

**UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE**

**“RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL NO ERRO MÉDICO: DO RISCO
INERENTE AO ATO MÉDICO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA”**

ISRAEL QUEIROZ CARVALHO DE ARAÚJO

SANTOS/SP

2023

ISRAEL QUEIROZ CARVALHO DE ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL NO ERRO MÉDICO: DO RISCO
INERENTE AO ATO MÉDICO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Dissertação apresentada à
Universidade Santa Cecília como parte dos
requisitos para obtenção de título de
Mestre no Programa de Pós-graduação em
Direito da Saúde, sob a orientação do Prof.
Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes.

SANTOS/SP

2023

RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL NO ERRO MÉDICO: DO RISCO INERENTE AO ATO MÉDICO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

RESUMO: Na prática da medicina, através de decisões e atos que visam o bem-estar ou mesmo a restauração da saúde dos pacientes, há várias oportunidades para que o médico se envolva em comportamentos criminosos. Devido a isto e à judicialização da medicina, o Direito Penal Médico evoluiu, uma nomenclatura adotada pela doutrina especializada que, inspirada na literatura alemã, vem expandindo constantemente o escopo de seu estudo. A análise da responsabilidade criminal durante a prática da medicina é da maior importância, uma vez que este profissional, após dedicar uma parte significativa de sua vida ao estudo teórico e à formação prática, é autorizado pelo Estado a praticar medicina, a fim de garantir a saúde e o bem-estar da população. Este especialista se encontra em diversas circunstâncias injustas devido à influência do bom senso sobre os tribunais e sua ignorância sobre sua fragilidade e os perigos inerentes ao seu ofício. O estudo atual tende a concentrar-se no campo criminal, lançando as bases para futuras pesquisas. A culpa médica é definida pelos erros e litígios mais antigos, que são objeto de repetidos argumentos de influência significativa, demonstrando o significado e a relevância do tema para a sociedade. Assim, o objetivo do trabalho atual é chamar a atenção para o Direito Penal de Responsabilidade Médica, seus princípios e as causas que contribuem para os erros mais comuns. Além disso, tenta abordar a escassez de pesquisas na área, proporcionando assim uma base para pesquisas futuras.

Palavras-chave: DIREITO. MEDICINA. ERRO. PROCESSOS JUDICIAIS.

LEGAL AND CRIMINAL RESPONSIBILITY IN MEDICAL ERRORS: THE RISK INHERENT TO THE MEDICAL ACT AND THE THEORY OF OBJECTIVE ATTRIBUTE

ABSTRACT: In the practice of medicine, through decisions and acts aimed at the well-being or even the restoration of patients' health, there are several opportunities for the physician to engage in criminal behavior. Due to this and the judicialization of medicine, Medical Criminal Law has evolved, a nomenclature adopted by specialized doctrine that, inspired by German literature, has been constantly expanding the scope of its study. The analysis of criminal responsibility during the practice of medicine is of utmost importance, since this professional, after dedicating a significant part of his life to theoretical study and practical training, is authorized by the State to practice medicine in order to guarantee the health and welfare of the population. This specialist finds himself in several unfair circumstances due to the influence of common sense over the courts and their ignorance of his fragility and the dangers inherent in his trade. The current study tends to focus on the criminal field, laying the foundation for future research. Medical culpability is defined by the oldest errors and litigation, which are the subject of repeated arguments of significant influence, demonstrating the significance and relevance of the topic to society. Thus, the aim of the current work is to draw attention to the Criminal Law of Medical Liability, its principles, and the causes that contribute to the most common errors. In addition, it attempts to address the dearth of research in the area, thus providing a basis for future research.

Keywords: LAW. MEDICINE. ERROR. COURT LAWSUITS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	8
1.1. Saúde como um Direito social e fundamental.....	8
1.2. Papel do Estado enquanto garantidor.....	10
1.3. Saúde pública no Brasil.....	11
1.4. Saúde privada no Brasil.....	14
1.5. O direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.....	15
 2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	 21
2.1. Pressupostos da responsabilidade civil.....	24
2.1.1. Conduta.....	24
2.1.2. Dano.....	25
2.1.3. Nexo Causal.....	28
2.1.4. Culpa.....	31
2.2. Responsabilidade contratual e extracontratual.....	33
2.3 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	35
2.4. Exclusão do nexo causal.....	37
2.5. Responsabilidade civil do médico.....	40
 3. RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO - DO ATO INERENTE AO ERRO.....	 46
3.1 Teoria do crime.....	46
3.1.1. Fato típico.....	49
3.1.2. Antijuridicidade (Ilicitude).....	53
3.1.2.1 Causas legais excludentes da ilicitude (antijuridicidade).....	56
3.1.3. Culpabilidade.....	62
3.1.4. Imputabilidade.....	67
3.1.5. Potencial consciência da ilicitude.....	69
3.1.6. Exigibilidade de conduta diversa.....	71
3.1.7. Concursos de pessoas.....	72

3.2. Teorias da ação.....	78
3.2.1. Teoria causal naturalística da ação.....	78
3.2.2. Teoria finalista da ação.....	80
3.2.3. Teoria social da ação.....	82
3.3. Ações neutras.....	83
3.3.1. Ações neutras – Teorias objetivas.....	85
3.3.2. Ações neutras – Teorias subjetivas.....	92
3.3.3. Ações neutras – Teoria mista.....	94
3.4. Responsabilidade penal do médico.....	97
3.4.1. Breve histórico.....	97
3.4.2. Dos crimes culposos e tipos de erro profissional.....	100
3.4.3. Imprudência.....	102
3.4.4. Negligência.....	104
3.4.5. Imperícia.....	104
3.5. Erro médico.....	105
3.6. Erro grosseiro.....	107
3.7. Erro escusável ou erro profissional.....	107
3.8. Erro de diagnóstico.....	108
3.9. Principais crimes cometidos no exercício da medicina.....	110
3.9.1. Exercício ilegal da medicina.....	110
3.9.2. Homicídio culposo.....	111
3.9.3. Lesão corporal culposa.....	112
3.9.4. Omissão de socorro.....	113
3.9.5. Outros crimes.....	114
 4. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	117
4.1. Origem da teoria da imputação objetiva.....	117
4.2. Conceito e limitações de atuação.....	122
4.3. Requisitos de aplicação.....	124
4.4. Imputação objetiva e a responsabilidade penal médica.....	129
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137

INTRODUÇÃO

Não há muito tempo, os médicos eram vistos como agentes divinos, e o público não tinha motivos para contestar seus objetivos, já que se pensava que eles estavam realizando o propósito de Deus através da escultura. Com o tempo, o médico tornou-se mais do que um especialista médico competente que nunca cometeu um erro em seu diagnóstico ou tratamento; ele se tornou parte integrante da família e um confidente. As ideias sobre como deveria ser um médico também mudaram ao longo do tempo. Uma interação mais clínica médico-paciente se desenvolveu ao longo do tempo, substituindo a antiga posição de conselheiro e amigo. O público em geral agora o vê como um prestador de serviços, e o paciente é muitas vezes visto como um cliente.

Infelizmente, na cultura atual, a profissão de médico às vezes requer uma conduta que é proibida pela regulação jurídica. Consequentemente, este trabalho apresentará uma breve revisão histórica do dever criminal do médico, primeiro examinando a proteção das mercadorias legais mais significativas e depois analisando os tipos mais comuns de ações ilegais que ocorrem durante a prática da medicina. As sanções penais são implementadas em reação a comportamentos considerados ilegais, e o objetivo principal do *ius puniendi* é a proteção dos bens legais mais fundamentais da sociedade. Um exemplo notável da inviolabilidade das mercadorias consideradas essenciais e protegidas pelo Direito Penal é o direito à vida, que é garantido pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e reconhecido como um direito social juntamente com o direito à saúde pelo artigo 6º da mesma Constituição.

Ao padronizar e tributar os indivíduos da profissão médica considerados essenciais para a melhoria da saúde pública, o Conselho Federal de Medicina foi criado posteriormente, quando as pessoas perceberam a necessidade de proteger o direito constitucional à saúde a fim de gerar prosperidade social. A medicina é uma profissão de alto risco, e os médicos devem ser conscientizados e honrados pelo tremendo perigo pessoal em que incorrem todos os dias. O objetivo principal deste trabalho é refinar os princípios fundamentais e as explicações para os tipos mais prevalentes de negligência médica no Direito Penal. Além disso, pretende-se que isto proporcione um trampolim para estudos e discussões mais aprofundadas, melhorando assim o atual corpo de conhecimentos.

Em retrospectiva, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi um momento decisivo para a democracia nascente do país. Ela não apenas capta o espírito da era libertária, mas também apresenta uma nova abordagem para o exercício da cidadania. A partir do artigo 6º da Constituição, o direito à saúde e o direito de participar na formulação de políticas públicas podem ser estabelecidos. Educação, saúde, alimentação, emprego, moradia, transporte, lazer, segurança, seguridade social, proteção da maternidade e das crianças, e ajuda aos necessitados são direitos sociais, na forma desta Constituição, como visto no extrato seguinte.

Focalizando a saúde como um "direito de todos e dever do Estado, garantido por políticas sociais e econômicas que visam reduzir o risco de doenças e outras doenças e o acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (artigo 196), a Constituição foi escolhida como base para o trabalho proposto.

Com base nas informações fornecidas até o momento, este trabalho pretende examinar a responsabilidade jurídica do médico por má conduta. Para tanto é preciso começa a entender a regulação constitucional do Direito a Saúde, como a Dignidade Humana está atrelada a própria defesa intransigente de saúde, como bem difuso e individual, em seguida é preciso discorrer brevemente sobre as espécies de responsabilização no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, civil, penal e administrativo.

Em circunstâncias naturalmente ariscadas, como é o ato cirúrgico, como é a atividade própria de risco da medicina, estaria correta a doutrina e a jurisprudência brasileira imputar sistematicamente a responsabilidade ao médico por qualquer situação que venha ocorrer na mesa de cirurgia ou do procedimento? Seria possível discutir no âmbito civil e criminal limitações para a responsabilidade admitindo que o ato médico tem risco em si, e que parte dele diz respeito ao caso fortuito, fatalidade, ou força maior? Seria possível, através da evolução científica, haver a responsabilização civil e criminal, por meio de novos paradigmas para a limitação do risco do abuso da responsabilidade do médico no exercício da sua atividade?

Muito embora parte dos crimes imputados ao profissional da medicina no exercício da profissão decorrem de um ilícito civil, o objetivo do presente estudo não é tratar da responsabilidade civil ou administrativa, nem tampouco análise das resoluções do CFM, mas fazer uma análise da responsabilização no âmbito penal, do profissional da medicina, que comete ato ilícito no exercício de sua profissão.

1. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. Saúde como direito social e fundamental

Os direitos fundamentais são um conjunto de direitos, prerrogativas e garantias que os indivíduos conquistaram ao longo de sua história, como objetivo principal e inicial de limitar o poder estatal.

São direitos subjetivos que possuem maior carga valorativa que os demais e que compõem o núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como objetivo possibilitar o necessário para uma vida digna e justa, alcançando qualquer indivíduo sem qualquer distinção.

Por sua vez, os direitos sociais, visam a garantia de que os indivíduos possam gozar dos seus direitos fundamentais em condições de igualdade, para que possam viver com dignidade, dada as proteções e garantidas estabelecidas pelo Estado.

Muito embora as Constituições brasileiras pretéritas não tenham se omitido com relação à saúde, foi a Constituição de 1988 que primeiro conferiu devida importância a esse direito, alçando-o ao status de direito fundamental e social, definindo-o em seu art. 196 como um direito de todos e dever do Estado, implementado através de políticas sociais e econômicas, para redução do risco de doenças e de outros agravos.

Ainda sobre o teor do art.196 importante ressaltar que o direito à saúde tem dois aspectos: a preservação da saúde, e a proteção e restauração da saúde. O direito à preservação da saúde é contraposto por políticas que visam reduzir o risco de doenças, alçando neste âmbito o direito a um ambiente saudável. Fica aqui uma prevenção geral da doença que não pode ser individual e que diz respeito a ações voltadas para o coletivo. O direito à proteção e recuperação da saúde é o direito do indivíduo à prevenção da doença e seu tratamento, resultando no acesso a serviços e procedimentos voltados para a recuperação do paciente. (Ramos, 2010).

Segundo Lima (2006), o constitucionalismo brasileiro deu o primeiro grande passo rumo à asserção dos direitos sociais fundamentais, que foi o reconhecimento de sua natureza de norma e sua aplicabilidade imediata. A saúde é garantida pela constituição federal de 1988 como um direito a ser alcançado pela adoção de políticas públicas que garantem o acesso universal igualitário às atividades e serviços.

A saúde, é caracterizada pelo art. 6º da constituição como direito social, ao lado da educação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e do atendimento à população em situação de rua. Como a constituição Federal de 1988 reconhece o direito à saúde como direito fundamental, deve-se dizer de antemão que as normas que o garantem na forma do § 1º do artigo 5º da própria Constituição. visão constitucional da normatividade direta. (LIMA, 2006).

Observa-se, portanto, preocupação do poder constituinte originário em alinhar o texto constitucional com a Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948, que reconheceu a saúde como direito inalienável de toda e qualquer pessoa e direito social a ser perseguido por toda a humanidade.

Sampaio (2003) afirma que dentro da divisão geracional dos direitos humanos fundamentais, a saúde se enquadra na 2ª geração, que inclui os direitos sociais, culturais e econômicos, onde o Estado assume um papel inegável de promotor e não mais se abstém em relação ao suficiente para os particulares, sendo a abstenção entendida como a não ingerência do Estado na vida das pessoas. Estes são os direitos à igualdade que se traduzem no Estado onde o serviço deve ser prestado ao povo a fim de alcançar a justiça social.

Deve-se levar em conta que no Brasil o direito à saúde surgiu em meio a um cotidiano peculiar, que se formou a partir dos acalorados debates dos anos que antecederam a instalação da Constituinte, em um momento de maior comprometimento e efervescência política dos movimentos sociais tendo seu auge no final da ditadura. Portanto, pelo seu conteúdo social, a Constituição de 1988 contempla direitos fundamentais, que certamente deveriam ser garantidos por todos os Estados, o que nem sempre ocorre, pois afinal, em muitos países, embora esses direitos sejam universalmente reconhecidos, não são considerados em da forma mais digna e eficaz na lei do Estado. (SIQUEIRA, 2008).

A Constituição Federal garante os princípios da Primazia em relação ao direito à Saúde. O Brasil desenvolveu um sistema de saúde dinâmico e complexo, baseado no princípio do acesso à saúde como um direito fundamental de toda pessoa e um dever do Estado.

1.2. Papel do Estado enquanto garantidor

O Estado se caracteriza pelo conjunto de instituições no âmbito político administrativo que organiza o espaço de um povo ou nação. Nesse sentido, os elementos fundamentais para a formação do Estado são: território população e soberania, esta última assegurada através das leis e da instauração de fronteiras. O Estado possui dois grandes papéis na esfera dos direitos humanos. Um papel indutor, através do qual se obriga a implementar políticas públicas educativas e culturais com a finalidade de conscientizar a nação no tocante a seus direitos e deveres (ROSA; SZANIAWSKI,2018).

Através de seu papel garantidor, o Estado não pode isentar-se de desenvolver leis direcionadas à garantia dos direitos humanos, ao fornecimento de um sistema judiciário imparcial e célere e de elaborar políticas públicas com foco em garantir qualidade de vida social, cultural, educacional, econômica, sanitária, civil e política a toda a sociedade, de forma igual para todos, sem privilégios ou discriminações (ASENSI,2015).

O grupamento de direitos humanos fundamentais é caracterizado por direitos e garantias individuais e coletivas como, por exemplo, direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade, entre outros e por direitos sociais como, por exemplo, direito à saúde, educação, moradia, assistência social, trabalho, entre outros. Faz-se importante ressaltar que todos esses direitos são interdependentes e em consequência disso entende-se que sua instauração deve ser realizada de forma conjunta e não dissociada (BORGES,2017).

Nesse diapasão, Belmudes e Souza (2008) asseveram que a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Constituição da República são instrumentos capazes de garantir a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais, criando assim uma sociedade mais justa e solidária. Os autores afirmam que embora a sociedade brasileira tenha progredido no tocante ao reconhecimento dos direitos da pessoa humana, ainda se encontra muito distante da possibilidade de garantir o mínimo existencial para uma existência digna (TRETTEL & SCHEFFER, 2020).

A partir da 2ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais, entende-se que o Estado de Direito deixou de ser formal, neutro e individualista e passou a ser um Estado ativo, que pretende realizar a justiça social, tornando-se um Estado social de Direito que possui o objetivo de assegurar o bem-estar geral.

1.3. Saúde Pública no Brasil

O Estado é responsável por organizar um conjunto de iniciativas e serviços para garantir acesso universal, incondicional e não remunerado à assistência médica a todos os cidadãos.

Do art. 196 da Constituição Federal, depreende-se que a saúde, como direito de todos, é dever das três esferas do governo, o que engloba não apenas ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, mas também a implementação de políticas sociais e econômicas.

No Brasil império não havia perspectiva de saúde pública, havia sobretudo Santas Casas de Misericórdia, ou seja, unidades filantrópicas, que, sem conhecimento científico desenvolvido ainda, vão sobretudo isolar doentes e tentar ações paliativas para minimização de danos, o misticismo também era muito presente, os doentes recorriam aos curandeiros e similares.

A República oligarca, traz uma política sanitaria, ou seja, tentativa de conter as pandemias, mas em relação a saúde dos cidadãos não havia política alguma. A grande manifestação dessas políticas sanitárias era a vacinação obrigatória que vai culminar na revolta da vacina.

Nos anos 1920 surgiram as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS) que foram criadas pelos trabalhadores para garantir proteção na velhice e na doença, no entanto, com o passar do tempo e a pressão popular, o então Presidente Getúlio Vargas decidiu ampliar o atendimento também para outras categorias profissionais, criando os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPS).

O período getulista promoveu reformulações no sistema, a atuação passou a ser mais centralizada e focada no tratamento das pandemias e endemias, só que as verbas destinadas a saúde eram desviadas para outros setores, parte das verbas de saúde foram destinadas, principalmente, para financiar a industrialização do país e mais uma vez o atendimento não chegava a todos.

Em 1953 foi criado o Ministério da Saúde, que se preocupava principalmente das políticas de atendimento nas zonas rurais, enquanto nas cidades o acesso à saúde era privilégio dos trabalhadores com carteira assinada.

Na Ditadura Militar os governos militares focaram os investimentos na segurança e no desenvolvimento, mais uma vez a saúde sofreu com a redução das verbas e muitas doenças se intensificaram. Diante das epidemias e do aumento da mortalidade infantil o governo foi em busca de solução.

Com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966, com a função de unificar todos os órgãos previdenciários que vinham funcionando desde 1930 e claro, melhorar o atendimento médico, a saúde é oferecida especialmente aos trabalhadores com carteira assinada, o que já era uma reivindicação dos trabalhadores desde a era Vargas.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986 ampliou os conceitos de saúde pública no Brasil e propôs mudanças baseadas no direito universal à saúde com melhores condições de vida. A forte presença de organismos internacionais também abriu os olhos da sociedade para o valor e ações de saneamento, medicina preventiva, descentralização dos serviços e participação das decisões. Um relatório produzido durante a 8ª conferência foi tão importante que serviu de base para a elaboração do capítulo de saúde da Constituição de 1988 e para criação do SUS – Sistema único de Saúde.

O SUS nasce em 1988 no contexto da redemocratização do Brasil, com previsão de criação inserida no art. 196 da CF/1988.

Embora ainda com participação do setor privado o SUS estabeleceu um princípio de sistema de saúde gratuito e de qualidade para todos os brasileiros, e opera de acordo com os princípios da universalidade, não discriminação, equidade, descentralização, abrangência e participação social.

O SUS é universal, ou seja, qualquer pessoa tem direito de acesso a todos os serviços públicos de saúde sem qualquer distinção, e de maneira equânime, onde todos têm direito iguais, em termos de acesso e uso de serviços, mediante atendimento de acordo com suas necessidades de saúde, ou seja, o acesso aos serviços de saúde deve ser garantido a todos, vedada qualquer discriminação baseada em raça, gênero, condição econômica, status social, orientação sexual, opinião política ou quaisquer outras características sociais ou pessoais.

Trata-se de sistema descentralizado, abrangendo as três esferas do governo, União, Estados e Municípios, onde cada um tem sua atribuição e responsabilidade, tanto de administração quanto de financiamento.

Em termos gerais, o governo federal estabelece diretrizes nacionais para a política de saúde, os Estados coordenam suas respectivas redes regionais de saúde e os municípios planejam e implementam ações e serviços de saúde ao lado de outras cidades da mesma região, com base nas necessidades da população.

O SUS nasce, prevendo a participação social, portanto, a sociedade não apenas tem a saúde como um direito a ser garantido pelo Estado, mas como o direito de participar da gestão, da administração no Brasil.

Também atua em observância ao princípio da abrangência, garantindo que as iniciativas e serviços públicos em níveis distintos de complexidade devem abranger todas as ações de promoção, prevenção, proteção e recuperação da saúde, incluindo suas dimensões biológicas, psicológicas e sociais (ASENSI,2015).

As obrigações de saúde do Estado são desenvolvidas no SUS pelo Ministério da Saúde na esfera federal e pelos respectivos serviços de saúde nas esferas estadual e municipal, com base no federalismo cooperativo

Dada essa autoridade comum, os órgãos da federação são conjuntamente responsáveis por atender às demandas de assistência à saúde e, em vista dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquia, a autoridade judicial deve direcionar o cumprimento de acordo com as regras de divisão de poderes e ordenar o pagamento de indenização por aqueles suportando os encargos financeiros.

O Comitê Nacional de Saúde (CNS), comitê conjunto instituído pela Lei 8.142, de 1990, é responsável pela estratégia e controle das políticas públicas de saúde e seus aspectos econômico-financeiros, atuando como o mais alto órgão de decisão do SUS (DA SILVEIRA, 2017).

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo. Em conjunto com a Constituição Federal, a Lei 8.080 de 1990 (conhecida como Lei Orgânica da Saúde) e a Lei 8.142 de 1990 enfatizam os princípios e diretrizes do SUS e estabelecem os padrões de financiamento para iniciativas e serviços de saúde pública (ASENSI,2015).

Muito embora seja uma grande conquista brasileira e reconhecido como um dos maiores sistemas de saúde do mundo, a saúde pública no Brasil tem sofrido grandes desafios, decorrentes do mau gerenciamento e da ausência de investimentos financeiros, que em colapso, na maioria das vezes, tem se mostrado insuficiente e com baixa qualidade para atender a população, o que tem feito com que muitas pessoas recorram à saúde privada, principalmente à saúde complementar, por meio de planos privados de saúde.

1.4. Saúde privada no Brasil

A Constituição Federal de 1988 também permitiu ao setor privado desenvolver ações e serviços de saúde. Instituições privadas podem participar do sistema nacional de saúde de forma acessória, fornecendo insumos ou serviços ou participando do gerenciamento da saúde com recursos próprios, seguindo diretrizes da administração pública e com base em contratos administrativos assinados com entidades públicas, e suplementarmente, oferecendo serviços de saúde por meio de empresas que operam planos e planos de saúde privados (BLEICHER BLEICHER, 2016).

As organizações de beneficência e assistência social têm prioridade sobre outras organizações privadas na prestação de serviços ao Sistema Único de Saúde. Entretanto, se os serviços dessas pessoas jurídicas não disporem para ser contratados ou forem insuficientes para atender a demanda do referido sistema, a administração pública poderá contratar esses serviços com pessoas físicas ou jurídicas de lucro real, ou seja, com a finalidade de lucro.

A saúde complementar é um setor da economia respondido por diversos planos e seguradoras de saúde privados. A Agência Nacional de Saúde (ANS), instituída pela lei 9.961 de 2000, é a autarquia vinculada ao Ministério da saúde que atua em todo o território nacional para regulamentar, padronizar e regulamentar os seguros e planos privados de saúde controlar e fiscalizar os planos de saúde. Setor de Planejamento (BLEICHER; BLEICHER, 2016).

Desde que constituídas como seguradoras especializadas em planos privados de assistência à saúde, foi permitido às seguradoras, por meio do art. 1º da lei nº 10.185/2001, que se especializassem em seguros privados de saúde, sujeitos à regulamentação e fiscalização pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. O setor de saúde suplementar passou a ser regulamentado a partir da vigência da lei nº 9.656 de 1998.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída pela lei 9.782 de 1999, é o principal órgão responsável pela fiscalização da saúde pública na produção e comercialização de determinados produtos e serviços, incluindo produtos farmacêuticos e dispositivos médicos. O Ministério da Saúde o CNS, a ANS e a ANVISA são os principais órgãos governamentais responsáveis pela aplicação das leis e regulamentações sanitárias.

Conforme disponibilizado pelo Ministério da Saúde, o SUS é o único sistema de saúde pública no mundo que atende mais de 190 milhões de pessoas, e 80% delas

dependem unicamente dos serviços públicos para qualquer atendimento de saúde. (BRASIL. Ministério da Saúde).

A linha entre participantes públicos e privados sempre foi um pouco confusa, com sua coexistência resultando às vezes em sobreposições e ineficiências. Os usuários podem recorrer a ambos os lados do sistema, dependendo de suas reais necessidades ou recursos financeiros. Embora sejam díspares e descoordenados, esses dois setores são interdependentes. Eles não se excluem ou se substituem, dado o caráter universal do SUS. No entanto, os prontuários médicos para o mesmo usuário dos setores público e privado não são integrados, o que pode gerar ineficiências no sistema de saúde.

Impende salientar ainda, que conforme previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/1998, caso o SUS preste atendimento em saúde a algum paciente que possua plano de saúde privado, o SUS será ressarcido pelas operadoras de planos de saúde, conforme normas definidas pela ANS, desde que o paciente tenha cobertura para o referido serviço junto à operadora, de maneira que em não havendo previsão contratual para a prestação do referido serviço por parte da operadora, não haverá ressarcimento e o SUS arcará integralmente com os custos do atendimento. (BRASIL, 1998).

O sistema de saúde como um todo foi afetado por outros dilemas globais; o envelhecimento da população, que envelhecerá nas próximas décadas a um ritmo mais rápido, colocando mais pressão no sistema de saúde sobrecarregado. Tratamentos desnecessários, incorporação de novas tecnologias dispendiosas, expansão de procedimentos obrigatórios a serem cobertos por prestadores de serviços de saúde privados e decisões judiciais obrigando o Estado e os operadores privados a cobrir tratamentos médicos imprevistos também são fatores-chave que prejudicam a escala do sistema de saúde.

1.5. O direito à saúde e a dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da constituição federal brasileira de 1988 e é definido como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, a Carta magna ao enquadrar a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos torna evidente sua relevância no âmbito jurídico e social, uma

vez que, aquilo que é consagrado na constituição federal reflete em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de sua extrema importância, o princípio acima mencionado não possui uma definição exata dada pelo ordenamento jurídico e por essa razão, muito embora possa se extrair um significado pelo senso comum, busca-se o entendimento doutrinário para sua conceituação.

