecessárias e indevidas nos tribunais.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **La Culpa**. Bogotá: Colombia, 1956.

ANDRADE JR. Marcos Almeida Magalhães. **Direito e Medicina – Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Associação Pernambucana de Direito Médico e Saúde. **Direito médico**. [online]. Recife: Apedimes, s.d. Disponível em: <<http://www.lexmed.com.br/direito.pdf>> Acesso em 17 Nov. 2011, 13:02:30.

BACIGALUPO. Enrique. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

BLOISE. Walter. **A responsabilidade civil e o dano médico – legislação, jurisprudência, seguros e o dano médico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 1a CC n. 302. Rel. Des. Cordeiro Machado, PJ 28/23).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

COSTA JR. Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA. Henrique Araújo. **Erro médico: a responsabilidade civil e penal de médicos e hospitais**. Brasília: Thesaurus, 2008. 48 p. ISBN: 978-85-7062-787-2.

COUTO FILHO, Alex Ferreira. *Et alii*. **Instituições de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Revista de Direito Penal**. n. 05. Editor Borsoi, jan./mar. 1972.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Et. Alii*. **Erro médico**. 3. Ed. Montes Claros: Unimontes, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico - À luz da jurisprudência comentada**. Imprensa Braille, Adevipar. Volume único. Curitiba: Outubro, 2001.

HUERTA, Mariano Jimenez. **La Tipicidad**. Guadalajara: Porua, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, t. 2.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal**. v. 5.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JIMENES DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1952. t. IV.

JORNAL de pediatria. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Pediatria. Vol. 78, Nº4, 2002. 0021-7557/02/78-04/261.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo, 1964, v. 2.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Revista Jurídica*. **A responsabilidade penal por erro médico**. Blumenau/SC: FURB. nº 3, junho de 1998.

MATIELO. Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: SagraLuzzatto, 1981.

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

MIRABETE, Julio. Fabrini. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

MIRIO. Carmen O.; FERNANDES. Rute A .V. **Erro médico visto pelos tribunais**. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 1997.

MONZHEIN, Paul, ob.cit., e LIMA, Gilberto Baumann de, **Culpabilidade do Médico e a "lex artis"**, in Revista dos Tribunais, 695/422.

NORONHA, Magalhães. **Do Crime Culposo**. São Paulo: Saraiva, 1974.

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

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

PETROCELLI , Biagio. **Principi di diritto penale**: corso di lezioni universitarie. Imprinta: Padova, Cedam, 1943.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de mera conduta**. São Paulo, 1959.

RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. **Erro médico aspectos jurídico e médico-legal**. São Paulo: RT 625, 1998.

Revista Bioética. **A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira**. Natal/RN:. 2010; 18 (1): 31 – 47.

Revista Jurídica. **A responsabilidade penal por erro médico**. Blumenau/SC: FURB. nº 3, junho de 98, pp. 51-64.

SCLIAR, Moacyr. **A paixão Transformada – História da Medicina na Literatura**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SLAIB FILHO, Nagib. **Revista Jurídica Consulex – Direito Médico, Nova Opção Profissional**. A. V. n. 113, p. 12-13, 30.09.2001.

SOUZA, Keity Mara Ferreira. Artigo **A (ir) responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Extraído da internet diretamente do endereço <<http://jus.com.br/revista/texto/1716/a-ir-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 16.04.2012.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

TORRES, Juliano. **Método dedutivo VS método indutivo**. [online] Disponível em: URL: <http://precodosistema.blogspot.com/search?q=dedutivo+e+indutivo>. Acesso em 30 de novembro de 2011, às 13:38:12.

Zuckerman, C. Et alii. **Ethics in clinical practice**. Boston: Little Brown, 1994.