De acordo com Sarlet (2012, p. 73):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de da vida.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como uma garantia inerente a todos de tal forma que essa dignidade não precisa ser conquistada ou merecida, sendo oponível contra todos. Sendo assim, o respeito a tal garantia é um dever do Estado e da sociedade.

Conforme preleciona Sarmento (2016, p. 101):

A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular.

Cumprе ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um atributo que define as pessoas em sua qualidade de ser humano e por essa razão, embora possa ser violada, jamais deverá ser retirada, pois nem mesmo o titular poderia abrir mão dessa garantia (SARLET, 2012).

Nesse sentido, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser um conceito vazio e vai ganhando forma, com os devidos respaldos feitos anteriormente, é preciso entender por que a preocupação em torno da sua proteção é tão relevante. A dignidade da pessoa humana serve de fundamento para os direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento jurídico, pois é possível encontrar nesses direitos e garantias fundamentais a ideia de dignidade, pois todos visam assegurar dignidade e desenvolvimento de todas as pessoas (SARLET, 2012).

O Código de Ética Médica expõe que médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente e que jamais utilizará os

seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra a dignidade e integridade da pessoa humana.

Nesse diapasão, nota-se que os perigos decorrentes da violação a esse fundamento da constituição federal brasileira, pode ganhar proporções maiores, pois se a dignidade da pessoa humana se apresenta como alicerce para os direitos e garantias fundamentais, ao ser violada também pode implicar na violação dos mesmos.

Segundo Sarlet (2012, p. 102) “ sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”. Sendo assim, ao considerar o que diz o autor supramencionado, é possível reafirmar a estreita ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.

Nessa cognição, é possível complementar a noção dessa ligação com um exemplo nas palavras de Sarlet (2012, p. 104) “ o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”.

A dignidade da pessoa humana, apesar de receber seu destaque logo no artigo 1º da constituição federal brasileira, também se encontra prevista em outros dispositivos, pois como já foi mencionado esse princípio reflete em todo o ordenamento jurídico, como se pode verificar no artigo 8º do código de processo civil, que menciona o dever do juiz de observar a dignidade da pessoa humana ao aplicar o ordenamento jurídico.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana assume um papel de extrema importância, pois na mesma medida que a garantia de sua efetiva aplicação pode ser grandioso para a sociedade, no sentido de torná-la melhor, os riscos decorrentes de sua violação também podem ser excessivos e até mesmo irreparáveis. E por essa razão, é que a dignidade da pessoa humana merece a devida atenção do Estado na busca da sua efetivação, e é um dever da sociedade o respeito a esse princípio que fundamenta nossa carta magna.

Falar da dignidade do paciente psiquiátrico implica falar da dignidade da pessoa humana geralmente vulnerável e, principalmente, no que diz respeito à sua autonomia e privacidade. A dignidade como direito se refletiu nos instrumentos de

proteção dos direitos humanos e nos textos constitucionais de diversos países após o fim da Segunda Guerra Mundial. Isso representou o culminar da evolução histórica do conceito de dignidade, que é muito antigo e mudou ao longo do tempo (CASTILHO; SANT'ANNA; ALONSO, 2017).

Na concepção greco-romana a dignidade era entendida como estatuto ou posto e, embora em alguns casos recebesse um valor superior como típica da espécie humana (Cícero), isso não justificava a concessão de proteção especial a este grupo. Na Idade Média, a noção de dignidade rompe a dependência dos papéis sociais e é entendida como vinda de Deus, na crença de que os homens são criados à sua imagem e semelhança. Mais tarde, os humanistas da Renascença e antes que Santo Tomás de Aquino o fizesse, identificaram dignidade e razão (SOUZA et al, 2020).

A raiz da dignidade do homem é a capacidade de escolher ser o que ele quer ser e que isso é um presente de Deus. Essa concepção é posteriormente desenvolvida por Immanuel Kant, a quem alguns consideram o pai do conceito moderno de dignidade (desvinculado de uma raiz religiosa) e que afirma que o homem como indivíduo dotado de dignidade deve ser tratado como um fim e não como um meio. Kant também está relacionado ao conceito de dignidade como autonomia: tratar as pessoas com dignidade é tratá-las como indivíduos autônomos, capazes de decidir seu destino (DE ANDRADE, 2017).

Acompanhando essa evolução, é interessante identificar o que os redatores da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos queriam dizer ao falar de dignidade. O conceito de dignidade na época foi fundamentalmente forjado pela reação à ideologia e às práticas nazistas que culminaram no Holocausto.

Essa noção de dignidade está expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, reunindo o que já está estabelecido no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, invoca em seu preâmbulo a "dignidade intrínseca" de todos os membros da família humana. Em seguida, em seu artigo 1º, estabelece que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Desse modo, introduz legalmente o conceito de dignidade humana, vincula-o ao princípio da igualdade e populariza-o, de modo que é difícil encontrar hoje os textos constitucionais e os instrumentos de direitos humanos que pelo menos em seu preâmbulo não invoca a dignidade humana como base dos direitos que

consagra. Este é o caso, para citar alguns, dos preâmbulos dos convênios da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos civis e políticos e sobre Direitos econômicos, culturais e sociais de 1966, Discriminação racial de 1965 e tortura de 1985. Também se estende a outros instrumentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica de 1992 que, além de seu preâmbulo, refere-se extensivamente ao assunto em seus artigos 1º, 2º, 6º, 11, 12, 15, 21 e 24 (MAIA; GRADELLA,2020).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora não defina este direito, atribuiu responsabilidade ao Estado no que diz respeito ao tratamento de pessoas com deficiência mental internadas em instituições de tratamento psiquiátrico, (Assim, previa (parágrafo 130) que "todo tratamento de saúde dirigido a pessoas com deficiência mental deve ter como objetivo principal o bem-estar do paciente e o respeito pela sua dignidade como ser humano, no entanto, apesar de a dignidade humana ser repetidamente mencionada nos instrumentos de direitos humanos, ela não foi definida. Os referidos instrumentos limitam-se a afirmar a sua natureza intrínseca ou aludir nos seus preâmbulos que dela decorrem os direitos consagrados. Há também autores tradicionalmente associados à chamada bioética anglo-saxônica que proclamam que, como tal, dignidade é um conceito inútil, um termo vago, uma reiteração de outras noções mais precisas ou um simples slogan (MAIA; GRADELLA,2020).

Então vale a pena perguntar o que se entende por dignidade? A dignidade é um conceito moral sem sentido? É um direito em si mesmo ou é o fundamento ou fonte de outros direitos?

Habermas (2004) afirma que a dignidade cumpre, entre outras funções, a de ser a fonte moral da qual todos os direitos fundamentais derivam seu sustento. É o portal por meio do qual o conteúdo universal igualitário da moralidade é importado para o direito, a dobradiça conceitual que reúne a moralidade do respeito igual por cada sujeito com o direito positivo. Sustenta que, devido ao carácter abstrato dos direitos fundamentais, devem ser especificados em termos concretos em cada caso particular. Desta forma, os juízes apelam para a proteção da dignidade humana quando, por exemplo, avaliam os riscos das novas tecnologias, o que os leva a introduzir um novo direito de proteger ou não violar a dignidade humana. Desse modo, a dignidade cumpre uma função criativa da lei.

Com efeito, a generalidade ou a indefinição do conceito de dignidade intrínseca do ser humano e do paciente em particular não pode ocultar o seu caráter operacional. Isso se manifesta no fato de que sua deficiência foi, é e continua a ser invocada com sucesso perante os tribunais e com base em instrumentos de direitos humanos, constituições nacionais e leis especiais que protegem os direitos dos pacientes (negação de tratamento médico, problemas de cobertura de seguro saúde e morte digna, para citar alguns). Nesse sentido, a dignidade é um direito em si e fonte de outros direitos (DA CRUZ; BOHNENBERGER, 2018).

A pessoa humana é inviolável e em qualquer circunstância tem direito ao reconhecimento e ao respeito por sua dignidade. Esta norma ratifica o conceito de dignidade humana como direito em si mesmo e fonte de outros direitos ou, é uma premissa da qual derivam outros direitos muito pessoais, embora seu caráter de premissa não afete sua essência e autonomia. Consequentemente, qualquer dano à dignidade humana e suas derivações (privacidade pessoal ou familiar, honra ou reputação, imagem ou identidade) gera a obrigação de prevenção e reparação.

Conforme leciona Melo (2018, p.80):

A conduta médica assume relevância e deverá ser pautada pelo mais completo respeito à dignidade de seus pacientes no que diz respeito aos seus direitos fundamentais, que envolvem além do direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o respeito à intimidade e à privacidade, bens componentes da dignidade humana.

Assim sendo, o tratamento digno do paciente deve ser considerado levando-se em consideração o respeito às suas convicções pessoais e morais, principalmente aquelas relacionadas às suas condições socioculturais, gênero, pudor e privacidade, quaisquer que sejam os sofrimentos que apresentem.

Desta feita, por lidar com a vida, maior bem tutelado pelo ordenamento jurídico com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, o médico, ao exercer sua profissão, o deve fazer com o máximo de zelo e capacidade profissional, sob pena de responsabilização jurídica e administrativa por seus atos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade pressupõe a existência de um dano, gerando o dever de indenizar.

Diniz (2005, p. 34) define responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, de simples imposição legal”.

No direito civil, o princípio é que qualquer dano causado a outrem deve ser reparado. Desta norma nasceu a obrigação de reparar os danos causados no âmbito civil, comumente denominada “responsabilidade civil”. Este conceito é distinto da responsabilidade criminal. Se este visa reprimir o autor de um ato criminoso, aquele, por sua vez, tende a reparar ou, pelo menos, a tentar reparar um prejuízo. O significado da palavra responsabilidade em matéria civil deve ser tomado em sentido lato. De fato, esse conceito não se limita ao fato de obrigar uma pessoa a assumir as responsabilidades causadas por suas ações. Invoca também as regras aplicáveis às relações entre particulares na sequência de uma lesão. O dano pode assumir várias formas: danos materiais que danifiquem qualquer propriedade; danos morais que afetam o Estado de espírito de uma pessoa; lesão corporal que afeta o físico de uma pessoa.

No sentido jurídico da expressão, a Responsabilidade Civil é o dever de reparar o dano nos casos em que houver violação ao dever jurídico de outrem (HIRONAKA, 2005).

No âmbito do litígio com vista à obtenção de danos, a existência do elemento intencional não é obrigatória. Seja intencional ou não, o dano deve sempre ser reparado.

A Constituição Brasileira de 1988 já em seu primeiro artigo nos traz a importância com a preocupação com cada indivíduo, em proteger sua dignidade com zelo por se tratar de um dos pilares fundamentais para construção do Estado democrático de direito de maneira saudável, pois bem diz ela que o poder emana do povo ou seja da união dos indivíduos como um todo por um objetivo em comum, é um axioma de estruturação do Estado, um requisito básico fundamental como é possível observar em seu inteiro teor:

[...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - A soberania;
 II - A cidadania;
 III - A dignidade da pessoa humana;
 IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019);
 V - O pluralismo político.
 Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2015).

Então sendo assim positivado como direito, aliás, além de direito um princípio que é algo muito mais profundo, é um agente formador e norteador para a criação do direito fundamental. Não se pode deixar de mencionar a obra de Sarlet (2007), onde a autora deixa bem claro que a dignidade do indivíduo perante a sociedade e o Estado, é distintiva e que o indivíduo deve-se fazer merecedor de respeito e consideração, ou seja, merecê-la.

A Sociedade tem como uma de suas principais características do ponto de vista jurídico um caráter Dinâmico. Ela está sempre em constante mudança. E isso decorre da conduta pessoal e individual de cada ser humano no meio social.

Nas palavras de Sarlet (2007, p. 62):

[...] Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Para reforçar está ideia de que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental de escolha do próprio indivíduo de se fazer ou não merecedor de respeito e consideração pela sociedade e o Estado, um de nossos grandes mestres Fernando Capez nos diz em sua obra, que qualquer que seja a construção contra a dignidade da pessoa humana é ato atentatório contra o Estado será materialmente inconstitucional.

No mundo contemporâneo, o homem é um ser que vive cada vez menos isoladamente. Ele é essencialmente um ser gregário; ou seja, é de sua natureza viver e conviver com outros indivíduos. E, conseqüentemente, entre eles se criam determinados grupos, que por sua vez, são formados por características próprias e comuns entre todos os membros. Podemos citar, por exemplo, um grupo religioso

que segue determinada doutrina, um clube esportivo ou determinado grupo social que apoia algum partido político.

Acerca desse tema:

[...]o homem está cada vez menos isolado. Desde o nascimento, pertence a alguns grupos como a família, a comunidade local, a classe, a nação, a igreja. Em seguida entra para a escola, o clube esportivo, a empresa, o sindicato, o partido e outras modalidades de associações (MONTORO, 2016, p.615).

Diante de uma sociedade repleta de grupos sociais, surgem várias características específicas como crenças, costumes e valores culturais diferentes que acabam refletindo em tudo ou em quase tudo no dia a dia do homem na sociedade, e em diversas áreas, inclusive, na área do Direito; o qual serve de instrumento de controle social, com o propósito de trazer ordem, equilíbrio e harmonia, que são elementos indispensáveis ao convívio social.

É das relações e dos fatos sociais que nasce o Direito. Ele resulta de “um complexo de fatores sociais”, que influencia no surgimento, como por exemplo, do Direito de Família, do Direito Penal e do Direito Civil, pois o Direito se apoia em cada conduta do indivíduo em seu meio social. (MONTORO, 2016, p.618).

Ainda dispõe Montoro (2016, p. 619):

[...]o Direito emana da sociedade sob múltiplos aspectos: 1. Como resultante do poder social; 2. Como reflexo dos objetivos, valores e necessidades sociais; 3. Como manifestação ou efeito de fatores sociais: históricos, geográficos, técnicos, econômicos, culturais, psicológicos, morais, religiosos etc. O Sistema de direito de cada povo se apoia permanentemente em um fenômeno de poder social, isto é, numa realidade social complexa, em que a resultante das suas forças faz nascer efetivamente o direito vigente.

Em virtude das diversidades culturais e sociais, muitos traços se perdem e outros se ganham em uma grande velocidade com o passar dos tempos. E desta forma, como a sociedade está sempre em constante mudança, ou seja, possui como característica um caráter Dinâmico. O Direito, como seu reflexo, acaba por ser Dinâmico da mesma forma, para que possa se adaptar ao desenvolvimento do homem na sociedade, levando-se assim à criação, revogação e alteração de normas, com a finalidade de garantir uma convivência harmônica social entre os indivíduos, e aperfeiçoar as normas para adequá-las às exigências da sociedade.

No âmbito da responsabilidade civil em geral, todo dano, mesmo que indiretamente causado por uma pessoa, pode dar origem à responsabilização do agente causador do dano.

2.1. Pressupostos da responsabilidade civil

Há que se reconhecer certa complexidade em definir com precisão os pressupostos para que haja a responsabilidade civil.

Ao tratar sobre os pressupostos da responsabilidade civil Diniz (2005, p.42) se refere a existência de 03 elementos para sua caracterização: ação comissiva ou omissiva; existência de dano moral ou patrimonial à vítima; e nexo de causalidade entre a ação e o dano.

Por sua vez, Gonçalves (2005, p.32) aponta para a existência de 04 pressupostos: ação ou comissão; culpa ou dolo do agente causador do dano; nexo de causalidade e dano.

O art. 186 do Código Civil determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A partir da leitura do dispositivo supramencionado, a caracterização da responsabilidade civil pode dar-se a partir da presença dos seguintes elementos: conduta do agente (omissiva ou comissiva); culpa; nexo de causalidade e dano.

2.1.1. Conduta

Primeiro pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil, a conduta humana “compreende “uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”. (TARTUCE, 2019, p. 516).

Apesar da maioria dos doutrinadores apontar a ilicitude como elemento necessário para caracterizar o dever de indenizar, alguns consideram que a responsabilidade civil pode existir mesmo quando não há caráter ilícito na conduta humana.

A exemplo, de Gagliano e Pamplona (2019) o dever de indenizar será imposto mesmo diante de conduta lícita, ou seja, poderá haver responsabilidade civil sem haver antijuridicidade, ainda que de maneira excepcional, por força de norma legal.

Quando se fala em conduta, temos dois tipos de conduta: a conduta comissiva, que é a conduta positiva, chamada de ação, e a conduta omissiva, que é a conduta negativa, chamada de omissão.

Maria Helena Diniz assim define a conduta:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.” (DINIZ, 2005, p. 43).

Para que a responsabilidade por omissão seja estabelecida, deve haver a obrigação legal de praticar determinado ato, e demonstração de que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. Por sua vez, a obrigação legal de agir (não omitir) pode ser imposta por lei ou ser resultante de acordo e mesmo a criação de uma situação particular de perigo. (GONÇALVES, 2010).

Logo, a conduta pressupõe uma voluntariedade do agente, um comportamento que pode ser positivo, consistente em uma ação, ou comportamento negativo, uma omissão, consistente em um não fazer.

Acerca da voluntariedade, esclarecem Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 74):

A voluntariedade, que é a pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

A voluntariedade, representa a liberdade de escolha do agente contrária ao ordenamento jurídico, que não consiste, necessariamente, na consciência de produzir um ato danoso, mas na consciência da ação, no discernimento, de maneira que sem esse ato de vontade não haveria que se falar em ação humana, tampouco em responsabilidade civil.

2.1.2. Dano

Para fins de responsabilidade civil, o dano é *ground zero*. A ocorrência de danos é o que desencadeia a obrigação de indenizar, e pode-se argumentar que a culpabilidade civil não existe até que o dano tenha ocorrido. Sem perda real de propriedade, nenhuma responsabilidade civil pode ser imposta por comportamento malicioso ou negligente. Os danos físicos, financeiros e emocionais podem ser todos categorizados como danos.

Não obstante a presença da conduta voluntária, não há que se falar em responsabilização sem a existência do dano, pois ausente este requisito, não é possível que alguém seja responsabilizado civilmente.

Ainda sobre o dano:

Dano, sem sentido amplo, é a lesão de qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral. É toda desvantagem ou diminuição que sofremos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, crédito, honra, dignidade, imagem etc.). Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização se dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator. (GONÇALVES, 2018, p. 86)

Distingue-se a categoria dos danos em dano patrimonial ou material, e dano extrapatrimonial ou dano moral, sendo o primeiro aquele que afeta o patrimônio do ofendido, ao passo que a segunda espécie de dano é designada especificamente para designar a lesão que não produz nenhum efeito patrimonial, haja visto que a existência de ordem patrimonial, ainda que de pequena repercussão, afasta o dano extrapatrimonial. (GONÇALVES, 2018).

O dano patrimonial, também chamado de dano material, é aquele que atinge o patrimônio da vítima lhe causando um prejuízo efetivo ou ainda impossibilitando razoável ganho, ou seja, é um dano que pode ser quantificado e reparado por meio de indenização pecuniária.

O dano pode ser emergente, causando diminuição no patrimônio da vítima, sendo um prejuízo imediato e quantificável. Assim, no erro médico, o dano patrimonial pode ser quantificado a partir das consequências dos danos físicos ocasionados no paciente, resultantes em despesas como contas hospitalares, custos de prescrição, visitas médicas, tratamento para reparação do dano.

Os lucros cessantes é o tipo de dano patrimonial em que a vítima não sofre um prejuízo direito e imediato, porém, como consequência da conduta danosa deixa de aferir algum valor econômico, é o que chamamos de lucros cessante. Neste tipo de dano, a vítima sofre prejuízos econômicos em virtude da interrupção de suas atividades econômicas em virtude do dano causado.

Na definição de Sérgio Cavalieri Filho “O dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento”. (FILHO, 2009, p. 81)

Diferentemente do dano material, no dano extrapatrimonial a lesão não produz nenhum efeito patrimonial.

O dano moral pode ser definido como lesões sofridas pelo indivíduo em seu direito ideal, aqui entendido como tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico, seriam aqueles danos que ofendem a honra, o decoro, a paz interior, a liberdade, vida, as crenças íntimas. (SILVA, 1999, p.2)

Ao discorrer sobre o dano extra- patrimonial, Cavalieri Filho (2009, p. 81), assim dispõe:

(...) o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza, e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

Como ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 54 *apud* MELO, 2013, p. 35) “o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.

Por seu turno, o renomado magistrado e professor Sérgio Cavalieri Filho, preleciona que o “dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade, não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos”. (FILHO, 2009, p. 85)

Sobre a reparação por dano moral, importante trazer a lume as palavras de Artur Oscar de Oliveira Deda (*apud*, MELO, 2013, p. 37):

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar; em parte, as consequências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena.

Ainda sobre o dano extrapatrimonial, mister falar sobre o dano estético, espécie do gênero de reparação extra patrimonial, que se diferencia do dano moral, que é de ordem puramente psíquica, enquanto que o dano estético deixa marca no aspecto físico da vítima, alterando suas feições físicas, causando-lhe também o sofrimento moral, posto que as ditas sequelas podem influir negativamente a autoestima da vítima.

Tereza Ancona Lopes (*apud*, MELO, 2013, p.37) conceitua o instituto como sendo “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto a uma dor moral”.

Não obstante o tipo de dano sofrido, o dano deve ser atual. Também precisa ter acontecido para que o agente possa corrigi-lo. Embora a doutrina invoque a possibilidade de reparação do dano futuro e certo, a jurisprudência prefere assegurar que o dano de fato exista antes de qualificá-lo.

Além disso, o dano também deve ser reparável. O dano reparável não está claramente definido. No entanto, a jurisprudência reuniu critérios para determiná-la. Assim, quando uma pessoa sofre um dano de forma direta e pessoal e que isso é lícito e atual, pode pleitear uma indenização. Para os danos que afetam o patrimônio, a avaliação do valor da reparação é feita facilmente. O problema surge durante a violação de interesse extrapatrimonial. Esse interesse envolve danos morais que a lei tem dificuldade em rentabilizar.

2.1.3. Nexo causal

Outro dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido, de maneira que sem a comprovada existência de causalidade é inadmissível o dever de indenizar. É exigido pelo art. 186 do Código Civil quando este estabelece ao causador do dano, seja por ação, omissão, negligência ou imperícia, a obrigação em repará-lo. É necessário que se torne certo, de que sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar. (GONÇALVES, 2018, p. 81).

As obrigações de indenização surgem apenas quando existe um nexos causal entre o ato comissivo ou omissão de um agente e o dano resultante da vítima. Portanto, não é suficiente que haja dano e a presença de um ofensor acusado para que haja culpabilidade civil. Na ausência de uma relação causal entre a sequela e o comportamento, uma acusação de serviço de pronto-socorro inadequado, por exemplo, não dá direito à indenização. A demonstração do ato lesivo é imprescindível para a obtenção de indenização por danos; a conexão entre o comportamento lesivo e as consequências resultantes é conhecida como a "ligação causal" (a conduta e o dano estão diretamente relacionados).

O nexos causal é a relação de causa e efeito que vincula o dano causado à causa (responsabilidade pessoal) ou ao responsável pela ação (Responsabilidade

objetiva). A razão por sua vez, é que se não tivesse ocorrido, o dano não teria existido. Pela sua importância, esta deve ser a primeira condição na prestação de contas da obrigação indenizatória, o que deve ser considerado por quem pretende avançar com a ação de responsabilidade civil. (MELO, 2013, p. 46).

Tendo em vista a adoção da teoria do risco no Código Civil brasileiro, o estudo do nexo causal ganha maior importância, isto porque por essa teoria o pressuposto da responsabilidade civil encontra-se focado no dano e no nexo de causalidade, devendo à vítima demonstrar sua existência para possa estar configurada a responsabilização, pois muito embora a responsabilidade objetiva prescinda prova da culpa do agente, a vítima, deverá provar o dano e o nexo causal que possa ligar o evento danoso ao agente que praticou a conduta. (...) Mesmo diante da responsabilidade contratual, se faz necessário o nexo de causalidade, posto que somente há que se falar em dano indenizável diante da existência de uma relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e prejuízo sofrido pelo outro contratante. (MELO, 2013, p. 46).

A conexão causal estabelece que a atividade ou inação do agente resultou diretamente na lesão. Tem que haver algum tipo de nexo causal demonstrado entre a conduta e o dano resultante. Não é preciso haver apenas a superveniência temporal, mas sim uma conexão causal. Esta conexão é enfatizada em dois artigos do Código Civil (Artigos 186 e 927) que utilizam o termo "causa" para descrever o vínculo. No entanto, a identificação da origem precisa do dano é às vezes um desafio. Às vezes a destruição é devida a uma combinação de circunstâncias e não a uma única origem.

Tepedino, Guedes e Miranda Terra (2021, p. 45), apontam que “o dever de reparar não há de ser admitido sem a presença efetiva do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e o evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima.”

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 82) destaca três teorias que surgiram no intuito de explicar qual melhor método para auferir o nexo causal: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

Pela teoria da equivalência das condições, também denominada de “condição *sine qua non*”, toda circunstância que de alguma forma tenha concorrido para produzir o dano seria considerada uma causa. Sua equivalência estar a par de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria. Trata-se de uma teoria severamente criticada,

pois conduziria a resultados absurdos no mundo jurídico, como, poderia fazer-se entender, por esta teoria, a responsabilidade do evento ao fabricante da arma com o qual o dano se concretizou.

A teoria da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo.

Sobre o tema, Gonçalves (2018, p. 82) leciona:

Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz e lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada.

Pela teoria da causalidade adequada, para que a causa, como elemento fundamental da responsabilidade civil, seja considerada adequada, deve, abstratamente e de acordo com uma avaliação probabilística, ser capaz de produzir o resultado. (GAGLIANO; FILHO, 2019, p. 148).

A terceira teoria, a dos danos diretos e imediatos, mais razoável, seria uma espécie de meio-termo das duas outras teorias, requerendo que entre a conduta e o dano haja relação de causa e efeito mediata e imediata. Haverá a responsabilidade civil, portanto, dever de indenizar, quando a ocorrência do dano se filia a uma causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Ou seja, segundo a teoria dos danos diretos e imediatos, cada agente responde, somente pelos danos que resultam direta e imediatamente, ou seja, proximidade, de sua conduta. (GONÇALVES, 2018, P. 83).

Para Agostinho Alvim (1995, p.339 *apud*, MELO, 2013, p. 49) “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.”

Existe uma divergência doutrinária acerca da teoria adotada pelo Código Civil brasileiro. Parte doutrina, com destaque autores como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entendem que das várias teorias sobre o nexo causal, adotou-se, no Código Civil brasileiro, a do dano direto e imediato, tomando por base o art. 403, CC, que dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Ao reconhecer a teoria da causalidade direta e imediata como a que mais se amolda ao Código Civil brasileiro, Stolze (2019, p. 154), tece a seguinte consideração:

“Portanto, a despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido.”

Carlos Gonçalves (2018, p. 83) enfatiza que “das várias teorias sobre o nexo causal, nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403.

Outra parte dos doutrinadores, como Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Sérgio Cavalieri Filho, defendem a teoria da causalidade como aquela que prevalece no Direito Civil brasileiro.

Para Martinho Garcez Neto (1989, p. 28 *apud* MELO, 2013, p. 48):

A teoria dominante, na atualidade, é a da ‘causa adequada’ segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes: só o são, é certo, em concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não, porém, em geral ou em abstrato, que é como se deve plantar o problema.

Sergio Cavalieri, enfatiza que embora a literalidade do artigo 403 do Código Civil conduza a interpretação de que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a do dano direto e imediato, na prática prevalece a aplicação da teoria da causalidade adequada, posto ser, no ordenamento jurídico pátrio, possível a responsabilização por danos indiretos. (CAVALIERI FILHO, 2008).

2.1.4. Culpa

O elemento culpa não possui uma definição no ordenamento jurídico brasileiro, porém, a regra contida no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, é clara no sentido de que o ato ilícito somente se materializará diante de um comportamento culposo. Trata-se da culpa *lato sensu*, abrangendo tanto o dolo como a culpa em sentido estrito.

Nas palavras de Gonçalves (2018, p.68):

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando direito (subjetivo) de outrem. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito – o que só pode ocorrer quando, em face das circunstâncias

concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.

A culpa em seu sentido estrito é caracterizada pela falta de entusiasmo, atenção, aplicação, cuidado ativo, rapidez, presteza, providência, em síntese, decorre de comportamento negligente, imprudente e imperito do autor do dano.

A negligência médica, frequentemente conhecida como "conduta profissional inadequada", ocorre quando um médico age de forma que viola os padrões profissionais e tem o potencial de colocar em risco a vida de um paciente ou piorar sua saúde por imprudência ou negligência. "Não tomar as devidas precauções constitui negligência". Quando se é imprudente, engaja-se em uma conduta que deve ser evitada, e quando se é descuidado, faz-se um trabalho sutil que deve ser realizado de forma competente". É claro que o descuido e a imprudência são atos evidentes, mas a negligência é praticamente sempre encoberta. O tipo mais comum de erro médico no setor público é chamado de "negligência", e é causado pela falta de cuidado com o paciente e pela relutância em cumprir suas obrigações éticas. Descuido ou falta de preocupação em relação à ação conduzida.

É imprudente para um médico adotar um curso de tratamento potencialmente prejudicial para um paciente sem a devida justificativa científica ou revelação total a todas as partes envolvidas. Ações imprudentes incluem administrar anestésico sem máscara e/ou cânula, operar um paciente com um distúrbio sanguíneo ou esperar por um parto normal quando o feto está com dor. Um cirurgião que emprega um método cirúrgico não comprovado, um médico que prescreve um medicamento sem evidência científica suficiente de sua eficácia, ou um curandeiro que pratica a charlatanice estão todos agindo de forma imprudente.

Se, entretanto, a ação do agente é intencionalmente procurada e voluntariamente alcançada, diz-se que estamos diante da culpa *lato sensu* (dolo), o qual é definido por Gonçalves (2018, p. 55) como a intenção de causar dano, ou até mesmo, a infração consciente do dever preexistente.

Para fins de reparação de dano, o Código Civil não faz distinção entre dolo e culpa, tampouco entre os graus de culpa, de maneira que independente do agente ter agido com dolo ou culpa, ainda que levíssima, haverá sempre o dever de indenizar, o qual será calculado de acordo com a extensão do dano causado. Ou seja, com algumas poucas exceções, a indenização é auferida com base na extensão do dano e não pelo grau da culpa. (GONÇALVES, 2013, p. 69)

Por fim, “para o Direito Civil não importa se o autor agiu com dolo ou culpa, sendo a consequência inicial a mesma, qual seja a imputação do dever de reparação do dano ou indenização dos prejuízos”. (TARTUCE, 2019, p. 521).

2.2. Responsabilidade Contratual e extracontratual

Em matéria de origem da responsabilidade civil, esta é dividida em duas espécies, a contratual e extracontratual. Esse modelo dualista surgiu no início do Direito com a responsabilidade contratual e a negocial, e abriu margem para que outros direitos fossem desenvolvidos nesta senda, caso do direito francês, onde o seu código civil CC 1386-11 art. 4º traz a responsabilidade relictual a extracontratual.

O Brasil também refletiu através do código civil de 1916 duas responsabilidades, contratual e extracontratual; apresentando-se também no código civil de 2002, sob o Título IX do Livro das Obrigações, que trata da responsabilidade extracontratual, e a responsabilidade contratual é tratada no título IV do Inadimplemento das obrigações (CATALAN,2015).

Apesar dessa divisão dual consolidada nos direitos, segundo Noronha (2014) a divisão da responsabilidade em extracontratual e contratual reflete “um tempo passado”, uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade são idênticos, porém, na prática, a divisão persiste no campo do direito civil, que rege as relações entre particulares, todavia, na esfera consumerista essa dicotomia da responsabilidade civil é indiferente.

A responsabilidade civil contratual, decorre de um ilícito contratual, especialmente pelo inadimplemento de obrigações assumidas contratualmente. Por definição, o contrato é um acordo de vontade entre as partes. Os contratantes têm assim o direito de fixar antecipadamente os tipos de reparação em caso de incumprimento das obrigações do contrato.

O contrato efetivamente foi criado para ser cumprido, para ser observado, de maneira que nas hipóteses em que não há esse cumprimento, a obrigação se torna exigível, e esse descumprimento contratual é considerado ilícito contratual, gerando o dever de indenizar. Ou seja, sempre que houver a reunião dos fatores culpa ou dolo, ação ou omissão e nexo e o consequente dano, em razão do vínculo jurídico, há a incidência da responsabilidade civil contratual.

O incumprimento de uma obrigação prevista em ato jurídico também implica a responsabilidade do devedor dessa obrigação. Quer se trate de uma obrigação de

meio ou de resultado, o devedor é obrigado a honrar os seus compromissos ou reparar o dano que causou aos seus co-contratantes. No âmbito da responsabilidade civil em geral, todo dano, mesmo que indiretamente causado por uma pessoa, pode dar origem à responsabilidade civil. Por outro lado, em termos de acordo, o juiz sempre procura o nexo de causalidade entre o dano e o inadimplemento do contrato antes de decidir.

No artigo 389 do Código Civil, o legislador diz o seguinte: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualizações monetárias, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Por sua vez, na responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, a vítima e o agente não contam com qualquer vínculo contratual. Aqui, não há violação de obrigação firmada em contrato, existe um vínculo legal que se baseia em obrigações derivadas da lei, há uma infração ao dever de conduta, dever legal, imposto genericamente no art. 186 do Código Civil. Assim, em caso de descumprimento de um dever legal, se o dano ocorreu, deve ser reparado.

Desta maneira, “o comportamento que contraria o disposto em norma jurídica estatal ou negocial faz nascer para o agente o dever de reparar os danos causados” (TEPEDINO, TERRA E GUEDES, 2021, p. 49).

O art. 187 do Código Civil, preconiza que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata do abuso do direito, situações em que o ato apesar de nascer lícito se transforma em ilícito porque o titular ao exercer um direito que era seu excede os limites impostos pelo fim social e econômico do direito que ele detinha, pela boa-fé objetivo. Enquanto o ato ilícito nasce ilícito, contrário a lei, o abuso de direito nasce como um ato ilícito e se transforma ilícito por um abuso do titular em seu exercício.

O art. 927 do Código Civil, traz previsão de reparação de prejuízos causados pelo ato ilícito e abuso de direito.

Importante salientar existência de regramentos diferentes em se tratando de responsabilidade contratual ou extracontratual. Na responsabilidade contratual, para que surja dever de reparar, basta que se demonstre violação de um dever contratual da outra parte, sendo ali a culpa do transgressor presumida, no caso da responsabilidade subjetiva.

Na responsabilidade extracontratual não há a mesma forma de caracterização, pois como não existe contrato, essa caracterização se dará por meio da existência de quatro requisitos: comprovação do ato ilícito, existência do dano, demonstração do nexo causal entre o dano e o ato ilícito e o nexo de imputação, espécie de qualificadora do ato ilícito, ou seja, é preciso que esta conduta, no caso de responsabilidade subjetiva, seja um conduta culposa, marcada por culpa em *lato sensu*, abrangendo tanto o dolo, quanto a negligência, imprudência e imperícia. Nos casos de responsabilidade objetiva, não será necessário investigação da culpa, bastando apenas existência do ato ilícito.

Enquanto na responsabilidade contratual a incumbência de provar ausência de culpa é do devedor, na responsabilidade extracontratual, recai sobre o lesado o ônus de demonstrar culpa do agente responsável pelo dano. (TEPEDINO, TERRA E GUEDES, 2021, p. 51).

Enquanto na responsabilidade contratual a incumbência de provar ausência de culpa é do devedor, na responsabilidade extracontratual, recai sobre o lesado o ônus de demonstrar culpa do agente responsável pelo dano.

Dessa maneira, é possível dizer que a responsabilidade civil contratual ou extracontratual, será dividida conforme a natureza do dever jurídico violado. Contudo, ambas apresentam a mesma consequência, ou seja, a obrigação de reparar o dano.

2.3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Quanto à forma, o Código Civil divide a responsabilidade civil em responsabilidade subjetiva e objetiva. A primeira fundamentada em seus artigos 186 e 187, onde a obrigação de indenizar surgiria somente pela comprovação de dolo ou a culpa do agente causador do dano, caso contrário a pessoa lesada não receberá nenhum tipo de indenização. A segunda, objetiva, está fundamentada no parágrafo único do art. 927 o qual estabelece que haja obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem (GANDINI; SALOMÃO, 2003).

A teoria clássica, conhecida como teoria da culpa ou subjetiva, traz a culpa com requisito essencial para a responsabilidade civil, sendo sua comprovação pressuposto necessário do dano indenizável, de maneira que por se basear na ideia

de culpa, diante da ausência desta, não há responsabilidade. (GONÇALVES, 2018, p. 20).

Portanto, a responsabilidade civil subjetiva, tendo como requisito o elemento culpa, faz com que seja incumbido ao lesado o ônus de demonstrar que a agente causador do dolo, agiu com dolo ou culpa, de maneira que somente após a devida comprovação da culpa, surgirá o dever indenizatório.

O elemento culpa que a teoria da responsabilidade subjetiva considera como fundamento para a responsabilidade, consiste na culpa em sentido lato, ou seja, abrange tanto o dolo como a culpa em sentido estrito.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva ou legal, é aquela em que o causador do dano é obrigado a repará-lo independente de culpa, se satisfazendo apenas com o dano e o nexo de causalidade. Na responsabilidade objetiva prescinde de comprovação de culpa do agente para que este seja obrigado a reparar o dano, pois essa teoria tem como postulado que o dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, sendo irrelevante a existência de culpa. (GONÇALVES, 2018, p. 21).

A teoria do risco, é uma das teorias que tenta subsidiar a responsabilidade objetiva, segundo a qual toda pessoa que desenvolve uma atividade cria um risco de dano para terceiros, sendo obrigado a reparar este dano ainda que ausente o elemento culpa. Desloca-se, então, a noção de culpa para a ideia de risco, que pode ser encarado ora como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual quem auferir os lucros deve suportar os riscos, ora como 'risco-criado', ou ainda como 'risco-profissional'. (GONÇALVES, 2018, p. 22).

Por essa teoria "quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integralidade". (LISBOA, 2012, p. 42).

Importante destacar a crítica de ZULIANI e KFOURI (2003 *apud*, MELO, 2013, p. 24) quanto a objeções da aplicação dessa responsabilização na área médica, pois sua aplicação seria inviabilizar a atividade médica em geral, sacrificando o ideal de médicos abnegados que exercem seu mister com retidão, superando desafios da pobreza e precariedade do sistema hospitalar, os quais não deveriam ser responsabilizados, independentemente de prova da culpa.

O Código Civil Brasileiro adotou, em regra, a responsabilidade subjetiva, que como se pode auferir a partir da leitura do art. 186 do referido diploma legal, traz o

dolo e a culpa como requisito essencial para que surja o dever de reparar o dano, no entanto, a adoção da responsabilidade subjetiva, não traz prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva em outras hipóteses, conforme previsto em diversos dispositivos do mesmo diploma legal onde é possível identificar a adoção da responsabilidade objetiva, a exemplo dos artigos 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem as coisas; o parágrafo único do art. 927, que trata da obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do ato implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (GONÇALVES, 2018, p. 22).

A responsabilidade objetiva foi adotada, em regra, pelo Código de Defesa do Consumidor, como fundamento para reparação dos danos decorrentes de acidentes de consumo, embasado na teoria do risco da atividade.

Constituindo exceção à regra geral ínsita no Código de Defesa do Consumidor, o referido dispositivo adotou como exceção a responsabilidade subjetiva para apuração da responsabilidade civil dos profissionais liberais, desta maneira, para que seja reconhecido o dever de reparar o dano decorrente de atuação do profissional liberal, a vítima, além de demonstrar o dano e o nexo de causalidade, deverá comprovar a culpa, em qualquer de suas modalidades.

Dito posto, a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, conjugam-se e dinamizam-se, de forma que sendo insuficiente a teoria subjetiva para atender as necessidades do progresso, legislador e julgador, este último na hipótese do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, devem especificar os casos em que deverá ocorrer o dever de reparar, independente da noção de culpa. (GONÇALVES, 2018, p. 22).

Mesmo adotando a teoria do risco, tanto o Código de Defesa do Consumidor como Código Civil não adotaram a teoria do risco integral, de maneira que são aceitas algumas hipóteses que excluem o nexo causal, e em consequência o dever de reparar o dano, conforme será demonstrado adiante.

2.4. Exclusão do nexo causal

O nexo causal é o elemento sem o qual não há responsabilização do agente, de maneira que ainda que o agente tenha sido envolvido em um evento danoso, rompido o nexo de causalidade, não estará obrigado a reparar o dano.

A culpa exclusiva da vítima é uma das causas que excluem o nexo causal, essa excludente não tinha previsão no Código Civil de 1916, porém, o atual Código Civil de 2002 traz essa previsão de excludente, contudo, somente a esta se reporta quando trata da responsabilidade do possuidor do animal, que estará isento do dever de indenizar caso prove culpa exclusiva da vítima ou forma maior. Porém, tanto doutrina como a jurisprudência se encarregam de suprir essa lacuna, visto que diante do fato ou ato exclusivo da vítima estamos diante da quebra do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente. (MELO, 2013, p. 51).

O ilustre professor ainda complementa ao lecionar que há uma lógica para o rompimento do nexo causal, pois se a vítima foi a responsável pelo evento danoso, sendo o agente mero instrumento por meio do qual se materializou, obvio que não há que se falar em dever de indenização, mas em irresponsabilidade do agente. (MELO, 2013, p. 51)

Ainda sobre a culpa exclusiva da vítima, importante trazer a lume as palavras o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

Quando o evento danoso acontece por culpa da exclusiva (ou fato exclusivo) da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre seu ato e o prejuízo experimentado pelo lesado. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por ela sofrido. (GONÇALVES, 2018, p.131).

O fato de terceiro é outra hipótese que exclui o nexo causal, e ocorre quando um terceiro, que não é o agente nem a vítima, é responsável pelo evento danoso envolvendo o agente e a vítima, afastando, desta maneira, a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Predomina no direito civil o princípio da obrigatoriedade do causador direto de reparar o dano, de forma que a culpa de terceiro não o exonera do dever jurídico de indenizar, no entanto, o art. 930 do Código Civil concede ao agente o direito de ingressar com ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo. Porém, importante salientar, que se o ato do terceiro for a causa exclusiva do prejuízo, desaparecerá a relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano. (GONÇALVES, 2018, p. 133).

Com previsão no art. 393 do Código Civil o caso fortuito ou de força maior, são outros elementos de exclusão da responsabilidade civil por quebrarem o elo entre o agente e o evento danoso.

O Código Civil não distingue o caso fortuito e a força maior, sendo a imprevisibilidade sua principal característica, além de ser necessário que o evento seja tido com irresistível e inevitável a qualquer esforço humano para sua caracterização. O caso fortuito decorre geralmente de fato ou ato alheio à vontade das partes, como: guerras, greves dentre outros. Por outro lado, a força maior de eventos naturais, tais como: raios, inundações, terremotos, etc.

Com relação ao Código de Defesa do Consumidor, não obstante ter adotado a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco da atividade, a própria legislação consumerista nos artigos 12, §3º e 14, §3º, elenca de maneira expressa algumas hipóteses em que se comprovada a existência de alguma das excludentes previstas o fornecedor estará isento de reparar o dano, como: comprovação de que não colocou o produto ou serviço no mercado; ou que em tendo colocado no mercado o defeito não existe; e comprovação de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Na doutrina, muito se discute, e não há consenso sobre a possibilidade de invocar nas relações de consumo as excludentes de caso fortuito ou força maior, previstas no Código Civil, quando trata de responsabilidade objetiva.

Doutrinando sobre o tema Senise é claro ao afirmar que “o microssistema é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior”. Para o ilustre doutrinador, como a lei consumerista se omitiu com relação a essa possibilidade de excludente, as normas do Código Civil não deveriam ser aplicadas, devendo o intérprete não querer alargar a aplicação da norma restritiva, mas tão somente se ater a sua forma declarativa ou estrita. (SENISE, 2012, p. 271).

Divergindo do entendimento de Senise, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 67 *apud*, MELO, 2013, p.57), que foi, inclusive, um dos elaboradores do anteprojeto do código consumerista, defende a aplicação das excludentes do caso fortuito e força maior nas relações de consumo, pois no entender do nobre jurista se o Código de Defesa do Consumidor não os elenca como excludentes de responsabilidade também não os nega, e uma vez que as referidas excludentes são reconhecidas como regra geral no direito pátrio, devem ser aplicadas afastando, assim, o dever de indenizar.

Mister destacar que é pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admissão das excludentes de caso fortuito e força maior nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, posto que o fato da legislação consumerista

não ter feito menção às referidas causas excludentes não significa que não possam ser invocadas, portanto, possível aplicação do art. 1.058 do Código Civil. (REsp 120.647-SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU, 15 de maio de 2020, p. 156).

2.5. Responsabilidade civil do médico

Sobre a responsabilidade médica França (2010) ensina que é “a obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência”.

Ou seja, no exercício profissional, caso cometa algum ato ilícito, o médico responderá por todos os seus atos praticados, podendo essa responsabilização ocorrer nas esferas cível, penal e administrativa.

São esferas independentes e com ritos próprios, de maneira que diante da prática de um mesmo ato poderá responder nas três esferas ou em apenas uma delas.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil do médico é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, os quais tratam sobre a natureza dessa responsabilização, modalidades de indenizações cabíveis, ônus da prova, e demais aspectos inerentes a responsabilização.

A importância da medicina na sociedade já existia muito antes de ser organizada como uma ciência. Além de ser uma necessidade humana básica, a intervenção médica permite a valorização de outras dimensões da saúde, em linha com o moderno conceito de bem-estar.

A evolução da medicina ao longo do tempo é indicativa da natureza dinâmica do direito, que deve ser continuamente recriado para atender às mudanças das necessidades da sociedade e garantir sua proteção. Com este objetivo final em mente, o conceito de responsabilidade civil do médico é um passo à frente tanto na comunidade jurídica quanto na comunidade médica. Como resultado, os pacientes terão mais segurança tecnológica e jurídica em relação à terapia fornecida, e a categoria como um todo será fortalecida.

A responsabilidade civil do médico pode ser analisada a partir duas perspectivas: quando o serviço é prestado diretamente pelo médico, na condição de profissional liberal e quando é prestado por meio de clínicas, hospitais, planos de saúde, e demais atividades empresariais no campo da saúde.

Muito embora seja *sui generis*, a natureza dos serviços médicos prestados é contratual, sendo uma obrigação de meio, de maneira que o médico não se obriga com obtenção de resultado, mas com a prestação de um serviço de acordo com a técnica científica disponível ao tempo do serviço. O objeto do contrato médico não é a cura, o fato de considerar a responsabilidade médica como contratual, não conduz a presunção de culpa. O médico não tem compromisso de curar, mas de atuar em consonância com as regras e métodos da profissão. (DIAS, 1994, p. 272)

Como o nome sugere, a responsabilidade civil contratual surge quando existe um contrato entre as partes envolvidas (a vítima e o agente). Há a ocorrência de responsabilidade civil contratual se houver culpa ou dolo, ação ou omissão, nexo, e a consequente perda, devido ao vínculo legal.

Quando o serviço é prestado diretamente e pessoalmente pelo médico, na condição de profissional liberal, como se infere do disposto nos artigos 951, do Código Civil e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil decorrente dos danos causados no exercício de sua profissão, será apurada mediante aferição de culpa, que tem como modalidades a imprudência, negligência e imperícia.

Assim, para que seja possível uma responsabilização por danos causados a clientes no exercício de sua profissão, se mostra indispensável prova de forma inequívoca que o dano sofrido se deu em decorrência de culpa ou erro grosseiro de sua parte. (SANTOS, 1984, p. 361).

A obrigação de indenizar é necessária para a parte responsável pelos danos do paciente em decorrência de culpa comprovada. Os médicos têm três responsabilidades principais: esclarecer seus pacientes, tratar seus pacientes com compaixão e dedicação e evitar qualquer uso indevido da autoridade (relação médico-paciente). O médico não será presumido culpado; ao contrário, ele terá o fardo de estabelecer que não quebrou seu dever profissional de alguma forma, mostrando que o dano que ocorreu não foi produto de imprudência, falta de especialização ou negligência. Como resultado, o dever do médico de prestar contas por seus atos depende da prova de transgressão.

Isso porque o resultado dos serviços prestados não depende apenas do esforço e dos conhecimentos técnicos do médico, pois fatores externos podem interferir no alcance do resultado almejado, a exemplo do médico que trata determinado paciente com doença grave, cujo organismo não reage da maneira esperada, além de tantas outras inúmeras variantes que podem comprometer a cura.

Nas palavras de Antonio Chaves (1995, p. 396 *apud*, MELO, 2013, p.96) o médico não se obriga a restituir a saúde do paciente, “mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo”.

Por estes motivos, se mostra plenamente justificável a exceção contida na lei consumerista, que adota em regra, a responsabilidade sem culpa, porém, quando se trata de profissional liberal, será necessário provar-se a culpa, prevendo, por exceção, a responsabilidade subjetiva, deslocando para o lesado a incumbência de provar que o profissional agiu em culpa, desviando-se da conduta esperada, causando desta maneira danos passíveis de serem reparados.

Porém, nos casos em que for possível demonstrar que um médico não tomou precauções razoáveis para evitar prejuízos ao paciente, será legalmente responsabilizado por seus atos, aumentando o nível de responsabilidade profissional de acordo com o grau em que a consequência negativa pode ter sido antecipada.

Em se tratando da responsabilidade civil subjetiva, ao analisar a responsabilização do profissional em decorrência do erro médico, não é uma tarefa fácil ao lesado se desincumbir do ônus de provar que o profissional agiu de maneira negligente, imprudente ou com imperícia. Haverá casos em que há comprovação da lesão, o agente causador do dano foi devidamente identificado, porém, diante da impossibilidade de fazer prova da culpa, não haverá o dever de reparação. (MELO, 2013, p. 19).

Ao discorrer sobre a responsabilidade civil por erro médico, o ilustre jurista e professor Humberto Theodoro Junior (2000), considera normais as falhas, risco, insucessos e até mesmo lesões oriundas das prestações dos serviços médicos, fundamentando suas alegações no fato de que os tribunais, em princípio, em ações indenizatórias fundadas em erro médico, não têm sido liberais com o ônus da prova a cargo do lesado ou de seus dependentes. Segue ainda de forma contundente ao afirmar que nenhuma presunção há de ser admitida, cabendo unicamente ao autor o ônus de comprovar, de forma idônea o nexo de causalidade entre uma falha técnica e o dano.

No entanto, a obrigação de meio não exime o médico de prestar um serviço consciencioso e atento, com dever de empenho. Nesse sentido muito bem assenta o magistrado Jurandir Sebastião quando assente que o médico possui um dever de empenho que vai além do conceito jurídico de contrato de meio, na medida em que é

exigido desse profissional que demonstre aplicação de todos os meios e materiais necessários, e que não se pode ir mais além, pela impossibilidade, não obstante tenha tentado todo o necessário. (SEBASTIÃO, 2004, p. 51).

Variados fatores podem contribuir para eventos adversos em pacientes, como a evolução natural da doença de base, falência no tratamento quando esgotadas todas as possibilidades terapêuticas, que ocorre quando o médico emprega todos os recursos adequados, e em decorrência de uma situação incontrolável, obteve-se resultado diferente do pretendido. Por outro lado, pode ocorrer de recursos possibilitados pela ciência, e disponibilizados pela organização do sistema de atenção à saúde, não alcançarem o resultado almejado, sendo um fato adverso, considerado controlável. São nestas situações que se passa a analisar e estabelecer protocolos para redução das falhas, e a partir desta análise melhor entender o que se considera como erro médico. (MANSUR; OLIVEIRA, 2006, p. 9).

De acordo com Genival Veloso França, na medicina legal define-se responsabilidade do médico como:

A obrigação, de ordem civil, penal e administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia e negligência. Tal forma de responsabilidade fundamenta-se no princípio da culpa, em que o agente dá causa a um dano, sem o devido cuidado a que normalmente está obrigado a ter, e não o evita por julgar que esse resultado não se configure. (2017, p. 459, *apud* MANSUR, 2006, p. 10).

Levando em consideração que não há erro sem danos, a má prática médica pode ser entendida como conduta inadequada que pressupõe uma inobservância técnica, e em decorrência dessa inobservância produziu-se dano à vida ou agravo à saúde do paciente, portanto, em se tratando da responsabilidade subjetiva, comprovada a culpa o médico será responsabilizado, restando, portanto, configurado o dever de indenizar.

São espécies da culpa a imprudência, a negligência e a imperícia que, na responsabilidade subjetiva, se comprovadas, se configura a responsabilidade civil do médico, ao passo que ausente quaisquer das espécies de culpa, ainda que o paciente tenha sofrido dano, demonstrado que o médico atuou com os cuidados necessários ao caso, empregando a técnica adequada e dispondo da devida atenção, este ficará isento do dever de indenizar.

Atos pautados na negligência, imprudência ou imperícia são exemplos de comportamento profissional impróprio porque implicam um nível de desdém técnico

que tem o potencial de colocar em perigo a vida ou a saúde de outra pessoa. Tais atos são a causa raiz dos erros médicos. É quando um médico, apesar de estar em pleno controle de suas faculdades, faz ou deixa de fazer qualquer coisa que vá contra as normas estabelecidas da prática médica.

Ainda sobre o tema, ao citar a mestre Maria Helena Diniz, MONTEIRO enfatiza (MONTEIRO, 2021, p. 39):

Assim, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico (código de Ética Médica, art. 1.º, parágrafo único); ele (CDC, art. 6.º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa (RT, 785:237) da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência (AASP, 2.093:180 e 1.º TACSP, Ap. 684.076-6, j. 9-3-1998) ou imprudência sua (RT, 407:174, 357, 196; JSTJ, 8:294). Tal prova poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, sendo necessário que haja liame de causalidade entre o dano e a falta do médico de que resulta a responsabilidade civil. Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência (RT, 784:237), nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido pós as provas regulamentares (TJRJ, ADCOAS, 1982, n. 84.019) (2007, p. 257).

O Código de Ética Médica, por meio do art. 1º, da Resolução CFM 1931/09, traz entre as vedações impostas aos profissionais de medicina a prática de atos danosos ao paciente, caracterizados como imprudência, negligência ou imperícia, cujas modalidades de culpas serão estudadas em capítulo próprio.

É importante ressaltar que na responsabilidade subjetiva, não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico, ele é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imprudência, imperícia ou negligência. Portanto, a responsabilidade do médico somente decorre de culpa provada. Não sendo provada, fica afastada a responsabilidade civil do mesmo.

Em suma, quanto a responsabilidade civil, o Código Civil adotou a teoria da responsabilidade subjetiva, em que se faz necessário comprovação da culpa, em quaisquer de suas modalidades.

No CDC a culpa somente é fundamento para reparação dos danos decorrentes da prestação de serviços por profissionais liberais, de forma que em todas as demais situações, em que o serviço é prestado por meio de clínicas, hospitais,

planos de saúde, e demais atividades empresariais no campo da saúde, se aplica a teoria do risco, mediante responsabilidade objetiva, segundo a qual, para fazer surgir o dever de indenizar, basta ao lesado demonstrar a conduta e nexo de causalidade entre essa conduta e o dano, sendo irrelevante a comprovação de culpa.

3. RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO – DO ATO INERENTE AO ERRO

3.1. Teoria do crime

A responsabilidade penal decorre da prática de um ato ilícito, mediante infração de uma norma penal, de maneira que aquele que por ação ou omissão incorre em uma norma penal estabelecida em lei será responsável criminalmente.

Para a correta análise da responsabilidade penal, se faz mister análise da teoria do crime, que apresenta os elementos necessários para a composição do crime de suas sanções.

No Direito Penal, a teoria do crime é a base para a aplicação dos caracteres e elementos do delito, adotando a teoria bipartida ou dicotômica. Na infração penal, está compreendido o crime ou delito e a contravenção penal.

O Código Penal Brasileiro não traz um conceito de crime, de maneira que o conceito atribuído ao crime é unicamente doutrinário.

Franz Von Liszt (1899, p.183), traz o seguinte conceito crime: “Crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se tratar de delito do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contraria ao direito”. Na doutrina de Tiberio Deciano, *apud* Zaffaroni (1999, p. 46), crime é definido como: “fato humano proibido por lei, sob ameaça de pena, para o qual não se apresentava justa causa para a escusa.”

As leis, sempre foram criadas e utilizadas, como modo de aplicação de sanção para combater o crime e trazer para a sociedade limitações das ações humanas que possam resultar um dano a determinado bem protegido juridicamente. Por sua vez, a pena foi criada, como forma de sanção imposta pelo Estado em desfavor de determinada pessoa que tenha descumpridos limites impostos pela lei.

Como forma de prevenção e impedimento para as aplicações de sanções penais em decorrência de delitos praticados na sociedade, bem como reflexo de maior bem-estar, Cesare Beccaria (2007, p.101) dispõe:

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que recuperá-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes e contrários à finalidade que se propõem.

Desta forma, após o delito ser praticado, e não estando acobertado por nenhuma excludente de ilicitude ou culpabilidade, a pessoa que cometeu o delito, será considerado criminoso.

O crime pode ser conceituado por três aspectos: material, formal e analítico, e conforme os ensinamentos de Bettiol (p. 209, *apud* GRECO, 2015, p. 194)

"Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime subespécie iuris, no sentido de considerar o crime 'todo o fato humano, proibido pela lei penal'. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime 'todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade'".

Sob o conceito material, crime “é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena”. (NUCCI, 2017, p. 123).

Roxin (p.51 *apud* NUCCI, 2017, p. 124) ensina que “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o direito penal deve punir e o que deve deixar impune”.

Ainda sobre o aspecto material, ensina Capez (2010, p. 134):

É aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Do conceito formal, crime “é a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno. Cuida-se, na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado”. (NUCCI, 2017, p.124).

Pelo seu aspecto formal, podemos ter a ideia de que crime será tudo aquilo que o legislador definir em lei, independente do seu conteúdo. Assim, o conceito formal de crime ocorre sob a ótica do princípio da reserva legal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Então, sempre que a sociedade entender por criminalizar determinada conduta, a demanda deverá ser levada ao legislativo, que por sua vez, irá materializar o tipo penal, por meio de uma lei.

Dito posto, o tipo penal trará a descrição abstrata de uma conduta, trata-se, portanto, de conceituação meramente funcional, e que é estruturado pelo título,

rubrica que o legislador dá ao delito, pelo preceito primário, consistente na descrição da conduta proibida, e do preceito secundário estabelecendo a sanção, que é a parte sancionadora, que ocorre apenas nos tipos incriminadores. (NUCCI, 2017, p. 151).

O crime também pode ser conceituado por meio de seu aspecto analítico, que em sua essência não difere muito do aspecto formal. Para Nucci (2017, p. 125) o conceito analítico “é o conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência”.

É no conceito analítico do crime onde se encontram as maiores divergências doutrinárias.

Rogério Greco (2014, p. 196) ensina que a função do aspecto analítico é analisar os elementos que integram o crime, porém, sem fragmentá-lo. Para o ilustre doutrinador “o estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância”.

A corrente majoritária adota a teoria tripartida de crime o definindo, sob o aspecto analítico, como uma conduta típica, antijurídica e culpável. Trata-se da corrente mais aceita entre os doutrinadores, que possui adeptos como Guilherme de Souza Nucci, Assis Toledo, Hans Wezel, Heleno Fragoso, Rogério Greco, Raúl Zaffaroni, Tigre Maia, Nelson Hungria, Jescheck, Wessels, Shmidt, entre outros. Os adeptos desta corrente dividem-se em finalistas, causalistas, funcionalistas e aqueles que são adeptos da teoria social da ação. (Nucci, 2017, p. 125).

Conforme doutrina o Luís Augusto Freire Teotônio:

Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel, considerado pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis Toledo, entre outros, nunca disseram que o crime se formava apenas pelo fato típico e ilícito, considerando sempre a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos. (TEOTÔNIO, 2002, p.120).

Na lapidar lição de Welzel (1987, p.114-115, *apud* GRECO, 2014, p. 371):

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade - a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico - pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Doutrinadores como René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Júlio Fabbrini Mirabete, dentre outros, acolhem o conceito bipartido de crime, segundo o qual crime

é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena. (Nucci, 2017, p. 125).

Para a concepção bipartida, o crime é todo “fato típico e ilícito”, desta maneira, a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, sendo este unicamente um pressuposto para a aplicação da sanção penal. Sob o prisma desta corrente, não se cogitar a culpabilidade em tal conceito, se torna incompleto.

A corrente defendida por Basileu Garcia, Muñoz Conde, Giorgio Marinucci, dentre outros, entende que do ponto de vista analítico crime é um fato típico, antijurídico, culpável e punível. (Nucci, 2017, p. 125).

A concepção tetrapartida, corrente esta, minoritária, dispõe que o crime é todo fato típico, ilícito, culpável e punível, sendo defendida por Basileu Garcia, e por Claus Roxin, com o seguinte argumento:

Considerando que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação, bem como os postulados da dogmática jurídico penal, Roxin sustenta que a responsabilidade do autor do fato punível também deve ser elemento do conceito analítico do delito. (ROXIN 1992, p.62 *apud* GRECO; GALVÃO, 1999, p.49).

Já para os adeptos da teoria dos elementos negativos do crime, como Miguel Reale Júnior, crime é um fato típico e culpável, onde a antijuridicidade é inerente ao próprio tipo.

Por fim, Luiz Flávio Gomes defende que sob o ponto de vista analítico o crime é um fato típico, antijurídico e punível. (Nucci, 2017, p. 125).

Mesmo que de maneira breve, interessa-nos, neste estudo, analisar os elementos do crime segundo a teoria tripartida, adotada na corrente majoritária, sendo eles: fato típico, antijuridicidade (ilicitude) e culpabilidade.

3.1.1. Fato típico

Não obstante inexistir consenso doutrinário sobre o conceito analítico de crime, todas as teorias que aqui foram apresentadas têm o fato típico, primeiro substrato do crime, como um dos seus elementos.

Sob o conceito de Fernando Capez (2010, p. 136), fato típico é “o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal”. O ilustre doutrinador cita como seus elementos a conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

Na visão do mestre Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 149) a análise do que venha a ser fato típico deve ocorrer sob o prisma dos conceitos de tipo penal, tipicidade, conduta, resultado e nexos causal, pois o fato típico é a síntese da conduta ligada ao resultado pelo nexos causal, que se amolda ao modelo geral incriminador.

Em suma: fato típico é a conduta humana voluntária e indesejada que produz um resultado, que irá se amoldar de maneira formal e material ao tipo penal, sendo o nexos causal a relação entre a conduta e o resultado.

Primeiro elemento do fato típico, a conduta, no direito penal, que pode ser sinônimo de ação, em regra, é atribuída a uma ação humana, muito embora, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o meio ambiente, em seu art. 225, §3º, ventila a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo em se tratando de crime lesivo ao meio ambiente.

A conduta é o comportamento humano, consistente em uma ação ou omissão, de maneira consciente e voluntária, dirigida a um fim. Podendo esta conduta ser dolosa, quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, ou culposa, quando há uma infração no dever de cuidado, e ocorre quando o agente atua com negligência, imprudência ou imperícia. O direito penal não pune o pensamento, enquanto estiver na consciência, mas sua exteriorização no mundo concreto, por meio de uma ação ou omissão. (CAPEZ, 2010, p. 204).

O nosso Código Penal traz o dolo como a regra, e a culpa como a exceção, conforme podemos aferir do disposto no parágrafo único do art. 18, que assim estabelece: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Desta maneira, o indivíduo que pratica uma conduta de forma culposa, somente será penalizado, se o Código Penal fizer previsão para aquele tipo de modalidade culposa, do contrário, sua conduta não terá relevância para o direito penal, posto que ausente tipicidade para o fato praticado.

Além da existência do dolo ou da culpa, é necessário que o comportamento do agente seja pautado em uma ação ou omissão, sendo a ação uma conduta comissiva ou positiva e a omissão uma conduta omissiva ou negativa.

Assim, nos crimes comissivos, a conduta do agente é direcionada com a finalidade de atingir resultado, por meio de uma ação, ao passo que nos crimes omissivos, há uma abstenção, ou seja, um não fazer do agente quanto tinha, por lei, essa obrigação, a exemplo do crime de omissão de socorro.

Dentro da conduta, tem-se a voluntariedade como um de seus elementos essenciais, pois a sua ausência culminará na ausência da conduta, ante a falta de um de seus elementos.

Sobre o tema da voluntariedade da conduta do agente, Zaffaroni leciona que "a vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para nada; sempre a vontade é vontade de algo, quer dizer, sempre a vontade tem um conteúdo, que é uma finalidade". (1996, p. 332 *apud* GRECO, 2014, p. 207).

Porém, não há voluntariedade quando o agente se vir impedido de atuar, como nos casos de movimentos obtidos por força irresistível, movimento reflexos ou estados de inconsciência, desta feita, como excludentes da conduta humana, conseqüentemente, excluem o próprio fato típico praticado pelo agente.

O resultado, outro elemento que constitui o fato típico, é a consequência da conduta, ou seja, a modificação do mundo exterior provocada pela conduta. Sobre o resultado a doutrina aponta dois critérios pra sua análise, quais sejam: naturalístico e jurídico ou normativo.

Pelo critério naturalístico o resultado é a modificação do mundo exterior feita pela conduta. Entende-se que se o evento está situado no mundo físico, só haverá resultado quando existir modificação passível de captação pelos sentidos, a exemplo da morte de uma pessoa cujo resultado é naturalisticamente comprovado. (NUCCI, 2017, p. 163).

O ilustre doutrinador Fernando Capez, com o brilhantismo de sempre, elucida que nem todo crime possui resultado naturalístico, pois o legislador previu alguns tipos penais cuja materialização da conduta não produz nenhum resultado no mundo exterior, são os chamados crimes de mera conduta, como exemplo o crime de desobediência, que não produz nenhuma alteração no mundo concreto, havendo também os crimes formais, que apesar do resultado naturalístico ser até possível, a consumação do crime se opera antes e independentemente de sua produção, como o caso do crime de extorsão mediante sequestro, cuja consumação ocorre no momento em que a vítima é sequestrada, sendo indiferente o recebimento ou não do resgate. Logo, apenas os crimes materiais dependem da ocorrência de um resultado naturalístico, para que ocorra sua consumação. (CAPEZ, 2010, p. 177-178).

O outro critério utilizado para análise do resultado é o jurídico ou normativo, onde a modificação é gerada no mundo jurídico, ferindo interesse protegido pela

norma, assim, sob a análise deste critério, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado.

Sobre o critério jurídico ensina Capez (2010, p. 178): “todo crime tem resultado jurídico porque sempre agride um bem jurídico tutelado. Quando não houver resultado jurídico não existe crime. Assim, o homicídio atinge o bem vida; o furto, patrimônio etc.”.

O terceiro elemento que integra o fato típico é o nexo causal, que consiste na relação entre a conduta e o resultado, de maneira que ausente o nexo causal não há que se falar em relação de causalidade, logo, o resultado não poder ser atribuído pelo agente, por não ter sido este o causador do dano.

Ao discorrer sobre o nexo causal Gonçalves (2019, p. 48) acrescenta que enquanto nos crimes materiais a configuração do delito depende da comprovação do nexo causal, os crimes formais e de mera conduta prescindem o mesmo, pois dispensam a ocorrência de qualquer resultado naturalístico. Assim, os crimes materiais possuem como elementos a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade, ao passo em que os crimes formais e de mera conduta exigem apenas como requisitos a conduta e a tipicidade.

O renomado mestre Guilherme de Souza Nucci apresenta duas teorias que cuidam do nexo de causalidade, as quais, segundo o ilustre doutrinador, seria, fundamentalmente, as duas posições doutrinárias predominantes no Brasil acerca do nexo causal e com reflexos na jurisprudência.

A primeira teoria apresentada é a da equivalência das condições, teoria adotada pelo Código Penal, onde qualquer das condições que fazem parte da totalidade dos antecedentes é causa do resultado, pois a sua inoccorrência impediria a produção do evento. (NUCCI, 2017, p. 165).

Esta teoria também é conhecida como teoria *conditio sine qua non*, e para ela, ainda que de forma mínima, toda conduta que de alguma maneira tiver contribuído para o resultado deverá ser considerada sua causa. Como exemplo, para esta teoria a venda de uma arma, mesmo de forma lícita, e que foi utilizada para a prática de um homicídio, seria causa do resultado, pois sem a arma não teria havido os tiros que pôs fim a vida da vítima.

A segunda teoria apresentada por Nucci (2017, p. 165) é a teoria da causalidade adequada, onde “um determinado evento somente será produto da ação humana quando esta tiver sido apta e idônea a gerar o resultado”.

Desta feita, no exemplo anterior, a venda de arma, de maneira lícita, não pode ser tida como causa do crime, pois as armas disponibilizadas em comércio, de maneira lícita, não são vendidas para prática de crimes.

Embora chegue ao mesmo resultado, o corte do nexo causal de ambas as teorias é feito de maneira diversa, sofrendo críticas em ambas. Tomando por base o exemplo supra, para a teoria da equivalência das condições, a venda é considerada a causa do delito, muito embora o vendedor não sofrerá punição, uma vez que não agiu com dolo ou culpa. Para a teoria da causalidade adequada a conduta do vendedor, não é razoável nem idônea para produzir o resultado morte, posto que lícito o negócio de venda de armas. (NUCCI, 2017, p. 165).

Por fim, o último elemento do tipo penal a ser analisado será a tipicidade, que nas palavras de Gonçalves (2019, p. 54) “é o nome que se dá ao enquadramento da conduta concretizada pelo agente na norma penal descrita em abstrato”.

Como visto anteriormente, o tipo penal traz a descrição abstrata de uma conduta proibida e a sanção, esta última ocorrendo apenas nos tipos incriminadores. Assim, é necessário que o agente realize todos os elementos desta descrição típica para que, então, ocorra a tipicidade. Em suma, a tipicidade é o fato adequado ao tipo, ou seja, a adequação típica.

“A tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo”. (NUCCI, 2017, p. 149).

Analisados os elementos do fato típico passaremos ao estudo da antijuridicidade (ilicitude), segundo elemento do crime, segundo a teoria tripartite.

3.1.2. Antijuridicidade (ilicitude)

A ilicitude ou antijuridicidade, é a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Então, sempre que a conduta for de maneira contrária ao ordenamento jurídico penal, esta será penalmente ilícita. (GRECO, 2014, p. 369).

Gonçalves (2019, p. 87) traz um conceito semelhante o de Greco, e estabelece que “ilicitude é a relação de antagonismo, contrariedade que se estabelece entre o fato típico e o ordenamento legal”. O ilustre jurista complementa: “quando ocorre um fato humano que se enquadra em um tipo incriminador, tem-se presente a tipicidade”.

Para Capez (2010, p. 293) ilicitude “é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas”.

Nucci (2017, p. 213) aborda o conceito de ilicitude como conduta contrária ao direito, e que cause efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, tratando-a como uma perspectiva que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito) e o lado material (causando lesão ao bem jurídico tutelado).

Segundo as lições de Assis Toledo (1984, p. 164, *apud* GRECO, 2014, p. 369) ilicitude é “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.

A partir deste conceito, para que uma conduta seja considerada ilícita ou antijurídica, além da relação de contrariedade entre a conduta e a norma, se faz necessário que aquela, cause lesão ou exponha a perigo de lesão o bem juridicamente tutelado. Deste conceito se pode extrair duas das espécies de ilicitude, quais sejam: a ilicitude formal, que seria a norma, e a ilicitude material, que seria o bem juridicamente tutelado.

Conforme preleciona Miguel Reale Júnior (2002, p. 91, *apud*, GRECO, 2014, p. 360):

“Von Liszt lançou, por primeiro, nas 12ª e 1 3ª edições de seu trabalho, a distinção entre o que é formal e o que é material mente antijurídico. No seu entender, um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador”.

A ilicitude formal é a mera contrariedade da conduta ao ordenamento legal, sendo considerado ilícito por não estarem presentes as causas de justificação.

Por sua vez, a ilicitude material configuraria uma contrariedade da conduta ao sentimento comum de justiça, ou seja, o comportamento afronta aquilo que o home médio te por justo. Neste sentido, por exemplo, um home que explora pequeno comércio no meio da rua, e que por ignorância, não emite nota fiscal, pode estar realizando um fato formalmente ilícito, mas materialmente sua conduta não se reveste de ilicitude. (CAPEZ, 2010, p. 296).

Há uma crítica doutrinária com relação a distinção da ilicitude entre formal e material, pois se toda norma visa proteger um bem jurídico, toda oposição a essa

norma configuraria em afronta ao bem jurídico, razão pela qual muitos doutrinadores não veem razão para essa distinção.

Neste sentido, pondera Assis de Toledo (1984, p. 8 *apud* GRECO, 2014, p. 371):

"Um comportamento humano que se ponha em relação de antagonismo com a ordem jurídica não pode deixar de lesar ou de expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados por essa mesma ordem jurídica. Isso leva à conclusão de que a ilicitude, tal como a definimos anteriormente, só pode ser uma só, ou seja, aquela que se quer denominar redundantemente de material."

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Sheila Bierrenbach:

"A distinção não tem sentido. Nesta ordem de ideias, se as normas penais, proibitivas ou imperativas, são construídas com a finalidade de proteger bens jurídicos, torna-se evidente que toda oposição à norma penal implica lesão ou perigo de lesão a um bem tutelado. Confundem-se, portanto, ilicitude formal e material, não havendo razão para a distinção. Ilcitude constitui, pois, relação de antagonismo entre a conduta e a norma penal incriminadora, do que decorre dano ou periclitção do bem jurídico tutelado." (1996, p.107 *apud* GRECO, 2014, p. 371).

Para Capez, a ilicitude material não tem que ver com a antijuridicidade, pois seria requisito da tipicidade, pois o juízo de valor quanto a lesividade ou não da conduta, sua adequação social ou não, relevância ou insignificância não pertence ao terreno da antijuridicidade, mas ao tipo penal. Assim, se o fato for insignificante, adequado e não possui lesividade, a ação será atípica, não havendo sequer em que se cogitar sua antijuridicidade. O ilustre doutrinador conclui que a ilicitude é meramente formal, e consiste na análise da presença ou não das causas excludentes, sendo, ao seu ver, inadequado o termo "ilicitude material". (CAPEZ, 2010, p. 296).

Outras duas espécies de ilicitude são a subjetiva e objetiva. Para a ilicitude subjetiva, só será ilícito o fato se o agente for capaz de mensurar seu caráter criminoso, não bastando apenas que a conduta tenha sido praticada sob o manto de justificação, assim, para esta teoria o inimputável não comete fato ilícito. Já ilicitude objetiva, basta que no plano concreto o fato típico não esteja sob o manto de uma causa de exclusão, pouco importando a capacidade de avaliação do agente.

Pode ocorrer de um fato típico não ser necessariamente ilícito, diante da concorrência de uma das causas excludentes de ilicitude, cujas causas legais estão de forma expressa no Código Penal Brasileiro.

3.1.2.1. Causas legais excludentes da ilicitude (antijuridicidade)

A princípio, todo fato típico é ilícito, a não ser que conduta tenha sido praticada sob alguma condição que lhe retire a ilicitude. As causas que excluem a ilicitude podem ser legais, quando estão previstas na lei, ou supralegais, estas últimas quando aplicadas de maneira análoga, ante a ausência de previsão legal.

O art. 23 do Código Penal traz previsão expressa de quatro causas que excluem ilicitude da conduta, sendo: o estado de necessidade, a legítima defesa o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. No entanto, a legislação penal traz os conceitos apenas de duas destas espécies, ficando a cargo da doutrina a definição dos conceitos de estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Conforme previsão do art. 395, inciso I do Código de Processo Penal, a comprovação da existência de alguma das causas excludentes de ilicitude, viabilizará a rejeição da denúncia ou da queixa, posto que estará ausente uma condição para o exercício da ação penal.

Capez (2010, p. 297) elucida que “essa hipótese, contudo, somente ocorrerá se a existência da causa justificadora estiver cabalmente demonstrada, já que na fase do oferecimento da denúncia vigora o princípio *in dubio pro societate*”.

O estado de necessidade, é a excludente prevista no art. 23, I do Código Penal, cuja definição se encontra no art. 24 do mesmo dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Sobre o estado de necessidade ensina Capez (2010, p. 298):

No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo. Exemplo: um pedestre joga-se na frente de um motorista, que, para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades. Entre sacrificar uma vida e um bem material, o agente fez a opção claramente mais razoável. Não pratica crime de dano, pois o fato, apesar de típico, não é ilícito.

Conforme se depreende do disposto no *caput* do art. 24, a situação justificante que torne válido o sacrifício do direito alheio, deve possuir os seguintes requisitos:

perigo atual inevitável e não provocado pelo agente, defesa de direito próprio ou alheio e inexistência do dever legal de enfrentar o perigo.

O perigo atual, se refere a ameaça concreta ao bem jurídico tutelado pela norma.

Gonçalves (2017, p. 89) esclarece que há uma discussão quanto a possibilidade de aplicação dessa excludente em caso de perigo iminente, havendo suas posições sobre a questão. Um entendimento é o de que como o art. 24 não faz menção a iminência do perigo, apenas o perigo atual configuraria estado de necessidade. A outra corrente entende que a lei deve ser interpretada com bom senso, e que não se deve esperar que o perigo iminente se torne atual para agir, assim, essa excludente também estaria abrangida pelo perigo iminente.

No estado de necessidade ambos os bens conflitantes são resguardados pelo ordenamento jurídico, e é justamente esse conflito que, em virtude da situação em que se encontram, fará com que um prevaleça sobre o outro. Figurativamente falando, é como se os bens fossem colocados em uma “balança”, a exemplo da vida e do patrimônio, para verificar prevalência de um sobre o outro, no intuito de determinar sua preponderância, quando tiverem o mesmo valor jurídico. (GRECO, 2014, p. 375).

Além do perigo atual é necessário que a situação de perigo não tenha sido causada voluntariamente pelo agente, pois do contrário não haverá arguição do estado de necessidade por parte de quem voluntariamente se colocou em situação de perigo.

No entanto, há uma discussão acerca do reconhecimento do estado de necessidade mesmo em situações em que o perigo é causado de maneira culposa, cujo tema no Brasil conta com opiniões divergentes.

No sentido de abordar essa discussão, Busato (2017, p. 453) traz a ideia de alguns doutrinadores sobre o tema. Heleno Fragoso e Aníbal Bruno sustentam a ideia de que é possível reconhecimento da exculpa na hipótese de o agente ter se colocado culposamente em situação de perigo. Em sentido contrário é a posição de Nelson Hungria que afirmava que a ação do sujeito que atua em estado de necessidade diz respeito apenas a situação não provocada intencionalmente ou por grosseria, incluindo a conduta imprudente como hipótese que exclui a referida causa de justificação.

O termo “direito” previsto no caput do art. 24, está empregado em sentido amplo, no sentido de proteger qualquer bem jurídico tutelado pela norma, podendo

este direito ser próprio ou de terceiros, sendo, inclusive, dispensável a prévia autorização do terceiro para agir em estado de necessidade. Quando o agente age para defender direito próprio fala-se que agiu em estado de necessidade próprio, e quando age na defesa de direito alheio, fala-se em estado de necessidade de terceiro.

Outro requisito para caracterização dessa excludente é a razoabilidade do sacrifício, ou seja, é necessário que a ofensa ao bem jurídico alheio seja razoável, de acordo com o senso comum.

Sobre a razoabilidade do sacrifício Capez (2010, p. 303) acrescenta que:

a lei não falou, em momento algum, em bem de valor maior, igual ou menor, mas apenas em razoabilidade do sacrifício. Ninguém é obrigado a andar com uma tabela de valores no bolso, bastando que aja de acordo com o senso comum daquilo que é certo, correto, razoável. Exemplo: para uma pessoa de mediano senso, a vida humana vale mais do que um veículo, um imóvel ou a vida de um animal irracional.

Como muito bem assevera Capez (2010, p. 303) para estar acobertado sob o manto do estado de necessidade o agente precisa ter conhecimento da condição justificante, pois pouco irá importar a existência dos requisitos da exculpante se o agente não conhecia a sua existência. Se na sua mente cometia um crime, mesmo que, por uma incrível coincidência, a ação danosa acabe por salvar algum bem jurídico, inexistente estado de necessidade.

Por fim, o §1º do art. 24 estabelece que o estado de necessidade não pode ser invocado por aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo, como por exemplo, não pode um bombeiro alegar estado de necessidade para se eximir do dever legal de combater um incêndio.

Convém ressaltar que o dever de enfrentar o perigo não é um direito absoluto, assim, estando presente uma situação inequívoca de grave dano para si, não se exige daquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo sacrificar-se ou se submeter a ações perigosas em atitudes de heroísmo. (BUSATO, 2017, p. 458).

A legítima defesa é outra causa excludente de ilicitude, cujo conceito está definido no art. 25 do Código Penal:

Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Capez (2010, p. 305) fundamenta a legítima defesa sob o prisma de que o Estado não tem como oferecer proteção aos cidadãos de maneira integral, por este

motivo, inseriu na legislação penal a permissão de defesa quando não for possível utilização de outro meio.

Assim como no estado de necessidade só poderá ser reconhecida a legítima defesa se ficar demonstrado que o agente tinha ciência de que estava acobertado pela excludente.

Sobre o *animus defendendi* na legítima defesa, ensina Bitencourt (2012, p. 160):

Embora não se exija a consciência da ilicitude para afirmar a antijuridicidade de uma conduta, é necessário, para afastá-la, que se tenha, pelo menos, conhecimento da ação agressiva, além do propósito de defender-se. A legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se.

Para que reste configurado a legítima defesa também é necessário que o agente ou terceiro esteja sofrendo ou na iminência de sofrer uma agressão, a qual não pode ser confundida com provocação, pois enquanto a provação é turbação, de efeitos emocionais e psicológicos, a agressão é o efetivo ataque contra os bens de alguém, pressupondo ataques provocados por pessoa humana, assim, não existe legítima defesa de ataques de animais, neste caso, o agente poderia estar diante de outra causa excludente de ilicitude, qual seja, o estado de necessidade. (Gonçalves, 2019, p. 92).

A agressão repelida também precisa ser seja injusta, aqui entendida como ilícita, analisada de forma objetiva, ou seja, independente do agressor ter ciência da ilicitude daquela conduta, devendo-se também atentar para o requisito da moderação, pois não pode invocar legítima defesa aquele que mata ou agride fisicamente quem apenas lhe provocou com palavras

Também é admitido a legítima defesa putativa ou imaginária, que ocorrer quando a agressão permeia apenas no imaginário da “vítima”, ou seja, acredita, por erro, estar na iminência de sofrer uma injusta agressão, repele o que acreditava ser uma injusta agressão. O fundamento para sua admissão está na teoria da culpabilidade, acolhida pela exposição de motivo do Código Penal, onde em se tratando de erro incidente sobre uma situação de fato, este será considerado como erro de tipo permissivo, sendo a legítima defesa putativo um caso clássico das chamadas discriminantes. (GRECO, 2014, p. 397).

Não existe legítima defesa contra legítima defesa, já que esta não ampara quem a provoca, porém, tem sido admitido a legítima defesa sucessiva, que ocorre quando a vítima ao se defender da injusta agressão extrapola na repulsa, passando a ser considerada agressora, permitindo legítima defesa do primeiro agressor.

Greco (2014, p. 410) leciona que “somente poderá ser aventada a hipótese de legítima defesa se um dos agentes agredir injustamente o outro, abrindo-se ao ofendido a possibilidade de defender-se legitimamente”.

Bitencourt (2012, p. 160) afirma que haverá legítima defesa sucessiva “na hipótese de excesso, quando o agredido, exercendo a defesa legítima, excede-se na repulsa. Em outras palavras, quando a defesa é exercida de maneira desproporcional contra o agressor inicial”.

Do mesmo entendimento pactua o mestre Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 242) que traz um relevante exemplo sobre o tema:

É situação perfeitamente possível. Trata-se da hipótese em que alguém se defende do excesso de legítima defesa. Assim, se um ladrão é surpreendido furtando, cabe, por parte do proprietário, segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa), embora não possa propositadamente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender (é a legítima defesa contra o excesso praticado).

Da mesma forma, Rogério Greco (2014, p. 320) traz brilhante contribuição:

Tendo o agente alcançado o objetivo da lei, qual seja, fazer cessar a agressão injusta, já não poderá ir além disso. Caso contrário, quer dizer, caso venha a agir além daquilo que lhe era permitido, começa-se a falar em excesso. A agressão praticada pelo agente, embora inicialmente legítima, transformou-se em agressão injusta quando incidiu no excesso. Nessa hipótese, quando a agressão praticada pelo agente deixa de ser permitida e passa a ser injusta, é que podemos falar em legítima defesa sucessiva, no que diz respeito ao agressor inicial.

Com entendimento divergente o ilustre jurista Fernando Capez (2010, p. 319) defende que não é possível quem dá causa aos acontecimentos arguir legítima defesa em seu favor, devendo dominar quem se excede sem feri-lo.

Além do estado de necessidade e da legítima defesa, aquele que cumpre estritamente dever legal ou esteja no exercício regular de um direito, ainda que, porventura, sua conduta se adeque a um tipo penal não comete crime, pois ambas as situações afastam a antijuridicidade do comportamento eventualmente tipificado. (Bitencourt, 2012, p. 161).

O código penal brasileiro não traz o conceito de estrito cumprimento o dever legal, cabendo a doutrina fazer a conceituação.

Para Nucci (2017, p. 45) “trata-se de ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro”, citando como exemplo a previsão feita no art. 255, §§ 2º e 3º do Código de Processo Penal, que trata da busca legal e autoriza o emprego de força para cumprir

o mandado judicial. Assim, se o agente pratica exercício de um direito, previsto e autorizado pelo ordenamento jurídico, não deve ser punido, como se tivesse praticado um delito.

Busato (2017, p. 476) reforça que o dever deve ter origem por lei, e não por outros ditames, quer de ordem moral ou religiosa, complementa afirmando que o cumprimento do dever deve estar basilado pelos limites impostos pela lei, deixando de estar amparado por essa causa de justificação aquele que, no cumprimento do dever, ultrapassa-o.

Na lição de Capez (2010, p. 315) é “causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei”, citando como exemplo “o policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em cumprimento de ordem judicial”.

Como mencionado, o dever deve ter origem em lei, e em se tratando de resolução administrativa deve ser desprovida de caráter genérico, ou seja, deve ser de caráter específico dirigida ao agente.

Bitencourt (2012, p. 161) elenca dois requisitos que devem ser configurados para configurar a excludente: o estrito cumprimento, que consiste nos atos rigorosamente necessários; e o dever legal, que torna indispensável que o dever decorra de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa.

Por fim, o exercício regular de um direito, outra causa de justificação, cujo conceito fica a cargo da doutrina, posto que o código penal não se preocupou em conceitua-lo.

O exercício regular de um direito, consiste na prática de uma atividade ou conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Desta feita, se o agente age no exercício regular de um direito não pode ser responsabilizado, como se tivesse praticado um delito. (Nucci, 2017, p. 247).

Busato muito bem explica a diferença básica entre estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito:

A diferença básica entre estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito encontra-se em que o cumprimento é uma obrigação e o segundo, uma faculdade. Ou seja, no estrito cumprimento do dever há uma norma cogente determinando que o sujeito atue. No exercício regular de um direito há uma norma permissiva, dando possibilidade ao sujeito de atuar. (BUSATO, 2017, p. 479).

Observa-se, portanto, que o exercício regular de um direito, é uma causa de justificação, cujas condutas são autorizadas por lei, logo, os agentes deverão atuar

dentro dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico, assim, o uso abusivo do direito, faz desaparecer tal excludente.

O limite do lícito, como assevera Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 279-280 *apud* GRECO, 2014, p. 429) "termina necessariamente onde começa o abuso, posto que aí o direito deixa de ser exercido regularmente, para mostrar-se abusivo, caracterizando sua ilicitude".

Assim como ocorre com as demais causas excludentes, é necessário que o agente tenha conhecimento da situação fática que autoriza a excludente, de modo que o exercício regular do direito praticado com espírito de mera emulação faz desaparecer a causa justificante.

Para melhor compreensão de nosso estudo, alguns casos típicos que configuram o exercício regular de um direito: crítica literária, artística ou cientista, intervenção cirúrgica, violência desportiva, aborto, quando houver previsão legal e consentimento da ofendida, etc.

Em quaisquer das causas excludentes de ilicitude, aquele que em uma conduta inicialmente justificada a intensifica de maneira desnecessária, extrapolando o exercício de seu direito, responderá pelo excesso, doloso ou culposos, conforme expressa previsão contida no parágrafo único do art. 23 do Código Penal.

No estado de necessidade, concentra-se o excesso no agir de outro modo para evitar o resultado; na legítima defesa, o excesso está firmado na falta do emprego dos meios necessários para evitar a agressão ou no uso imoderado desses meios; em se tratando do estrito cumprimento do dever legal, o excesso está quando se extrapola o limite da lei, uma vez que a lei impõe um modo para o agente atuar; e por fim, no exercício regular de direito, o excesso está quando o agente embora exerce um direito, o faça de modo irregular e prejudicando direito alheio. (NUCCI, 2017, p. 258).

3.1.3. Culpabilidade

Em direito penal há três sentidos em que se usa a expressão culpabilidade: a culpabilidade como princípio, no sentido de traduzir a responsabilidade penal objetiva; culpabilidade como limite da pena; e culpabilidade como elemento do delito.

A esse respeito vale ressaltar, que segundo Greco, como fundamento da pena, a culpabilidade está relacionada a possibilidade ou não de uma pena ao autor de um delito, levando em consideração a capacidade da culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. Como elemento da medição da pena, a

culpabilidade atua como limite desta, impedindo imposição da pena além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade. Por fim, a culpabilidade como identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva, impede que a atribuição da responsabilidade objetiva, ou seja, garantia de que não haverá responsabilidade em decorrência de resultado absolutamente imprevisível se o agente não houver agido pelo menos, com dolo ou culpa. (BITENCOURT, 2012, p. 164).

Como mencionado anteriormente, a teoria bipartite não considera a culpabilidade como elemento do crime, mas pressuposto da aplicação da pena, no entanto, para a teoria tripartida, adotada pela corrente majoritária, a culpabilidade é um dos elementos do crime, razão pela qual o presente trabalho limita-se à culpabilidade sob a ótica da teoria tripartida, ou seja, culpabilidade como elemento do delito.

Enquanto elemento estrutural do crime, a culpabilidade é entendida como a censurabilidade do autor do injusto, ou seja, o juízo de reprovação sobre o agente que praticou o fato típico e antijurídico, mas que poderia e deveria ter agido de acordo com o Direito.

Capez (2010, p. 323) ensina que a culpabilidade é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática de uma conduta ilícita, sendo definida como juízo de censurabilidade e reprovação.

Welzel traz a seguinte definição de culpabilidade:

Culpabilidade é a 'reprovabilidade' da configuração da vontade. Toda culpabilidade é, segundo isso, 'culpabilidade de vontade'. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpabilidade. (1987, p. 167, *apud* GRECO, 2014, p. 433).

Greco (2014, p. 433) arremata que a “culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, e conforme preconiza von Liszt, é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do direito penal”.

Damásio de Jesus, leciona que o fato de os elementos que compõem a culpabilidade estarem relacionados com o autor do delito ao invés do fato, induziu alguns autores a, de maneira equivocada, considerar a culpabilidade como pressuposto ou fundamento de aplicação da pena, negando, desta maneira que seja elemento do crime. (DAMÁSIO, 1999, p. 335-335 *apud* BUSATO, 2017, p. 503).

Arremata Busato que o próprio Hans Welzel, citado pelos autores que não consideram culpabilidade como elemento do crime, em seu Tratado de Direito penal

dedicou um capítulo sobre o lugar da culpabilidade no conceito de delito. Ademais, continua, que os principais autores finalistas defendem que não existe crime sem a culpabilidade, assim, o afastamento da culpabilidade como elemento do crime, implicaria em desprezar as considerações sobre o indivíduo para determinar a existência do crime, abrindo possibilidade de um sistema focado na própria norma ao invés do ser humano. (BUSATO, 2017, p. 504).

Desta feita, a culpabilidade como elemento do delito, é um juízo de reprovação social, e está relacionada às características do indivíduo que sejam capazes de lhe imputar reprovação penal em decorrência do fato ilícito praticado em contrariedade as normas penais, no entanto, o entendimento da culpabilidade como elemento do crime, é fruto de um longo processo evolutivo da dogmática jurídico penal. Algumas teorias surgiram a respeito dos requisitos para responsabilização do agente.

A partir do início do século XIX, a teoria do delito evoluiu gradativamente, com destaque a Adolf Merkle e Binding, que traçaram primeiras definições e estrutura contemporânea da culpabilidade. Na segunda metade do referido século, o conceito de culpabilidade do direito natural entra em declínio, dando vez à evolução da dogmática jurídico-penal por meio da distinção fundamental entre antijuridicidade e culpabilidade defendida por Von Liszt. Foi essa transformação que contribuiu para o surgimento da concepção psicológica da sociedade. (BITENCOURT, 2012, p. 165).

A teoria psicológica da culpabilidade surgiu a partir do sistema naturalista ou causal da ação, apregoadado por Von Liszt e Beling, como a ligação psicológica estabelecida entre a conduta e o resultado. Para esta teoria o dolo e a culpa constituem as duas únicas espécies de culpabilidade, que passa a ser elemento subjetivo do crime, podendo se apresentar como dolo ou como culpa, onde a única exigência para responsabilização do indivíduo é a imputabilidade aliada ao dolo ou a culpa. (CAPEZ, 2010, p. 328).

Sobre a teoria psicológica da culpabilidade, Bitencourt enfatiza:

A culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou, ou, em outras palavras, culpabilidade é a relação subjetiva entre o autor e o fato. Em termos bem esquemáticos, culpabilidade é o vínculo psicológico que une o autor ao resultado produzido por sua ação. No mesmo sentido, Bella vista definiu a culpabilidade como a relação psicológica entre o agente e a ação que ocasiona um evento querido ou não querido, ainda que não previsto, mas previsível. (BITENCOURT, 2012, p. 165).

A partir das explanações dos ilustres doutrinadores supra, pode-se entender que para esta corrente a reprovação do autor se dava com base em critérios

exclusivamente psicológicos, o total entendimento de infração penal dependeria da existência de dolo ou de culpa, vinculando de maneira subjetiva o autor ao fato, ou seja, a culpabilidade é dolo ou culpa.

A teoria psicológica apresentou falhas, com algumas críticas formuladas por autores, dentre os quais, Nucci, segundo o qual a principal falha seja “a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica”. (NUCCI, 2017, p. 264).

Segundo assevera Damásio E. de Jesus “o erro desta doutrina consiste em reunir, como espécies de culpabilidade, fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa”. (JESUS, 1994, p. 458 *apud* CAPEZ, 2010, p. 329).

Com a crise do positivismo, a metodologia das ciências naturais, que extirpava do âmbito científico os juízos de valor, passou a ser questionada, dando origem, a partir da metodologia normativa do neokantismo, a uma concepção de culpabilidade que permitia em sua estrutura elementos normativos, dando início a teoria psicológica-normativa da culpabilidade, tendo como fundador, para parte da doutrina, Reinhard Franck, que em 1907 impulsionou de maneira definitiva alteração do conceito de culpabilidade para inclusão de caracteres normativos. (BUSATO, 2017, p. 510).

Para Capez (2010, p. 329) a teoria psicológica-normativa buscava explicação lógica para situações onde o indivíduo imputável dá causa ao resultado, por dolo ou culpa, mas não pode ser punido, como por exemplo no caso de coação moral irresistível. Assim, os requisitos da culpabilidade não eram dolo ou culpa e imputabilidade, mas imputabilidade, dolo e culpa e exigibilidade de conduta diversa. Logo, para ser responsabilizado, ao praticar conduta ilícita o indivíduo além da consciência e vontade de realizar a conduta, deveria saber, que aos olhos da coletividade, aquela conduta era tida como injusta, caso contrário, não poderia ser responsabilizado.

Logo, para essa teoria só seria admitida desobediência ao dever mediante conhecimento da norma, de maneira que só haverá culpabilidade se aquele que praticar a conduta for imputável; se for exigível conduta diversa; houver culpa e tiver consciência de que o ato praticado contraria o ordenamento jurídico.

Para Nucci (2017, p. 264) “a teoria continua ideal para quem siga os passos do causalismo. No entanto, deslocando-se o enfoque para a corrente finalista, deve-se migrar para a teoria normativa pura”.

Nucci leciona que, sob a ótica do finalismo, a conduta “é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposo”. (NUCCI, 2017, p. 264).

Segundo Capez (2010, p. 330), nascida a partir da teoria finalista da ação na década de 30, a teoria normativa pura teve como seus percussores Hartmann e Graf Zu Donha, e Welzel como seu maior defensor, o qual atentou para o fato de que o dolo não deve permanecer dentro do juízo de culpabilidade, deixando a ação humana sem intencionalidade, o finalismo, que é seu elemento característico.

O ilustre doutrinador ainda arremata com a seguinte ilustração de Assis Toledo sobre esse raciocínio:

“O que torna atípico o autoaborto culposo é a falta de dolo na ação praticada. Como o tipo legal é doloso, isto é, contém o dolo, a ação praticada culposamente não se subsume, não confere com a do tipo legal do crime. Ora, se o dolo do delito em exame não estivesse no tipo, teríamos de concluir que, para o tipo de delito de autoaborto, é indiferente que a mulher grávida pratique o fato dolosa ou culposamente”.

Portanto, sob a ótica dessa teoria o dolo e a culpa estão situados na tipicidade e não na culpabilidade, sendo a culpabilidade juízo de reprovação social que incide sobre o autor e o fato típico e antijurídico, sendo necessário que o agente imputável tenha praticado o ato de maneira voluntária, com consciência da ilicitude e com uma finalidade.

A discussão sobre a natureza do erro que recai sobre as causas de justificação, alavancou o surgimento de duas importantes teorias que trataram sobre erro incidente sobre causas de justificação, a teoria estrita ou teoria extremada da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade, ambas derivadas da teoria normativa e semelhantes entre si.

Para a teoria estrita ou extremada da culpabilidade, representada pelos finalistas Welzel e Maurach, e, no Brasil, por Alcides Munhoz Neto e Mayrink da Costa, toda espécie de discriminante putativa, seja por erro de proibição ou por erro de tipo será erro de proibição, evitando, assim, desigualdade em situações semelhantes. (CAPEZ, 2010, p. 331).

Segundo Assis Toledo, para a "teoria extremada da culpabilidade todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição", não importando, aqui, distinguir se o erro em que incorreu o agente incide sobre uma situação de fato, sobre a existência ou mesmo sobre os limites de uma causa de

justificação. Foi a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, como pode se extrair do item 17 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal:

É, todavia, no tratamento do erro que o princípio do *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Ta tbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 2º 1º), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada teoria limitada da culpabilidade. (GRECO, 2014, p. 364).

Assim, se entende que a teoria limitada da culpabilidade, defendida no Brasil por Assis Toledo e Damásio E. de Jesus, se assemelha a teoria estrita, divergindo desta com relação ao tratamento das discriminantes putativas, pois para a teoria limitada da culpabilidade, se o erro que recai sobre uma causa de justificação é erro de tipo, ao passo que o que incide sobre existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição, conforme se deduz do art. 20, §1º, do Código Penal que trata sobre erro de tipo, e do art. 21 do mesmo dispositivo legal que trata sobre o erro de proibição.

Logo, conforme a teoria adotada pelo nosso Código Penal, os elementos da culpabilidade são a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

3.1.4. Imputabilidade

A imputabilidade, um dos elementos da culpabilidade, decorre de imputar, que por sua vez, significa atribuir responsabilidade por isso, quando se fala em imputabilidade no direito penal, que se falar da hipótese em que se pode atribuir responsabilidade penal a alguém, ou seja, aquele que pode ser objeto de uma atribuição, que tem plena capacidade de entender a natureza dos fatos e de se autodeterminar de acordo com esse entendimento.

Para Busato (2017, p. 534):

“A imputabilidade refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido. Para que se possa reprovar uma conduta, é necessário que seja demonstrado que o agente podia compreender, de maneira geral o ato normativo”.

Para melhor compreender a imputabilidade, trazemos a distinção feita por Capez sobre imputabilidade e dolo, onde o dolo é a vontade de praticar determinado ato, enquanto que a imputabilidade é a capacidade de compreender essa vontade. Para o renomado doutrinador a responsabilidade é mais ampla que a imputabilidade,

pois aquela é a aptidão do agente para ser punido por seus atos e exige três requisitos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, assim, o indivíduo pode ser imputável, porém, não ser responsável pelo ilícito praticado caso não tenha possibilidade de conhecimento do injusto ou quando dele for inexigível conduta diversa. (CAPEZ, 2010, p. 333).

A imputabilidade somente será afastada excepcionalmente, o Código Penal traz uma série de hipóteses que a excluem, porém, não define quais sejam os requisitos da culpabilidade, assim sendo, por exclusão, as situações que não se encontrem em nenhuma das hipóteses de exclusão da culpabilidade serão condutas praticadas por pessoa imputável.

São causas legais que excluem a imputabilidade: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Segundo Capez (2010, p. 33) doença mental “é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar à vontade de acordo com esse entendimento”.

O desenvolvimento mental incompleto consiste na ausência de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista que o agente ainda não atingiu sua maturidade intelectual e física, seja por ainda não ter atingido a maioridade, ou porque apresente alguma característica particular como silvícola não civilizado ou surdo-mudo sem a capacidade de comunicação. (NUCCI, 2017, p. 273).

Importante frisar que o desenvolvimento mental completo pode ser atingido com a evolução da idade, ou com o acréscimo das relações sociais, atingindo a plena potencialidade do desenvolvimento mental.

E não obstante o fator do menor de dezoito anos ser considerado inimputável, caso pratique algum ilícito penal, estará sujeito ao procedimento e às medidas socioeducativas previstas na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Diferentemente do desenvolvimento mental incompleto, em que a pessoa não tem a plena capacidade em decorrência da precoce fase da vida e que o agente se encontra ou da falta de conhecimento empírico, no desenvolvimento mental retardado a plena capacidade jamais será atingida, se trata de distúrbios quantitativos, basicamente os de inteligência. (CAPEZ, 2010, p. 334).

O conceito de doença mental é vago, sendo exemplos esquizofrenia, alienação mental, a paranoia, dentre outros. O direito penal não adota o critério biológico puro, mas um critério biopsicológico, onde se avalia o critério biológico e o critério psicológico do agente.

Nas palavras de Busato (2017, p. 538) “aqui o critério é biopsicológico, ou seja, a necessária demonstração de um problema mental que possa afetar a capacidade de compreensão da ilicitude do fato ou a possibilidade de atuar conforme o direito”.

Então, o inimputável por doença mental não é condenado, mas absolvido, o que a doutrina chama de absolvição imprópria, porque o magistrado reconhece a inimputabilidade absolvendo o agente e aplicando medida de segurança, no lugar de pena. O que fundamenta a medida de segurança não é a reprovabilidade da conduta, mas a periculosidade do agente.

A embriaguez accidental é decorrente de caso fortuito ou de força maior. A embriaguez será de caso fortuito quando o agente ignora a natureza tóxica da substância ingerida ou não prevê que em determinada quantidade, a substância ingerida poderá provocar a embriaguez. Em se tratando de força maior, o agente tem ciência do que está acontecendo, mas não pode evitar. Assim, no caso fortuito não se evita o resultado pois este é imprevisível, enquanto que na força maior, mesmo que o resultado seja previsível o resultado é inevitável, em decorrência da força maior. (BITENCOURT, 2012, p. 186).

Conforme previsto no art. 28, §1º, II do Código Penal, o agente somente estará isento de pena, mediante afastamento da culpabilidade, se a embriaguez involuntária for completa, tornando-o incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

3.1.5. Potencial consciência da ilicitude

Para que se recaia o juízo de reprovação sobre o agente é necessário que ele tenha a compreensão que a sua conduta seja ilícita, não há que se falar em uma consciência real, mas potencial. Não se trata de uma compreensão técnico jurídica, basta uma compreensão, como dito pela doutrina, na esfera do profano, ou seja, da compreensão comum do homem médio.

Para Busato (2017, p. 549) “é justamente no reconhecimento de que tinha consciência de atuar contra o direito que reside a própria essência da pretensão de reprovação como juízo de potencial consciência da ilicitude”.

De acordo com as lições de Sanzo Brodt, citado por Greco, conforme teoria finalista do delito, para que ocorra a reprovação penal não há necessidade que a consciência da ilicitude seja atual, bastando a possibilidade de obtê-la, assim, conceitua consciência da ilicitude, como a capacidade de o agente que pratica uma conduta proibida, apreender a ilicitude de seu comportamento. (GRECO, 2014, p. 461).

Segundo Bitencourt:

"Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, vêm naturalmente com o ar que a gente respira". (BITENCOURT, 2012, p. 326-327).

No intuito de evitar a falta de punição, o legislador não considerou a consciência atual da ilicitude como requisito da culpabilidade, não erigiu como um de seus requisitos o não conhecimento do caráter injusto do fato, porém, a possibilidade de que o agente tenha o conhecimento no momento em que pratica a ação ou quando se omite. (CAPEZ, 2010, p. 350).

Nota-se que diferente dos outros elementos, o que vai orientar o magistrado na avaliação da culpabilidade será um elemento objetivo, posto que não basta ao agente simplesmente alegar desconhecimento da ilicitude da conduta praticada, mas que não tinha nenhuma possibilidade de ter esse conhecimento, pois do contrário, se existia a possibilidade de saber sobre a sua ilicitude, o agente será responsabilizado pela prática do ilícito.

Portanto, só será permitida a exclusão da potencial consciência da ilicitude diante de um erro de proibição, que como falado anteriormente é aquela situação em que não há a possibilidade de conhecimento do caráter ilícito da conduta pelo agente, ou seja, o sujeito tem a noção das elementares típicas, sabe o que está fazendo, mas acha que pode fazer, não compreende o caráter ilícito de sua conduta por conta de uma valoração errônea da norma proibitiva.

O erro de proibição se encontra previsto no art. 21 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Nucci (2017, p. 239) conceitua erro de proibição como “o erro incidente sobre a ilicitude do fato. O agente atua sem a consciência de ilicitude, servindo, pois, de excludente de culpabilidade”.

Para o renomado doutrinador, o erro de proibição somente será considerado inescusável, se na época do fato o agente não tinha consciência atual, nem potencial da ilicitude, trazendo como exemplo o caso de um soldado que perdido de seu pelotão, sem saber que a paz foi celebrada, mata um inimigo acreditando ainda estarem em guerra.

Para a teoria causalista, no erro de proibição não há dolo, logo, não há culpabilidade, inexistindo crime. Já para a teoria finalista há dolo, mas não há consciência potencial da ilicitude, logo, não há culpabilidade, inexistindo crime.

Logo, o erro de proibição, quando inevitável, exclui a potencial consciência da ilicitude, excluindo, por sua vez a culpabilidade, impedindo a punição a qualquer título.

3.1.6. Exigibilidade de conduta diversa

Nas palavras de Cape (2010, p. 353) a exigibilidade de conduta “trata-se de causa de exclusão da culpabilidade, fundada no princípio de que só podem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas”.

Muito embora se reconheça que a inevitabilidade não tem o condão de excluir à vontade, que subsiste como força que impulsiona a conduta, seguramente vicia a vontade, de maneira que se torna inaceitável censurar o indivíduo.

Para Greco, o conceito de exigibilidade de conduta diversa abrange tanto a imputabilidade com a consciência sobre a ilicitude do fato, ambas que tem como finalidade afastar a culpabilidade. Entende que, por exemplo, se ao tempo da ação o agente inimputável era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, não se deveria exigir do mesmo uma conduta conforme o direito, tal qual daquele que atua sem possuir necessária consciência da ilicitude. Assim, o renomado doutrinador tem como conceito de exigibilidade de conduta diversa “a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana”. (GRECO, 2014, p. 467).

O art. 22 do nosso Código Penal prevê duas causas que levam a exclusão da exigibilidade da conduta diversa, sendo elas: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

De acordo com a teoria da normalidade das circunstâncias concomitantes, de Frank:

“Para que se possa considerar alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições e circunstâncias normais, pois do contrário não será possível exigir do sujeito conduta diversa da que, efetivamente, acabou praticando”. (CAPEZ, 2010, p. 352).

A coação moral consiste no emprego de grave ameaça para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa, e quando essa coação é irresistível, apesar de existir crime, em decorrência de subsistir resquício de vontade do agente, há exclusão da culpabilidade.

Portanto, uma vez afastada a culpabilidade, o art. 22 do Código Penal admite a punição apenas do autor da coação ou da ordem, posto que o coagido atua apenas como instrumento nas mãos do coator.

Leciona Capez que a obediência hierárquica é a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, viciando a vontade do subordinado, portanto, afastando a exigência da conduta do agente. O ilustre doutrinador aponta que, na obediência hierárquica, para que se configure a causa de exclusão da exigibilidade de conduta diversa se faz necessário presença dos seguintes requisitos: um superior e um subordinado, com uma ordem do primeiro para o segundo; relação de direito público entre ambos; ilegalidade da ordem, porém, aparente legalidade da mesma. (CAPEZ, 210, p. 354-355).

Assim, aquele que cumpre ordens não manifestamente ilegais, não deve ser por elas responsabilizado, pois naquela situação não se poderia exigir outra conduta, a não ser aquela determinada pelo seu superior hierárquico, afastando-se, portanto, dessa maneira, a culpabilidade do agente.

3.1.7. Concurso de pessoas

No Código Penal Brasileiro o concurso de pessoas é tratado no capítulo IV, e apesar de não trazer uma definição do que seria o concurso de pessoas, dispõe em seu art. 29: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Ocorre o concurso quando duas ou mais pessoas se envolvem na prática penal, logo, o concurso de pessoas é a pluralidade subjetiva da infração penal, ou seja, pluralidade de criminosos.

No entanto, impende salientar que o dispositivo supramencionado não se aplica a todo concurso de pessoas, pois haverá crimes que já são por si só coletivos.

Via de regra, o disposto no art. 29 do Código Penal é voltado para os delitos unisubjetivos, ou seja, aqueles que podem ser praticados por uma só pessoa, mas que eventualmente podem ser praticados por duas ou mais pessoas, então, quando duas ou mais pessoas se reúnem para cometer tais infrações, incidirão nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Já para os crimes plurisubjetivos, não há necessidade de regra expressa para os autores, ou coautores, pois sendo um crime de concurso necessário, exige, para sua configuração, a presença de no mínimo duas ou mais pessoas, a depender do tipo penal. (GRECO, 2014, p. 479).

A maioria dos tipos que estão dispostos na Parte Especial do Código Penal estão relacionados a fatos praticáveis por um único agente, porém, o fato punível poderá ser resultado da conduta de um ou de vários agentes, que se unem para a realização de uma empreitada criminosa, cuja cooperação para a prática do fato ilícito pode ocorrer desde a idealização intelectual até a consumação do delito. (BITTENCOURT, 2012, p. 205).

Colhe-se na doutrina de Nucci (2017, p. 339), o seguinte conceito de concurso de pessoas: “Trata-se da cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal. Chama-se, ainda, em sentido lato, coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes, cumplicidade”.

Ainda sobre o tema, dispõe Rogério Greco:

Fala-se em concurso de pessoas, portanto, quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de uma mesma infração penal. Essa colaboração recíproca pode ocorrer tanto nos casos em que são vários os autores, bem como naqueles onde existam autores e partícipes. (GRECO, 2014, p.479)

O concurso de pessoas, pressupõe a existência de requisitos objetivos e subjetivos, os quais são cumulativos, de maneira que ausente um desses requisitos não há que se falar em concurso de pessoas.

Os ilustres doutrinadores Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 207, 208) e Rogério Greco (2014, p. 480) lecionam sobre a existência de 04 requisitos para que reste configurado o concurso de pessoas, sendo eles: a) pluralidade de agentes e

conduta; b) relevância causal de cada conduta; c) liame subjetivo entre os agentes; d) identidade de infração penal.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci (2017 p. 347), acrescentam a existência de fato punível como requisito para o concurso de pessoas.

Requisito indispensável para o concurso de pessoas, a pluralidade de agentes prevê a necessidade de pelo menos duas pessoas para ter concurso de agente, os quais poderão ser coautores ou autor e partícipe.

O concurso de pessoas, não enseja, necessariamente, que todos os participantes da conduta delitiva, contribuam com a ação da mesma forma e nas mesmas condições. A exemplo, enquanto alguns praticam o fato típico, reproduzindo o verbo do núcleo, outros, podem se limitar a instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o(s) executor(es), de maneira que a participação de cada um, será de contribuição para a produção do resultado final, assim, todos respondem pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso de pessoas. (BITTENCOURT, 2012, p. 207, 208).

No que se refere ao momento de realização da contribuição para o delito, Busato (2017, P. 664), preleciona que “o concurso eventual de pessoas é computado desde a *cogitação* até a consumação. Cessada a consumação, o terceiro que auxilia o autor do crime responde por crime diverso”.

O segundo requisito exige que, para efetivação do concurso de pessoas, a colaboração de cada agente tem que ter uma causa, ou seja, tem que haver uma efetividade para a produção do crime, todas as condutas precisam ter uma relevância causal. Sem que haja essa relevância causal, não há de se cogitar que todos tenham contribuído para o crime.

Em relação a relevância causal, Bittencourt (2012, p. 208) elucida que para que um comportamento possa configurar participação se faz necessário que tenha eficácia causal, seja para provocar, facilitar ou pelo menos estimular a prática da conduta principal. O ilustre doutrinador exemplifica ao citar aquele que, querendo participar de um homicídio, empresta arma de fogo ou executor, o qual além de não a utilizar também não se sente estimulado ou encorajado, com tal empréstimo, a executar o delito. Nessas circunstâncias, aquele não pode ser considerado partícipe pelo simples motivo do seu comportamento ter sido irrelevante, posto que sem nenhuma eficácia causal.

Ainda sobre a relevância causal, Greco (2014, p. 480) traz o seguinte exemplo: com o propósito de ceifar a vida de B, ao não encontrar sua arma, A vai até a casa de C e lhe pede o seu revólver emprestado. C, empresta a arma solicitada, não obstante tomar ciência do intento de A. Ocorre que A, ao fazer nova busca, localiza a sua arma, assim, deixa de lado a arma, empréstimo de B, e, agora, com sua própria pistola vai à procura de B e lhe causa a morte. Neste caso, como A já estava decidido a praticar o crime, o simples empréstimo da arma por C foi uma conduta irrelevante, posto que não foi a arma do empréstimo aquela utilizada para a prática delituosa. Logo, muito embora, C tenha querido contribuir, a ausência de relevância de sua conduta fará com que não seja penalmente responsabilizado pelo resultado.

O terceiro requisito para a configuração do concurso de pessoas está relacionado ao vínculo psicológico entre os participantes, os quais precisam ter consciência de que participam de uma obra comum, ainda que não haja um ajuste prévio entre os mesmos.

O liame subjetivo significa que “o partícipe deve ter ciência de estar colaborando para o resultado criminoso visado pelo outro. Segundo a melhor doutrina, é desnecessário o prévio ajuste, entre as partes, bastando a unidade de desígnios”. (GONÇALVES, 2019, p. 116).

A ausência do liame subjetivo entre os agentes deturpa o concurso eventual de pessoas, de forma que as condutas por estas praticadas passam a ser condutas isoladas e autônomas. A criação do concurso de pessoas, sujeitando os participantes à responsabilidade penal decorrente do resultado da ação, somente será possível mediante ação voluntária, objetiva e subjetiva, à atividade criminosa de outrem, objetivando a realização do fim comum. (BITENCOURT, 2012, p. 207).

Um clássico exemplo doutrinário seria o caso de uma empregada, que desejando se vingar de seus patrões, deixa a porta propositalmente aberta, para que entre o ladrão. Este, por sua vez, ao perceber que alguém permitiu a sua entrada, aproveita a oportunidade e pratica o furto. Tanto a empregada como o ladrão são colaboradores, pois muito embora sequer se conheçam, suas vontades se ligaram, pretendendo o mesmo resultado. (NUCCI, 2017, p. 347).

Não obstante a existência do liame subjetivo, se faz mister que os desígnios dos participantes estejam direcionados à mesma infração penal. É o que a doutrina chama de identidade da infração penal.

Neste sentido, preleciona Greco (2014, p. 481):

Seus esforços devem convergir ao cometimento de determinada e escolhida infração penal. Em síntese, somente quando duas ou mais pessoas, unidas pelo liame subjetivo, levarem a efeito condutas relevantes dirigidas ao cometimento de uma mesma infração penal é que poderemos falar em concurso de pessoas.

Para que a atribuição do resultado recaia sobre todos os participantes, as condutas destes têm que convergir a um mesmo objetivo típico, tem que consistir em algo juridicamente unitário. Todos respondem por um único tipo penal ou não será reconhecida a participação ou o concurso na atividade criminosa. (BITTENCOURT, 2012, p. 207).

Por fim, a existência de fato punível, é trazido por alguns doutrinadores como sendo um quinto requisito para que reste a configuração do concurso de pessoas.

Nucci (2017, p.346) leciona que “se o crime não é, mas punível, por atipicidade reconhecida, por exemplo, para um dos coautores, é lógico que abrange todos eles”.

Impende salientar, que por força do disposto no art. 30 do Código penal as circunstâncias pessoais dos participantes não se comunicam, exceto se integrarem a própria descrição do crime.

Por sua vez, as circunstâncias materiais e objetivas são transmitidas a todos os participantes da conduta, não tendo como coibir essa comunicabilidade, uma vez que pertencem ao fato para o qual colaboraram todos os partícipes. (BUSATO, 2017, p. 667).

Ao citar Fragoso, Busato ainda aponta como circunstâncias objetivas aquelas referidas “aos meios de execução, à condição ou qualidade da vítima, ao tempo, lugar e ocasião do crime, bem como a natureza do objeto material”. (Fragoso, 1995, 9. 260-161 *apud* Busato, 2017, p. 667).

Greco (2014, p. 481) destaca três teorias, que surgiram com a finalidade de distinguir e apontar a infração penal cometida pelos autores e partícipes, quais sejam: a) teoria pluralista; b) teoria dualista; e) teoria monista.

Nas palavras do referido autor: “para a teoria pluralista, haveria tantas infrações penais quantos fossem o número de autores e partícipes”. (GRECO, p. 281).

Para Bitencourt “a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. À pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso”. (BITTENCOURT, 2012, p. 424).

Para a teoria pluralista, no caso de pluralidade de agentes, com condutas diversas, ainda que das condutas se produza um único resultado, cada indivíduo responderá por um único delito, é o que se chama delito de concurso. (NUCCI, 2017, p. 339).

Nucci (2017, p. 339 e 340) ainda enfatiza, que de maneira excepcional, o Código Penal Brasileiro adotou a referida teoria ao tipificar a conduta de aborto, pois aquela que permite que se pratique em si mesma o aborto responde como incurso no art. 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador, em lugar de ser coautor dessa infração, responderá como incurso no art. 126 do mesmo diploma legal. O que também ocorre no contexto de corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP) e da bigamia (art. 235, *caput* e §1º, CP).

A teoria dualista faz distinção entre o crime praticado pelos autores e aquele cometido pelos partícipes, havendo uma infração penal para os autores e outra para os partícipes, como se cada autor ou partícipe houvesse praticado a sua própria infração penal, a despeito da sua colaboração com os demais participantes. Por esta teoria, se alguém induza outras duas pessoas a praticar um furto, haveria três infrações penais diferentes. Uma para cada um dos participantes, ou seja, uma para o partícipe e outra para os coautores. (GRECO 2014, p. 481 e 482).

Essa teoria teve como defensor Manzini, argumentando que “se a participação pode ser principal e acessória, primária e secundária, deverá haver um crime único para os autores e outro crime único para os chamados cúmplices *stricto sensu*”. (FERRAZ, 1976, p. 30 *apud* GRECO, 2014, p. 482).

A teoria unitária, também chamada de monista ou monística, é a teoria adotada como regra no Código Penal Brasileiro. Para esta teoria havendo pluralidades de agentes, ainda que com condutas diversas, mas que provoquem um único resultado, haverá, portanto, um único delito, logo, todos que contribuíram para o resultado da infração penal, cometem idêntico crime. (NUCCI, 2017, p. 339).

Não obstante praticado por diversas pessoas, o crime permanece único e indivisível. Citando Esther de Figueiredo, Greco esclarece:

O delito cometido graças ao concurso de várias pessoas não se fraciona em uma série de crimes distintos. Ao contrário, conserva-se íntegro, indiviso, mantendo sua unidade jurídica à custa da convergência objetiva e subjetiva das ações dos múltiplos participantes. (FERRAZ, 1976, p. 30 *apud* GRECO, 2017, p. 482)

Impede destacar contribuição ao tema do ilustre doutrinador Cezar Bitencourt: "os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação". (BITENCOURT, 2004, p. 425 *apud* GRECO, 2017, p. 482).

Por estas razões, salienta Luiz Regis Prado, que o Código Penal adotou a teoria unitária ou monista de forma "matizada ou temperada". (GRECO, 2017, p. 482).

3.2. Teorias da ação

Como destacado por Bitencourt (2019, pg. 298), assim como em outros países, o Código Penal Brasileiro não traz uma definição de ação ou omissão. Muito embora a partir da obra de Luden, em 1840, já se falava em ação antijurídica e culpável, sem, contudo, diferenciar uma da outra, apenas em 1867, com a definição de Ihering, se reconhece a antijuridicidade, no direito civil, como um elemento objetivo, cujo conceito foi transplantado para o direito penal por Von Liszt em 1881.

Existem três principais teorias da ação delitiva: a teoria naturalista-causal da ação, a teoria finalista da ação e a teoria social da ação.

3.2.1 Teoria causal naturalística da ação

A teoria causal naturalística da ação, cujo conceito foi elaborado por Von Liszt no final do século XIX e mais detidamente aprofundado por Radbruch, consiste em uma modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, produzida voluntariamente por uma ação ou omissão.

O mestre Rogério Sanches Cunha, destaca:

A teoria causal da ação faz parte de um panorama científico marcado pelos ideais positivistas que, no âmbito científico, representavam a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito). (Sanches, 2016, p. 178).

Para os defensores dessa teoria, não existe diferença entre um determinado fato do mesmo tipo doloso ou culposos, pois ambos têm o mesmo resultado, exemplo de homicídio culposos e doloso. Esta teoria despreza o animus do agente, ou seja, a sua vontade, ou também chamado de conteúdo finalista, não é levada em consideração, tornando os dois institutos um só (ROCHA, 2015).

É uma teoria que trabalha com a noção de comportamento humano que modifica o mundo exterior, sem o estudo da finalidade, onde o dolo e a culpa estão no último cerne do crime, ou seja, na culpabilidade.

Sobre o conceito da teoria causal, com a maestria de sempre, destaca Bitencourt (2019, p. 300):

Com efeito, o conceito causal de ação fracionava a ação, como sustentava Welzel, dividindo-a no processo causal “externo”, objetivo — ação e resultado —, de um lado, e no conteúdo da vontade, processo “interno”, subjetivo, de outro lado, para melhor satisfazer a separação exigida pela dogmática entre antijuridicidade e culpabilidade.

Para Von Liszt (1995, p. 285 *apud* Bitencourt, 2019, p. 299), “a volição que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. Pode-se defini-la fisiologicamente como a inervação, e pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas”.

Bitencourt citando Mezger, afirma que “para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente. O que quis (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem importância no problema da culpabilidade”. (BITENCOURT, 2019, p. 299).

Neste diapasão, segundo o fundador do naturalismo, a “atividade” é a manifestação do movimento corporal interno em mudanças externas. Isto, por sua vez, é algo que pode ser visto pelos sentidos e é feito pela vontade humana; é um ato de livre-arbítrio que não serve para nenhuma utilidade prática.

Logo é possível compreender que a ação é o movimento corporal voluntário capaz de modificar o mundo exterior, onde a manifestação de vontade, o resultado e a relação de causalidade integram o conceito de ação, deslocando-se o teor da vontade para culpabilidade, esta última tendo como elementos o dolo e a culpa.

Sob a visão causal, é concebível a existência da conduta, e como consequência o fato típico, ainda que ausentes o dolo ou a culpa, posto que, como citado anteriormente, a análise destes ocorrerá no momento da análise da culpabilidade.

Para a teoria causalista o crime não é algo que qualquer pessoa considera mal e danoso, pois crime é o que o legislador diz o ser, está desvinculado de elementos externos à lei, o que confere poderes extremos ao legislador. Essa teoria vigorou até meados do século XX, quando começou a perder espaço. (CAPEZ, 2011 p. 38).

O conceito causal da ação em relação ao crime culposos passou a sofrer dificuldades, principalmente a partir do entendimento que o fato decisivo do injusto no crime culposos, é o desvalor da ação. (BITENCOURT, 2019, p. 299).

Como bem expôs Rogério Greco, (2014, p. 156):

A concepção clássica recebeu inúmeras críticas no que diz respeito ao conceito de ação por ela proposto, puramente natural, uma vez que, embora conseguisse explicar a ação em sentido estrito, não conseguia solucionar o problema da omissão.

As críticas enfrentadas pela teoria causal, possibilitou, posteriormente, que o conceito de conduta sofresse mudança importante.

3.2.2. Teoria finalista da ação

A teoria finalista foi adotada em objeção ao conceito causal da ação, com mudança significativa da análise da conduta e dos outros elementos do crime. É a teoria atualmente adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a qual o dolo deixa de ser normativo e passa a ser um dolo natural, direcionando-o para o elemento da conduta humana juntamente com a culpa, que está inserido na tipicidade. Para esta teoria é levado em conta a finalidade do agente, que pode responder pelo crime de forma dolosa ou culposa.

Citando Francisco de Assis Toledo, Capez traz a seguinte comparação entre a teoria causalista e a finalista:

Assim é que o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis consequências de sua conduta, bem como (e por isso mesmo) estabelecer diferentes fins (= propor determinados objetivos) e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins e objetivos [...]. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito clássico causal de ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada, em sentido inverso, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo fim antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida. (CAPEZ, 2010, p. 147).

A teoria da ação desenvolvida por Samuel Von Pufendorf, foi fundamental para que o Welzel criasse a doutrina da ação final, destacando ponto importante, qual seja, à vontade humana, pois, a finalidade do agente está vinculada aos atos praticados, não importando os atos que forem praticados sem uma finalidade específica, sem dolo ou sem culpa. O elemento subjetivo do tipo, o dolo natural, é uma das principais descobertas desta teoria, pois abarca a consciência da ilicitude. Para

esta teoria, a conduta será analisada sob o prisma do dolo ou da culpa, estes passando pelo crivo da tipicidade.

Nas palavras de Delmanto (2010 *apud* Bitencourt, 2014, p. 111) Welzel reconhece que a teoria da ação desenvolvida por Pufendorf foi essencial para elaboração da doutrina finalista da ação, cujas raízes remetem a Atistóteles. Para Pufendorf apenas era considerado como ação humana aquela movida pelo intelecto e pela vontade do indivíduo.

Logo, para esta teoria, a conduta humana se concretiza para um fim almejado, analisando juntamente com a análise da tipicidade ou não da conduta, se o agente possuía ou não a intenção de obter o resultado delituoso.

Para Rogério Sanches a finalidade do agente é o que diferencia a teoria finalista das demais teorias que a antecederam, a conduta é vista como comportamento humano volitivo e com uma finalidade, transformando a ação em um ato de vontade com conteúdo, superando a 'cegueira' da teoria causal. (2016, p. 182).

Bitencourt (2014, p. 111) argumenta que a direção final da ação ocorre em duas fases. A primeira fase, que é subjetiva, ocorrendo na esfera intelectual, se dá com o objetivo pretendido do agente; seleção dos meios de execução; e consequências da relação meio/fim. Por sua vez, a segunda fase, que é objetiva, ou seja, ocorre no mundo real, com a execução da ação real, quando a agente põe em movimento o processo causal, com a finalidade de alcançar o objetivo pretendido. Então, se por qualquer motivo o agente não conseguir atingir o objetivo almejado, seja por não conseguir o domínio final ou por não produzir o resultado, a ação será apenas tentada. Irão ficar de fora da vontade de realização, as consequências que o agente prevê como possíveis, mas que espera sinceramente que não se produzam.

Assim como as outras teorias, a finalista também sofreu críticas, dentre as quais a principal com relação aos crimes culposos, em que o resultado é produzido de maneira unicamente causal, ou seja, não é abrangido pela vontade do agente.

As referidas críticas fizeram com que Welzel reexaminasse sua concepção de culpa, por meio do critério da finalidade potencial. Ele passou a defender a ideia de que em se tratando de delitos culposos, haveria uma causa evitável pela teoria finalista. Esta ideia foi alvo de críticas de Mezger Niese e Muñoz, que afirmavam que a constatação do evitável por meio de uma atividade finalista, implicaria em juízo de culpabilidade, o que forçou Welzel a abandonar o critério da finalidade potencial e reorganizar sua concepção, passando a admitir a existência de uma ação finalista real

nos crimes culposos, cujos fins seriam irrelevantes para o direito penal. Desta feita, passou a argumentar que o conteúdo decisivo do injusto nos delitos culposos, recai na divergência entre a ação realmente almejada e aquela que deveria ter sido concretizada em decorrência do cuidado necessário. (BITENCOURT, 2014, p. 111).

Desde que as disposições gerais do Código Penal foram revistas, a malícia e a culpa passaram da culpabilidade para a tipicidade. A ciência ou não ciência do infrator da ilegalidade de suas ações é um fator-chave para determinar a culpa. Em outras palavras, se uma pessoa pula na frente de um carro em movimento e é morta, o motorista não será considerado responsável, pois a culpa foi da vítima, não do motorista, e o evento foi fora do comum. Para enfocar o contexto social do comportamento humano, a teoria social da ação só incluiria atos de livre arbítrio que tivessem consequências no mundo real para a sociedade. Assim, o comportamento humano relevante é o único capaz da estrutura habitual de acordo com esta teoria.

Bitencourt (2014) enumera as seguintes que considera as principais consequências advindas da teoria finalística:

a) a inclusão do dolo (sem a consciência da ilicitude) e da culpa nos tipos de injustos (doloso ou culposos); b) o conceito pessoal de injusto — leva em consideração os elementos pessoais (relativos ao autor): o desvalor pessoal da ação do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (desvalor doloso; tipo de injusto doloso) ou pela culpa (desvalor culposos; tipo de injusto culposos). E ao desvalor da ação corresponde um desvalor do resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado; c) a culpabilidade puramente normativa.

3.2.3. Teoria social da ação

Para esta teoria, a reprovabilidade social integra o conceito de conduta, esta, por sua vez, é o comportamento volitivo humano direcionado a um fim socialmente reprovável.

Os defensores da teoria social, reforçam seu valor no condão que teria de adequar realidade jurídica à social, haja visto que se a sociedade é indiferente a determinado fato típico, e se o resultado da conduta não tem relevância social, logo, o mesmo não pode ser considerado típico penal.

Ao tratar sobre o surgimento da teoria social da ação Bitencourt leciona que o seu surgimento se deu como uma via intermediária, por considerar que a direção da ação deveria ser questionada de maneira genérica, posto que sua direção não finda na causalidade e na determinação individual. Esta teoria não visa excluir os conceitos causal e finalístico da ação, mas conciliar a pura consideração ontológica e normativa. (BITENCOURT, 2014, p. 112).

Apesar de estar "integrado no paradigma jurídico", Prado (1999, p.83) argumenta que "se um comportamento é socialmente adequado ou reconhecido, ou seja, se está em harmonia com a ordem social da vida historicamente vista", ele não será considerado "típico". A premissa faz sentido e parece ser suficientemente forte para descartar a perspectiva de penalizar um profissional que apenas ajuda a um crime. Todas as ocupações são aceitáveis na sociedade porque proporcionam uma função necessária. No entanto, este critério é insuficiente por si só, pois permitiria a qualquer criminoso evitar a punição, alegando que estava trabalhando.

Dentro da teoria social o conceito de ação foi sendo reelaborado à medida que outros autores aderiam a esta teoria, contribuindo para a reelaboração do conceito primitivo definido por Schmidt no sentido de que a ação era uma conduta arbitrária para o mundo social externo. Entre as contribuições destaca-se a de Engisch, segundo o qual a ação seria a causa voluntária de consequências calculáveis e socialmente relevantes, e a visão de Maihofer para quem ação seria todo comportamento objetivamente dominável dirigido a um resultado objetivamente previsível, sendo a partir do conceito de Maihofer que a teoria social passou a ter visível distanciamento do naturalismo. (BITENCOURT, 2014, p.112).

Porém, o fechamento final do conceito contou com as contribuições de Maurach, Jescheck e Wessels. Jescheck considera a finalidade segundo a vontade do autor, enquanto Wessels, integra na definição de ação a meta subjetivamente desejada pelo autor, incluindo no conceito final de ação elementos finais sociais.

3.3. Ações neutras

Em regra, as chamadas "ações neutras" surgem em cenários de atuação profissional, cotidiana ou habitual, onde o autor dessas ações realiza comportamentos típicos de sua profissão, no entanto, tais comportamentos, configuram contribuição à ação delitiva de outrem.

Luís Greco (2004, p. 110) define ações neutras como sendo "aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais. Ou seja, seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis".

Citando Landa Gorostiza, Geraldo Prado traz seguinte colaboração sobre a elaboração da ação neutra:

A doutrina penal e a jurisprudência alemãs elaboraram o critério da "ação neutra", na sequência do desenvolvimento da problemática da imputação

objetiva, com a finalidade de conter o processo de incriminação das condutas cotidianas que bem poderiam partilhar do propósito delituoso do agente principal (autor) ou não. No caso das “ações neutras”, a impossibilidade concreta de aferir o fim de colaboração no delito alheio resulta na não punição desses comportamentos. (PRADO, 2015).

No âmbito da concorrência de agentes, atos neutros buscam o comportamento de um agente específico, seja no contexto profissional, típico, cotidiano ou habitual do agente. Há uma aparência de ilegalidade nestes comportamentos, apesar de sua aparente legalidade, por permitirem superveniência de um efeito adverso.

As ações neutras situam na seara do concurso de agentes, buscando limitar situações em que na ação delituosa, muito embora haja contribuição de determinado agente à conduta praticada por um terceiro, esta conduta se resume a algo intrínseco de determinada profissão ou costume. Trabalha-se com as ideias de ações laborais ou cotidianas, bem como negócios usuais da vida cotidiana. Tratam de ações ambíguas pois ao mesmo tempo em que podem parecer lícitas, por se tratar de algo corriqueiro, também têm aparência de ilicitude, por facilitar ou possibilitar superveniência de resultado da ação delituosa. (MACEDO, 2020, p. 19)

A partir da análise das ações neutras, uma imputação objetiva não pode ser aplicada a uma determinada contribuição, se não gera ou aumenta o perigo para o bem legítimo. Portanto, são estabelecidos padrões que permitam a avaliação deste aumento de risco.

Vinícius de Melo Lima, leciona que as ações neutras são comportamentos que apesar de não serem manifestamente puníveis contribuem de forma mediata ou imediata para a realização do ilícito penal, dentro do contexto de concurso de pessoas. (LIMA, 2014, p. 31).

Como exemplo de um tipo de ação neutra a avaliação da conduta de empregados de instituições financeiras e possível colaboração nos crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Essas condutas, a exemplo de um empregado de instituição financeira, podem configurar em uma colaboração eficaz para a realização da conduta delituosa, no entanto, como bem asseverado por Blanco Cordero (2001, 188 *apud* PIRES, 2016) “o problema fundamental reside na fixação dos contornos da tipicidade da participação”.

Para Macedo (2020, p. 2) “o problema sobre o qual tem se debruçado a dogmática do Direito Penal é o estabelecimento de critérios que permitam distinguir

os casos de participação de outros em que a imputação do tipo PENAL resultaria abusiva”.

Sobre o tema, ele traz como exemplo bastante clássico à atuação remunerada do advogado e sua possível tipificação no crime de lavagem de dinheiro. A exemplo do casuístico que patrocina a causa de um cliente acusado do crime de peculato e é sabedor que o dinheiro dos seus honorários é oriundo do crime que seu cliente é acusado. (MACEDO 2020, p. 2).

Neste caso, se questiona se o advogado poderia ser enquadrado como coautor do crime de lavagem de dinheiro, ou se sua uma ação neutra, seria indissociável do seu ofício, por se tratar de um comportamento rotineiro, que integra relações negociais e cotidianas e que, a princípio, seriam manifestamente impuníveis.

O problema em separar as condutas daquelas que de fato consistem em participação tem sido fruto de debates não apenas na doutrina, mas também na jurisprudência.

Algumas teorias visam estabelecer um limite entre ação neutra e a cumplicidade punível, as quais são organizadas em blocos e variam conforme o autor. O primeiro bloco adota critérios objetivos, ligados a fatores com princípios gerais do direito, como: adequação social, insignificância, confiança e proibição de regresso. Já o segundo bloco adota critérios subjetivos; enquanto que o terceiro bloco é formado por critérios mistos, uma mistura de superação do risco permitido pelo exercício da profissão, somado a ciência do indivíduo sobre o proceder do autor da conduta delituosa.

3.3.1. Ações neutras – Teorias Objetivas

Pode-se até dizer que as concepções objetivas de comportamentos neutros são a norma. Em outras palavras, os teóricos desta teoria defendem que uma imputação objetiva não pode ser aplicada a uma determinada contribuição, pois não gera ou aumenta o perigo para o bem legítimo. Seus adeptos querem estabelecer padrões que permitam a avaliação deste aumento de risco.

Esta quebra de papel seria significada pelo objetivo do participante de se enquadrar no ambiente delinquente, e seria seguida pelo envolvimento do participante em um ato criminoso. É especificada uma unidade objetiva (o delito) que se torna não apenas do autor, mas também do participante através da integração do plano delinquente e da modelagem do comportamento acessório a este contexto. O

comportamento do conspirador seria ilegal, pois violaria as normas profissionais, a fim de se adequar ao esquema original de comportamento normal do autor.

As teorias objetivas, possuem caráter objetivo, e têm asserção na avaliação da ação praticada pelo partícipe sob a ótica dos princípios gerais do direito penal, especialmente da adequação social, insignificância e confiança.

A adequação social foi inicialmente proposta por Hans Welzel, o desenvolvedor da teoria finalista da ação. Apesar de estar "integrado no paradigma jurídico", Prado (1999, p.83) argumenta que "se um comportamento é socialmente adequado ou reconhecido, ou seja, se está em harmonia com a ordem social da vida historicamente vista", ele não será considerado "típico".

A premissa faz sentido e parece ser suficientemente forte para descartar a perspectiva de penalizar um profissional que apenas ajuda a um crime. Todas as ocupações são aceitáveis na sociedade porque proporcionam uma função necessária. No entanto, este critério é insuficiente por si só, pois permitiria a qualquer criminoso evitar a punição, alegando que estava trabalhando.

Considere o motorista de táxi, associado ao tráfico de drogas, que conscientemente transportou uma grande quantidade de drogas do distribuidor até o consumidor final. A falta de censura criminal à ação do transportador, por ter ocorrido no exercício de sua profissão, torna a conduta socialmente permissível, com ausência de reprovabilidade penal de sua conduta.

Para evitar a distorção da adequação social, seria necessário incluir fatores como o mau uso do direito e a observância dos limites regulamentares da profissão. A crítica da adequação social como uma instituição volátil que se esforça para legitimar algo que não é permitido pelo tipo, também estaria presente neste contexto e proporcionaria ainda outra barreira. Portanto, a adequação social é o objetivo, não os meios, pois é preciso tomar um certo rumo para verificar se o comportamento atende ou não aos padrões de aceitabilidade estabelecidos pela sociedade envolvente.

Possivelmente com origem no direito Romano, e fundado no brocardo *minimis non curat pretor* (o pretor não cuida do que é mínimo), o princípio da insignificância teve sua reinserção no direito penal, pelo alemão Claus Roxin, em 1964, na obra "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal".

Na referida obra, o ilustre doutrinador, formula o princípio da insignificância como um princípio de validade geral para a determinação do injusto, possibilitando na

grande parte dos tipos penais a exclusão de ofensas de pouca relevância ao bem jurídico tutelado, como uma interpretação restritiva do direito penal, se contrapondo às teorias vigentes que defendiam rígida interpretação da lei.

Em sua tese, Roxin defendeu uma interpretação dos tipos penais não com o foco em uma maior abrangência possível, mas com foco na restrição aplicando o direito penal apenas aos casos em que fosse efetivamente necessário a proteção do bem jurídico (ROXIN, 2000, p.46-47).

Argumentou ainda, que a interpretação extensiva dos tipos pelos tribunais, no intuito de garantir uma proteção tão abrangente e sem lacunas, elevou o número de criminalidades em alguns delitos, razão pela qual, para uma interpretação restritiva, realizando a função da Magna Carta e natureza fragmentária do direito penal, mantendo íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico, seriam necessários princípios regulativos no intuito de auxiliarem a interpretação, restringindo formulações literais que abranjam comportamentos socialmente suportáveis. (ROXIN, 2000, p.46-47).

Segundo Roxin, nesse contexto que pertence o princípio da insignificância, cuja aplicação possibilita excluir de imediato lesões de bagatela na maior parte dos tipos, a exemplo: maus-tratos não é qualquer lesão, mas uma lesão grave ao bem-estar corporal; no mesmo sentido, de que somente seria libidinoso, no âmbito do código penal, uma ação sexual de alguma relevância. (IDEM, 2000, p.46-47).

Assis Toledo (1991, p. 133) invoca o princípio da insignificância para excluir a tipicidade da conduta, argumentando que embora o comportamento fosse formalmente típico, porque pertencia ao tipo penal em teoria, não existia tipicidade tendo em vista inexistência de lesão ao bem jurídico. O princípio da insignificância faz com que o direito penal, dada sua fragmentariedade só alcançará o que for necessário para proteger o bem jurídico, não devendo se preocupar com questões insignificantes.

Citando Tavares Lobato, Macedo (2020, p.7) enuncia que Stefan Rogat defende que:

[...]o conceito de insignificância deve relacionar-se com o critério quantitativo do aumento do risco que a prestação da cúmplice causa na realização do fato principal, pois o risco não pode apenas ser qualificado, mas também quantificado. (...). Para tanto, torna-se necessário verificar todas as circunstâncias do caso concreto, principalmente as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição do auxílio para o fato principal.

Tavares (2004, p.117) critica a ideia de Rogat, considerando-a de certo modo contraditória, ainda que seja uma proposta interessante. Sua crítica se dá pela

ausência de fundamentação convincente quando conclui que apenas serão insignificantes as condutas de auxílio que facilitam o resultado ou assegurem o êxito do fato típico, excluindo da insignificância as contribuições que viabilizam o resultado criminoso, e as que o intensifiquem. No entender de Tavares não há diferença entre termos de tipo objetivo, pois quem facilita também intensifica as chances de obtenção de resultado típico, portanto, ambas as condutas crescem o risco proibido.

Ser o intérprete capaz de dizer a diferença entre o que facilita e o que permite um resultado típico parece um jogo semântico, e esta flexibilidade conceitual surge mais uma vez como uma limitação dos critérios sugeridos. Outro problema com o conceito de irrelevância é que ele "não pode ser aplicado a circunstâncias nas quais, por exemplo, em que a relevância do bem jurídico é evidente como no caso de comportamento deliberado contra a vida", como diz o Rassi (2012, p. 35).

Pode-se acrescentar a esta crítica dizendo que seria impossível separar o comportamento acessório a fim de examinar sua insignificância se houvesse apenas uma ofensa. O valor da ação e o resultado devem ser considerados antes que uma decisão possa ser tomada a este respeito. No plano ontológico, o efeito das ações do conspirador é equivalente ao do comportamento ordinário.

Outro vetor é o princípio da confiança, o qual, como afirmado por Tavares Lobato (2014, p. 11), foi utilizado por alguns juristas como critério para medir o risco admissível e o transbordamento. Esta regra formalizaria a ideia de proibição de retorno, o que, em poucas palavras, implica em cortar o nexo causal para eliminar a culpabilidade por cumplicidade em ações ilícitas deliberadas e evitar a responsabilidade *ad infinitum*. Complementa ainda relatando o autor, que a tese relatada é a de que os perigos que não podem ser evitados relativos a determinadas condutas delitivas são assumidos ou suportados em virtude das vantagens individuais e sociais. Pois se assim não fosse, para impedir que outros cometam crimes, seria preciso renunciar aos benefícios da vida contemporânea.

Se a contribuição for vista como simpática e tendenciosa em relação ao fato criminoso, o perigo objetivo é imediatamente aumentado. Entretanto, no que diz respeito à solidariedade, estas condições parecem pesar no exame da relação subjetiva. Então, determinar o quanto alguém é malicioso seria a chave, em vez de apelar para a noção de confiança.

Para Estelita (2017, p. 151 *apud* Macedo 2020, p. 9) o princípio da confiança pode ser invocado quando:

[...]há uma pluralidade de intervenientes em um curso causal danoso, que atua em cooperação. Os clássicos desta constelação são os das regras de trânsito e os das intervenções cirúrgicas desenvolvidas em equipe. Sua alocação dogmática se faz, majoritariamente, no âmbito da consideração da necessidade de criação de um risco não permitido no âmbito do tipo objetivo, e seus limites comumente reconhecidos são: a) não pode haver confiança se a outra pessoa não tem capacidade para ser responsável ou está dispensada de sua responsabilidade; b) não está permitida a confiança se a missão de um dos intervenientes consiste precisamente em compensar os erros eventualmente praticados por outrem (que pode ser o caso do compliance officer, a depender de suas atribuições concretas); c) o princípio da confiança cessa quando concorre a conduta que defrauda as expectativas, e o primariamente competente tem de retomar as tarefas atribuídas, como sucederia quando o copiloto de um avião está embriagado e o piloto tem de retomar as atividades delegadas, no ilustrativo exemplo de Jakobs, ou quando o delegante percebe a incapacidade do delegado para cumprir as tarefas delegadas.

A noção de confiança perde sua eficácia como critério que distingue o comportamento criminoso do impune quando o criador da atividade ostensivamente neutra colabora com o autor do comportamento habitual e o faz intencionalmente. As ações de uma pessoa não são mais presumidas como legais se ela tiver informações de que outra pessoa está fazendo ou irá se comportar de forma criminosa. O que isto significa é que uma pessoa não pode alegar uma crença razoável na legalidade de uma ação que ela sabia estar errada.

A confiança é fundada na esperança e não na certeza. Além disso, o conceito de restrição de retorno foi concebido como um meio de absolver a pessoa que apresentou conduta irresponsável antes do seguinte ato deliberado de culpabilidade. Seria inútil punir a primeira por causa da severidade da segunda. Como resultado, este critério não pode ser usado para diferenciar entre atividades neutras, já que estes comportamentos nunca são acidentais.

A teoria da proibição de regresso, que influenciou outras teorias, dispõe que diante de uma ação dolosa praticada por terceiro autorresponsável, intervenção culposa não deveria ser responsabilizada, pois a ação daquele terceiro teria o condão de interromper o nexo de causalidade face o indivíduo interventor, inaugurando uma nova cadeia causal própria.

Sobre esta teoria Brener citando Naucke (2021, p.36), esclarece que “como exceção à teoria da equivalência, proíbe-se que se recorra às condições previas ao ato doloso do agente, considerando que o primeiro atuante não causa o resultado produzido pelo terceiro”.

Jakobs desenvolveu a teoria da proibição do regresso como limite de contribuição no crime, ocupando o primeiro nível da imputação objetiva. Tinha uma frase sua que limitava a responsabilidade criminal desde o início: "Nem tudo é da conta de ninguém". Com esta asserção, Jakobs pretende enquadrar sistematicamente a teoria da participação na imputação objetiva, apresentando a teoria da participação como o oposto da participação punível. Para ele, a proibição de regresso está relacionada a casos em que um comportamento que favoreceu a prática delituosa pode ser distanciado dele, pois o indivíduo que praticou a atividade que facilitou o comportamento delituoso não tem por algo comum o delito praticado. Ou seja, se o indivíduo teve um comportamento socialmente adequado, não deve responder pela nocividade que um terceiro dá a um acontecimento. (CALLEGARI, 2021).

Alguns argumentos de política criminal que dariam subsídio a importância da proibição do regresso são elencados por Wolfgang Naucke. Primeira cita que o referido princípio possibilitaria a aplicação da lei penal limitando as ameaças de investigações impostas pelo Estado. Na seara da culpabilidade, como comportamentos meramente imprudentes estariam deslocados para os extremos da responsabilidade, a punibilidade exigiria uma acentuada necessidade, o que excluiria a maior parte dos casos, carecendo de um fim de prevenção geral, face ao distanciamento do primeiro indivíduo e os fatos praticados de maneira dolosa pelo terceiro. (NACKE, 1998, p. 42-43 *apud* BRENER, 2021, p.35-36).

Esta quebra de papel seria significada pelo objetivo do participante de se enquadrar no ambiente delinquente, e seria seguida pelo envolvimento do participante em um ato criminoso. O papel social é uma manifestação polissêmica, às vezes infundida por um sentido normativo, às vezes sociológico, e esta teoria é criticada por não dar conta disso.

Trata-se de teoria que sofreu elevadas críticas, tendo seus fundamentos sido considerados por Claus Roxin, totalmente obsoletos e incompatíveis com a teoria da equivalência das condições.

Ainda com relação as teorias que tentam atacar a problemática das ações neutras com base em critérios objetivos, há que se falar na teoria dos papéis desenvolvida por Jakobs, que encontrou guarida não apenas em sua escola, mas também entre outros autores, até mesmo fora da Alemanha.

Jakobs insere a problemática das ações neutras na teoria da imputação ao tipo objetivo. Segundo este, o direito penal vigora não para proteger bens jurídicos,

mas para proteção da vigência de normas tidas como fundamentais para a sociedade, de maneira que a finalidade do direito penal se assegura pela chamada identidade normativa da sociedade. (GRECO, 2004, p. 33).

Para Jakobs (1989, p. 2 *apud* Greco 2004, p. 35):

Traduzindo em categorias dogmáticas: o tipo objetivo realiza-se somente quando há uma violação de um papel. E, como vimos, os papéis constituem-se no contexto de uma interação. João da Silva, representa o papel de pai. O entrar em seu carro em direção ao local de trabalho, o papel representado será o de motorista. Ao chegarem seu escritório e tender aos telefonemas, o de secretário. O fundamental é que cada qual destes papéis é constituído de modo objetivo, com independência daquilo que pense ou saiba ou deseje João da Silva. Incumbe à sociedade, e não aos indivíduos, constituir os diversos papéis; esta constituição é algo objetivo, porque as interações são algo objetivo, que ocorrem pouco importando ou mesmo a despeito, do que se passa no foro interno, no plano subjetivo de cada cidadão.

Assim, o inverso também é verdadeiro, pois onde não há violação de papel não há qualquer ação típica. As ações que não tem o condão de violar qualquer papel, independente do fato daquele que contribui ter conhecimento de que o terceiro tem o intento de praticar ato criminoso, serão impunes, pois se não houve essa quebra do papel social, há de se entender que esse conhecimento é insuficiente para subsidiar a imputação ao tipo objetivo.

A teoria quantitativa traz critérios de Thomas Weigend, preconizando que o que deve reger as proibições é a necessidade político criminal, apontando que quanto menor for a ofensa da conduta principal, maior será a eficiência do incentivo para que haja punição. De igual maneira é aplicado o raciocínio contrário, de que quanto maior desejo político criminal em decorrência de evitar certas contribuições, mais reduzidos serão os espaços de liberdade. (BRENER, 2021, p. 59).

Ao desenvolver a teoria quantitativa Weigend considera que o maior defeito das teorias até então criadas, consiste em querer apresentar um critério qualitativo, para distinguir ações puníveis de não puníveis, o que em seu entender, mostra-se inadequados à realidade.

A partir de tais críticas, para solucionar problemática de cumplicidade em ações neutras, desenvolve um critério meramente quantitativo, no sentido de quanto mais inofensiva for a ação, maior deve ser a eficácia facilitadora do fato principal, concretizando sua teoria em três grupos. No primeiro grupo a contribuição do partícipe se limita em encorajar o autor da ação principal, ao passo que o segundo grupo, onde não há punição, é aquele em que o partícipe apenas fornece o substrato com base no qual será cometido o delito, a exemplo de quem vende mercadorias a uma empresa

que irá comercializa-las com base na sonegação de impostos. Por sua vez, no terceiro grupo se enquadraria os casos onde o partícipe fornece ao autor objeto facilitador da prática do crime, o qual poderia ser facilmente adquirido pelo autor no comércio. (GRECO, 2004, p. 54-55).

3.3.2. Ações neutras – Teorias Subjetivas

Diante de uma ação neutra, as teorias subjetivas, buscam a solução de problema por meio da adoção de critérios subjetivos, ou seja, o que irá determinar a punibilidade ou não, será a subjetividade, portanto, o grau de conhecimento do indivíduo será determinado para a responsabilização da conduta.

Assim, sob o ponto de vista do aspecto subjetivo, se reconhece que a atividade profissional não pode ser confinada pelo potencial teórico que alguém pode tirar proveito dela para perpetrar crimes, e que muitas profissões, se não todas, têm um aspecto de risco inseparável na sociedade. Como este é o caso, eles estabelecem a malícia como a linha divisória entre o comportamento eticamente indiferente e a culpabilidade criminal. De acordo com esta escola de pensamento, o profissional deve estar consciente e expressar seu apoio ao esquema criminoso.

A partir da teoria da não-punição do dolo eventual, para solucionar a problemática das ações neutras, Otto estabelece um critério segundo o qual é necessário fazer distinção quanto ao dolo da contribuição, se direto ou se o partícipe agiu com dolo eventual. A punição da cumplicidade ocorrerá apenas no dolo direto, pois no dolo eventual, por haver dúvida, não há que se falar em punição. Otto pondera que se não há proibição para a prática de determinada profissão, não seria adequado ameaçar com punição aquele que exerce sua atividade em razões de meros estados subjetivos de dúvida. Não deve o profissional se recusar à prestação profissional, por causa da dúvida relativa a idoneidade do seu cliente. (GRECO, 2004, p. 65-66).

Assim, lançando mão desta teoria pode-se afirmar que estaria isento de responsabilidade o vendedor que ao vender um machado fica na dúvida se o comprador matará ou não seu desafeto, porém, caso o vendedor tivesse certeza quanto a ocorrência do fato, aí sim seria punível pela cumplicidade.

A teoria da necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal, foi inserida no tratamento da problemática das contribuições neutras pela suíça Schild-Trappe, colocando-a em posição contrária à da doutrina dominante, isso porque ao contrário do entendimento da doutrina majoritária, Shchild coloca em primeira análise

avaliar a cumplicidade psíquica, para só depois, partir para a avaliação da cumplicidade física.

Segundo Greco (2014, p. 69):

Uma vez que a cumplicidade psíquica deve ser, portanto, o “menor denominador comum” de todas as formas de cumplicidade, propõe Schild-Trappe uma definição de cumplicidade: esta seria “a interferência psíquica (dolosa) no plano emocional de um (futuro) criminoso, o qual já tomou a decisão de cometer determinado crime, mas ainda não a executou. E como o cúmplice deve interferir na psique do autor, deve este ter conhecimento da contribuição: só haverá cumplicidade quando o autor souber da ajuda que lhe presta o partícipe.

Assim, tomando por base a teoria defendida por Schild, o empregado de uma loja, que descontente com o patrão, ao término de seu expediente, deixa o cofre da loja aberto e as portas destravadas, no intuito de que um possível ladrão tenha mais facilidade para entrar no estabelecimento, não cometeu cumplicidade punível.

Para Schild também só será punível o partícipe que tem conhecimento dos planos delitivos do autor, não sendo o bastante para a punição o dolo eventual, mas necessário o dolo direto. (GRECO, 2014, p. 70)

Uma pessoa não pode ser considerada culpada se apenas pretende ser cúmplice após o fato, pois este papel só pode ser desempenhado com o pleno conhecimento e consentimento de alguém. Tavares Lobato (2014, p. 128) afirma que Schild Trappe observa que o autor do crime deve aceitar a demonstração de solidariedade do participante.

Logo, a relevância central da conduta é atribuída aos conhecimentos especiais do agente como determinante do risco da conduta, pois o grau de conhecimento daquele é determinante para a punibilidade ou não daquela conduta.

Para Heribert Schumann, que se dedicou a análise do princípio da autorresponsabilidade:

Além da proximidade da ação, considera-se relevante também a natureza profissional do comportamento. Schumann entende que aqueles que apenas desejam exercer sua profissão regularmente não possuem vontade de promover o ato delituoso, restando ausente a solidarização e, portanto, o fundamento de punibilidade do injusto. Assim, “as ações que fazem parte da vida cotidiana profissional não precisam ser omitidas em função de seus efeitos favorecedores previsíveis. Tampouco precisam interromper o curso de suas ações profissionais que se conformem à razoabilidade e à cotidianidade. Ressalva, contudo, que o desvio do comportamento de seus standards rotineiros para se adequar ao fato delitivo seria um indicativo da solidarização e, portanto, levaria à configuração do auxílio. (SHUMANN, 1986, p. 69 *apud* BRENER, 2021, p. 65).

Para que a contribuição do indivíduo possa ser capaz de abalar o sentimento de segurança jurídica, a relação de causalidade e o perigo criado não são o bastante para que esta contribuição seja socialmente prejudicial, assim, para que o comportamento se torne socialmente intolerável, será necessário também a demonstração de auxílio do indivíduo ao ato de terceiro, por meio de uma contribuição intencional, de maneira que não existindo este último elemento, não haverá fundamento para punição como partícipe do ato delitivo, assim, ações que não demonstram solidariedade com o ato do terceiro não são puníveis, e consideradas neutras. (SHUMANN, 1986, p. 49-50 *apud* BRENER, 2021, p. 66).

A partir deste entendimento, o indivíduo que exerce sua atividade profissional sem nenhuma intenção de promover o ato delitivo, não estaria se solidarizando com o terceiro, agente da ação, não havendo razão para omitir as ações que integram sua vida cotidiana profissional, logo, apenas se configuraria indicação de auxílio para o ato delitivo, o desvio do comportamento rotineiro para adaptar ao ato delituoso.

3.3.3. Ações neutras – Teorias mistas

As teorias mistas recorrem as duas ordens de fatores, utilizando-se tanto de critérios objetivos como de critérios subjetivos para determinar se um determinado comportamento profissional ou cotidiano é ou não neutro. Portanto, é aceitável afirmar que se o profissional acredita que um terceiro pode usar seu ato profissional para cometer um crime, o cumprimento final do comportamento do primeiro acabará aumentando o perigo de ofensa ao bem legal, e então a consequência será imputável a ele.

De acordo com a teoria geral do comportamento típico de Wolfgang Frisch, cujo trabalho é citado por Weigend (2002, p. 205), "o cúmplice não pode afirmar qualquer interesse legítimo na realização de sua contribuição porque ela conduz seu sentido objetivo exclusivamente ao plano criminal do autor", então a conduta do cúmplice (o "critério objetivo" usado por Jakobs) é criminosa. Em outras palavras, o ajuste (aspecto subjetivo) entre o criminoso e seu cúmplice existiria na ação do chamado autor imparcial, o que beneficiaria apenas o criminoso. Portanto, um fator crítico para determinar o grau em que um profissional deve ser responsabilizado seria a natureza extraordinária do comportamento em questão.

“A ideia básica de sua teoria é que um comportamento só será típico, se a proibição penal for idônea, necessária e adequada para a proteção de bens jurídicos”. (GRECO, 2014, p. 73).

A condição de duas partes pode ser expressa da seguinte forma: o jogador modifica intencionalmente uma ação cotidiana, transformando-a em um gesto que não serve a outro propósito que não seja agradar ao criador do verbo central do tipo. Haveria então alguma forma de obrigação de solidariedade que todos deveriam carregar para impedir a violação da propriedade legítima de outras pessoas.

Frisch inicia sua análise com o entendimento de que quase toda conduta pode arcar com a existência de condições capazes de trazerem lesão a determinado bem jurídico, porém, este não deve ser o único requisito para definir proibição de uma conduta, pois se assim o fosse, haveria uma limitação da própria liberdade. Então, é proposto por esse teórico que em um primeiro grau de imputação, deve ser analisada a racionalidade e aceitação de limitação à liberdade por meio de proibição, que seja idônea, necessária e adequada com a ordem legal para barrar lesões de bens. (SHUMANN, 1986, p. 49-50 *apud* BRENER, 2021, p. 66).

A cumplicidade só pode existir "quando o risco para a vítima e a possibilidade de sucesso para o perpetrador são elevados", como diz Claus Roxin; "a simples solidariedade com o perpetrador não é suficiente, nem são demonstrações de simpatia" (*apud* - RASSI, 2013, p. 29). Então, de seu ponto de vista, é indispensável que as ações do partícipe levanten o perigo para o bem legítimo, além da adesão direta deliberada (a intenção final não é suficiente). Devido ao risco de distorção por parte de terceiros, o profissional não pode ser exonerado de suas responsabilidades, portanto, o conceito de confiança e a proibição de retorno são invocados em certa medida (por exemplo, a pessoa que fornece produtos químicos a um poluidor não é responsável pelo crime ambiental). No entanto, a resolução baseada em fatos é manchada por malícia direta, o que eleva o risco para o bem jurídico e empurra a profissão para além de seus limites éticos.

Roxin também faz sua contribuição para as teorias mistas, combinando aspectos subjetivos e principiológicos na formulação de sua análise. Se baseia em uma distinção entre duas hipóteses, onde na primeira, o partícipe tem conhecimento da decisão do autor principal de cometer o delito, enquanto que na segunda hipótese, o partícipe apenas tem uma suspeita desta possibilidade.

Naquelas hipóteses em que o partícipe tem conhecimento do plano do autor principal, sua contribuição será punível, no entanto, apenas se dotada de sentido delitivo, como o caso do vendedor que vende um martelo a alguém que sabe estar decidido a matar outra pessoa com aquela ferramenta, ou o funcionário do banco que faz transferência de capitais para Luxemburgo, cujo único sentido do autor principal, é, como é sabedor o funcionário, sonegação fiscal. (GRECO, 2014, p. 82).

Essa construção do sentido delitivo não se restringe apenas a conduta do partícipe, mas da natureza da conduta do autor, ao mesmo tempo em que também analisa a percepção do partícipe sobre essa conduta, associando critérios objetivos e subjetivos, porém, ao analisar o comportamento do partícipe essa análise considera aspectos subjetivos dessa contribuição, enquanto os critérios objetivos são considerados na análise da conduta do autor.

Por outro lado, para Roxin, as situações em que as contribuições são prestadas, não na certeza de que o resultado do ato delitivo ocorrerá, mas pautada na dúvida, estarão, em regra, acobertadas pelo princípio da confiança.

Ao discorrer sobre a teoria desenvolvida por Roxin, no tocante as contribuições pautadas na dúvida, Greco (2014, p. 83) assim dispõe:

O agente pode, em princípio, confiar em que o terceiro se comportará conforme ao Direito. Nem toda dúvida cria nele a obrigação de abster-se de praticar a conduta; pois, doutro modo, estar-se-ia institucionalizado uma sociedade da desconfiança, em que cada qual está jurídico-penalmente obrigado a controlar o que os terceiros se dispõem a fazer antes de ajuda-los no que quer que seja.

Greco (2014, p.83), complementa que apenas em princípios os casos de dúvida estarão isentos de pena, pois se o partícipe estiver diante de uma pessoa reconhecidamente inclinada a praticar o fato, se houver indícios concretos de que o fato será cometido, então teremos uma participação punível”.

Tavares Lobato (2014) faz referência a outros autores, entre os quais se destaca a sugestão persuasiva de Robles Planas, que argumenta que se deve avaliar a relação espacial e temporal, bem como sua adaptação ao plano criminal (independentemente da possível posição do fiador), a fim de sondar a proximidade da contribuição daquele que contribui para o crime e depois extrair sua presumível neutralidade. Se as ações do cúmplice fossem adaptadas ao objetivo definido pelo autor, elas seriam ilegais. O autor ainda argumenta que, embora a teoria do abuso de direitos tenha origem no Direito Civil, ela pode ser utilizada no Direito Penal.

Ele contrasta o direito à propriedade com o direito ao trabalho, dizendo que o dono de uma faca que a empresta para executar um assassinato não está imune à responsabilidade, mas que há uma disputa generalizada sobre se deve ou não penalizar alguém que distorce seu trabalho para cometer crimes. Há perigos envolvidos, mas somente dentro da área segura há profissionais protegidos contra processos criminais; esta área segura é examinada caso a caso, e não há uma regra universal para quando ela é atravessada.

Em suma, as teorias posteriores sustentam que, sem imputação objetiva do crime, o comportamento que se enquadra no espectro regulamentado não representa ameaça ao bem legal. Entretanto, parece indiscutível que a conduta (ou omissão) torna-se criminalmente importante uma vez delineada a estrutura do fiador e, portanto, não existe a noção de uma ação neutra. No entanto, como usa como parâmetros rotas causais hipotéticas, o critério torna-se duvidoso quando a fungibilidade das condutas é mencionada. Como exemplo, considere o taxista que leva o assassino ao local do crime; diz-se que o assassino encontraria outra forma de chegar lá se o motorista se recusasse a acompanhá-lo. Entretanto, é impossível afirmar com certeza que o assassino encontraria imediatamente outro meio de transporte, ou que a vítima seria capaz de escapar do local por causa do atraso no primeiro plano. Dito de maneira simples, as atividades mentais abrem a porta para um número ilimitado de possibilidades (TAVARES LOBATO, 2014).

Estas teorias reconhecem que a perspectiva de que alguém possa tirar vantagem de um profissional para cometer um crime é uma parte inevitável e inseparável do trabalho profissional em muitos campos. É por isso que elas traçam a linha entre o comportamento lícito e o criminoso em caso de malícia. De acordo com esta escola de pensamento, o profissional deve estar consciente e expressar seu apoio ao esquema criminoso. Os defensores deste ponto de vista percebem que uma pessoa não pode ser responsabilizada por seu papel de acessório, uma vez que sua contribuição deve ser motivada por puro acaso (TAVARES LOBATO, 2014).

3.4. Responsabilidade penal do médico

3.4.1. Breve histórico

A preocupação com a responsabilização por erro médico é algo que tem atingido a humanidade desde o início da medicina.

A primeira referência conhecida à responsabilização por erros médicos pode ser encontrada no Código de Hamurabi, que instituiu a lei do talião, conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. De acordo com a lei egípcia, se um paciente morresse sob os cuidados de um médico, o médico ainda seria considerado responsável por suas ações, independentemente de a morte do paciente ter sido ou não causada diretamente pelo tratamento. O médico era entregue à família do paciente falecido para que eles pudessem julgá-lo com base em seus próprios critérios.

Na Mesopotâmia, na medicina arcaica, baseada na magia e no empirismo, também se notava preocupação com a responsabilidade médica, pois as penalidades para casos em que um tratamento causasse morte ou dano ao paciente eram regidas por lei, tais como: se em decorrência de uma cirurgia o paciente perdesse um olho, o médico teria suas mãos cortadas, podendo, inclusive, ser condenado à morte caso ocorresse a morte de um paciente nobre.

Entre os mulçumanos a pena para um médico que fracassava no procedimento poderia ir de prisão e açoite, até a pena de morte.

No Egito, as regras do Livro Sagrado deveriam ser seguidas pelos médicos, os quais, se seguissem as regras ali contidas, mesmo que ocorresse a morte do paciente, estariam livres de qualquer punição.

No povo germânico, os ostrogodos e visigodos entregavam o médico para a família do paciente falecido em decorrência de erro médico, então, a família do falecido é quem fazia a justiça da maneira que bem entendesse.

Posteriormente, foi promulgada a Lei Aquilina que estabeleceu as regras para a responsabilidade dos profissionais médicos, fazendo provisões para indenização em caso de negligência médica e abolindo a pena de morte. Por outro lado, o delito e o prejuízo resultante, teriam que ser ilegais. Em 1929, a responsabilidade legal dos médicos foi abolida na França quando um estatuto determinou que somente médicos especialistas tinham responsabilidade moral.

Os profissionais da medicina costumavam ser absolvidos de qualquer obrigação moral para com seus pacientes sob o antigo sistema de pensamento. Entretanto, dado que a responsabilidade da categoria não deve ser usada como desculpa para desacreditar os médicos e prejudicar sua imagem profissional, os tribunais eram obrigados a administrar estas punições de forma judiciosa. Entretanto, quando o conceito de culpabilidade médica ganhou força nos campos da biologia e

do direito, os médicos também se tornaram vulneráveis às consequências legais. (FRANÇA, 2017).

Diferentemente de como ocorre na responsabilidade civil, onde há interesse de direito privado, na responsabilidade penal há reparação de dano causado à sociedade, assim, para que o indivíduo seja responsabilizado penalmente se torna imprescindível que tenha praticado uma conduta definida como crime na legislação penal.

Nesse sentido, conforme visto no capítulo que versa sobre a teoria do crime, para a teoria tripartida, adotada por nosso Código Penal, o crime decorre de uma conduta, omissiva ou comissiva, típica, ilícita e culpável, ressaltando que essa conduta praticada por ato voluntário do agente, poderá ser dolosa, quando há intenção de atingir o resultado, ou culposa, quando o indivíduo não tinha a intenção de promover o resultado mas deu causa por negligência, imprudência ou imperícia, sendo a conduta culposa, decorrente da inobservância de um dever de cuidado, onde frequentemente estão as atuações médicas passíveis de responsabilização criminal.

Delton Croce e Delton Croce Júnior (1997, p.9), conceituam a culpa como “a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que poderá, com a devida atenção, ser evitado”.

Com relação a culpa médica, os ilustres autores trazem importante contribuição sobre o tema, quando lecionam que o médico não deve almejar o resultado ou assumir o risco de o produzir, mas ter causado dano ao bem jurídico protegido em decorrência de uma inobservância do dever de cuidado, ou diante da imprevisão do caráter delituoso de sua conduta profissional, ou ainda que o tenha previsto, de forma inconsequente imaginou que não ocorreria.

Quando trata sobre a responsabilidade profissional, o código de ética, no art. 1º do capítulo III, veda ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, ressaltando ainda, que a responsabilidade médica será sempre pessoal e jamais presumida.

Ao não admitir a presunção de culpa, o código de ética médica se harmoniza com o ordenamento jurídico, posto que pelo princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, princípio jurídico de ordem constitucional aplicado ao direito penal, o estado de inocência é estabelecido como regra em relação ao acusado da prática de ilícito penal.

Logo, para que haja responsabilidade penal, é necessário que a conduta do profissional no exercício de sua profissão se enquadre em uma tipificação, com todos os seus elementos, pois além do dever de observância as regras éticas atinentes a profissão, é dever do profissional obedecer às normas gerais aplicadas à sociedade.

3.4.2. Dos crimes culposos e tipos de erro profissional

Como se pode ver, alguns crimes atribuídos ao médico no exercício de sua profissão, ocorrem de maneira culposa, resultante da falta de observância do dever de cuidado.

Os crimes imprudentes são exceção à regra de incriminação, pois o resultado não se produziu por vontade do autor, mas em decorrência de uma falta de dever de cuidado criando um risco não permitido, que se realiza no resultado. Por serem a exceção à regra, geralmente a punição pela prática de crimes decorrentes de condutas imprudentes são reservados aos ataques mais graves aos bens jurídicos, como o caso de homicídio e lesão corporal, muito embora, já tenha surgido incriminações imprudentes relacionadas com resultado de mero perigo. (BUSATO, 2017, p.402).

“O fato típico culposo alcança sua concretude na presença de uma série de elementos como conduta humana, inobservância do dever objetivo de cuidado, previsibilidade objetiva, evitabilidade, resultado, nexos causal e tipicidade”. (D’AVILA, 2001, p. 80).

O art. 18 do Código Penal define como crime culposo aquele praticado em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia, cujo comportamento é basicamente definido como violação de um dever de cuidado.

A imprudência é considerada ação comissiva, porém, impulsiva, precipitada, enquanto a negligência seria representada por uma falta de cuidado, e a imperícia seria uma falta técnica. O que não se pode olvidar é que o perito que agiu de forma ousada, foi imprudente, e de igual modo aquele que negligenciou um dever de cuidados atuou de modo imprudente, o que demonstra que as três categorias são reduzidas a uma única: a imprudência.

O componente normativo da imprudência levou alguns escritores a argumentar que os crimes imprudentes têm uma estrutura distinta dos crimes intencionais, sem o chamado tipo subjetivo.

Enquanto outros, como Juarez Cirino dos Santos, acreditam que "uma estrutura do tipo objetivo e subjetiva em crimes de imprudência, homogênea à estrutura dos crimes deliberados", é permitida em casos de imprudência consciente, o mesmo não pode ser dito para casos de imprudência inconsciente.

Os tipos subjetivos de crimes irresponsáveis são vistos como uma combinação de dois fatores por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: um é a vontade do indivíduo, e o outro é sua inteligência ou capacidade cognitiva. O componente volitivo consiste na determinação de realizar a ação pretendida utilizando a estratégia selecionada. O componente mental ou intelectual da imprudência é a capacidade de apreciar o risco que as ações de uma pessoa representam para os direitos e posses de outros e de planejar de acordo com isso. A este respeito, se está a falar sobre a previsibilidade.

Como o tipo subjetivo de violação imprudente inclui definitivamente a representação da ocorrência do dano objetivo ao dever de cuidado, é necessário abordar o contraste entre imprudência consciente e imprudência inconsciente. Portanto, uma das características de um crime descuidado é que ele pode ter sido antecipado. A imprudência inconsciente ou imprudência comum ocorre quando um agente não consegue antecipar um resultado previsível. Quando um agente é culpado de imprudência consciente, ele continua a agir sabendo muito bem que fazê-lo teria consequências negativas. Embora o resultado seja previsível, o agente não conta que isso aconteça e, portanto, não o presume nem o aceita.

É na capacidade de prever o resultado que a imprudência inconsciente varia em relação à sua contraparte consciente. O primeiro caso envolve um resultado que foi previsível, mas não antecipado pelo agente, enquanto o segundo caso envolve um resultado que foi previsível, mas não antecipado pelo agente porque a última pessoa tem fé em suas próprias habilidades e, portanto, não espera que isso ocorra. Contraste isto com a imprudência consciente, que envolve algum nível de previdência, mas é, no entanto, imprudente.

Ambas as ideias dependem da existência de previsibilidade objetiva, imprescindível para o estabelecimento do tipo específico de comportamento imprudente que está sendo discutido. Há uma diferença entre irresponsabilidade intencional e pura malícia. Neste último, a pessoa está ciente do potencial para o resultado negativo e está preparada para ele. Entretanto, na situação de imprudência

consciente, o ator está ciente do resultado potencial, mas ainda assim age como se isso não fosse acontecer.

Apesar da legitimidade geralmente aceita da autonomia do médico em problemas de diagnóstico e tratamento, existem certos ensinamentos que são considerados parte da bagagem intelectual de todo médico e não podem ser ignorados sem o perigo de se comportar de forma imprudente. Examinar a ocorrência real e investigar suas particularidades é a única maneira de chegar a um veredicto justo sobre a culpabilidade do médico à luz das condições nas quais o profissional se comportou.

3.4.3. Imprudência

Nas lições do mestre CHAVES (1985, p. 19)., a imprudência é a “descautela, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante do agente em relação a ato de podia e devia pressupor”.

Em todas as profissões se espera o agir com zelo e prudência, porém, mais do que qualquer outro profissional, espera-se do profissional de medicina o agir com prudência, capaz de discernir a melhor conduta a ser adotada, tendo em vista que no exercício de sua profissão está lhe dando com o bem jurídico mais precioso, qual seja, a vida.

A imprudência é a culpa comissiva. Age de maneira imprudente o médico que deixa de usar as cautelas necessárias tomando decisões precipitadas, que age de maneira intempestiva, sem medir as consequências de suas ações colocando em risco a vida ou saúde do paciente.

Fernando Capez traz a seguinte definição de imprudência:

Consiste na violação das regras de condutas ensinadas pela experiência. É o atuar sem precaução, precipitado, imponderado. Há sempre um comportamento positivo. É a chamada culpa in faciendo. Uma característica fundamental da imprudência é que nela a culpa se desenvolve paralelamente à ação. Deste modo, enquanto o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo simultaneamente a imprudência. (CAPEZ, 2019, p. 162).

Nehemias Domingos de Melo destaca que “médicos prudentes são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também as regras que desta se extraem, agem antevendo o evento que deriva de uma determinada ação, tomando depois as cautelas aptas e necessárias a evitar o insucesso da empreitada. (MELO, 2013, p. 98).

Sobre a prudência no contexto da medicina, Jorge Silva Cruz (2020, p. 561) acrescenta:

É uma virtude indispensável para o exercício da medicina, pois todo o ato médico envolve uma dimensão intelectual e uma dimensão ética, sendo a prudência que permite a integração da competência técnica e científica com a hierarquia de valores. Uma decisão poderá ser medicamente correta do ponto de vista científico, mas só será uma decisão eticamente aceitável se tiver em consideração o sistema de valores do paciente individual. Nesse sentido, a prudência é uma das virtudes mais importantes e está presente em todas as decisões que se tomam na prática médica.

Assim, age de maneira imprudente o médico que prescreve medicamento inadequado, contribuindo para o agravamento da doença; que concede alta prematura, ocasionando danos à saúde do paciente; ou aquele que inicia procedimento cirúrgico sem a equipe mínima necessária ou sem o material necessário; ou ainda o médico que sem tomar as devidas cautelas acelera o procedimento cirúrgico por conta do horário.

De acordo com o Código de Ética Médica, a primeira preocupação do médico deve ser com a saúde de seus pacientes, portanto, deve usar seu julgamento profissional e sua habilidade na medida do possível. Sob a presunção do Direito Penal, um médico prudente e diligente que age de acordo com o Código de Ética e outras regras que regem o bom exercício de sua profissão não violará o dever objetivo de cuidado, um pré-requisito para a configuração de qualquer ato ilegal em seu modo imprudente. Portanto, o médico que se dedica ao seu trabalho, toma precauções e opera dentro dos limites da *lex artis* pode proteger seu paciente de danos sem medo de repercussões legais.

Além disso, dado o rápido ritmo de desenvolvimento da ciência médica, o padrão de cuidado pelo qual as ações ou procedimentos de um paciente são avaliados a fim de estabelecer a responsabilidade deve estar igualmente em dia. É inevitável que os princípios técnicos ou científicos que devem ser seguidos na prática clínica se desenvolvam a partir destes avanços. Ao julgar a imprudência, é importante ignorar as soluções extremas. Portanto, não é admissível afirmar que somente os danos decorrentes de um erro grosseiro e imperdoável dão origem à caracterização da responsabilidade médica, e não é possível exigir do magistrado que ele examine qual é a melhor opção médica para este ou aquele problema que lhe é apresentado, dado que há discordância mesmo entre os estudiosos da área.

3.4.4. Negligência

A negligência é a forma omissiva da culpa, sendo mais fácil de ser identificada pois pressupõe uma inobservância do dever de cuidado, por omissão, é definida como qualquer erro ou omissão por parte de um médico que tenha um impacto negativo sobre a saúde ou à vida do paciente.

A responsabilidade médica é única na medida em que a prática da medicina não pode ser contida por regras e regulamentos; em vez disso, o médico deve receber algum grau de autoridade discricionária. Claramente, ele não pode descartar a sabedoria da pesquisa médica porque ela é inconveniente ou porque ele não acredita nela.

Sobre o conceito de negligência, colhe-se dos ensinamentos do mestre Antônio Chaves:

Negligência é o descuido, desídia, desleixo: falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa, cujos casos mais comuns resultam em erros de diagnóstico, tratamento impróprio ou inadequado, falta de cuidados indispensáveis, falta de higiene, esquecimento de compressas em operações cirúrgicas, curetagens malfeitas, dentre outras. (CHAVES, 1985, p. 19).

Segundo o mestre Carlos Roberto Gonçalves “a negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto” seria uma “espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que poderia e deveria ser previsto”. (2018, p. 15).

Dentre os casos de negligência médica podemos destacar: curetagens malfeitas, infecções ocasionadas em decorrência de esquecimento de instrumentos ou materiais no paciente, omissão quanto ao dever de informação, omissão de socorro, dentre tantos outros casos.

Muito embora o médico não detém a previsão de um resultado positivo, tendo em vista que a medicina é uma atividade meio e não de fim, o mesmo deve atuar de acordo com as técnicas e procedimentos recomendados ao caso.

3.4.5. Imperícia

Por sua vez, a imperícia consiste na falta de habilidade necessária para desenvolver uma atividade técnica ou científica, e deve ser analisada a partir dos progressos científicos e que, um profissional mediano deveria conhecer.

Antonio Chaves (1985, p. 19) assim define a imperícia:

É a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou profissão. Em sentido jurídico revela-se na condução de encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço.

Em um primeiro momento possa se pensar que o médico, por ser um profissional devidamente habilitado, não poderia ser considerado imperito, uma vez que a imperícia consiste a falta de técnica ou habilidade para a prática de uma atividade, no entanto, não há de se olvidar que existem médicos que atuam em área diversa de sua especialidade, e que em decorrência dessa atuação podem ocasionar danos aos seus pacientes, como por exemplo, o caso do médico especialista e cirurgia geral e que se aventura na área de cirurgia plástica, sem possuir o conhecimento técnico e especialização necessários para a prática, ou até mesmo o médico que detenha especialidade para atuação, mas por imperícia, proponha tratamento inadequado, como o caso de um ortopedista que ao receber paciente com fratura exposta engessa a pessoa acidentada é imperito, porque esse tipo de procedimento é próprio para fratura fechada. (MELO, 2013, p. 100).

O próprio Código de Ética Médica prevê a possibilidade de o médico agir com imperícia, quando veda ao médico “praticar atos profissionais danosos aos pacientes, que possam ser caracterizados como negligência, imprudência ou imperícia”.

E não apenas traz essa previsão, mas em seus princípios fundamentais, estabelece que “compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade”.

Logo, o médico deve estar em aprimoramento contínuo, de maneira que o médico desatualizado que exerce a medicina com aplicação de técnicas e procedimentos ultrapassados ou não mais utilizados, causando danos ao paciente, poderá ser considerado imperito, e diante de danos causados ao paciente sofrerá responsabilização penal.

3.5. Erro médico

Praticamente todo erro médico ocorre por culpa do médico, que por uma inobservância técnica, decorrente de imperícia, imprudência ou negligência, produz um dano à vida ou à saúde do paciente, devendo ser levado em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados. (FRANÇA, p. 2001).

Neste mesmo sentido, baseado nos preceitos do Código de Ética Médica, o Conselho Federal de Medicina conceitua erro médico como “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”.

No manual de orientação médica e disciplinar, o Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina, traz o seguinte conceito de erro médico:

“É a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico por inobservância de conduta técnica, estando o profissional em pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposos.” (2000, p. 66).

Para Fávero (1930, p. 27 *apud* GRISARD, 2000, p. 123) o erro supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem:

Erro médico é o resultado da conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Erro do médico sugere qualquer desvio do médico das normas de conduta dentro ou fora da medicina, com dado ou sem ele. Não há erro médico sem danos ou agravo à saúde de terceiros. Isso é definitivo (FÁVERO, 1930)

Insta destacar que nem todo dano gerado ao paciente, seja por um mau resultado ou por um resultado indesejado, decorre de um erro médico, posto que podem ocorrer intercorrências no paciente, as quais eram imprevisíveis, as quais não podem ser imputadas diretamente ao profissional da medicina.

Bruno Zanesco Garlhado, citando Décio Policastro traz a seguinte anotação sobre a definição de erro médico:

[...] no cotidiano da prática médica, nem todo mau resultado está diretamente associado a um erro do médico ou a um ato do prestador de serviços. Às vezes surgem no doente intercorrências imprevisíveis, sem que a causa possa ser atribuída ao atendimento médico em seu estrito significado. Uma terapia pode estar certa e a resposta decepcionar. Uma intervenção cirúrgica pode redundar em fracasso, embora realizada com aplicação rígida das técnicas disponíveis. Um medicamento pode ter sido o melhor indicado na posologia correta e produzir reação inesperada. Um serviço hospitalar pode ter sido modelarmente prestado e suceder infecção ao paciente em razão do seu próprio estado de saúde. (POLICASTRO, 2010, p. 1-2 *apud* GARLHADO, 2022, p. 23).

Então, o erro médico não deve ser analisado apenas com base no resultado não alcançado, mas a partir da análise da conduta médica praticada, baseada na culpa, desencadeada pela imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, além dos comportamentos dolosos, o direito penal deve também voltar-se às condutas culposas, ante a proteção dos bens jurídicos mais importantes:

O Direito Penal deveria preocupar-se apenas com os comportamentos dolosos, que, como vimos, efetivamente representam uma atitude interna do homem que deve ser proibida e ter como consequência a severa sanção penal. Deveria ser assim, não fosse o Direito Penal o protetor dos bens jurídicos mais importantes, das lesões mais graves, que devem ser punidas, ainda que o fim pretendido por seus causadores seja outro. (TELES, 1996, p. 224 *apud* GARLHADO, 2022, p. 21).

Do outro lado, se o resultado danoso decorreu não de uma conduta culposa mas de um desejo do profissional em querer produzi-lo, tem-se uma conduta dolosa, não havendo que se falar em erro médico, posto que o erro médico decorre do ato culposos. Assim, no caso de voluntariedade do médico em almejar o resultado danoso, este também será responsabilizado penalmente, porém, a punição ocorrerá a título de dolo e não de culpa.

3.6. Erro grosseiro

No estudo das modalidades de culpas aplicáveis ao médico, acrescenta-se o erro grosseiro, que se trata de erro inescusável.

O erro grosseiro está caracterizado pela conduta profissional que fere os mais básicos conhecimentos da matéria, aferível pelo homem comum, e condenável sob a forma de negligência mais agravada. (MELO, 2013, p. 101).

Wanderley Lacerda Panasco traz a seguinte definição sobre o erro grosseiro:

É a forma inadvertida, imprecisa e incapacitante de quem, por falta de mínimas condições profissionais, se permite o erro desavisado, tal qual o anestesista que provoca a morte do paciente por superdosagem; o cirurgião que esteriliza parcialmente o doente por secção do canal deferente em cirurgia de hérnia inguinal; o ginecologista que contamina o paciente por falta de cuidados de assepsia. (1984, p. 59, *apud* MELO, 2013, p. 101).

É o tipo de erro tido como imperdoável, que não ocorreria se o médico tivesse o mínimo de zelo.

Aguiar Dias, acrescenta que embora o erro de diagnóstico possa ser escusável, quando se trata de erro grosseiro não se permite a isenção de responsabilização, principalmente em face de diagnóstico inconsequente e inexato em contrariedade ao apresentado pela doença. (DIAS, 1954 *apud* MELO 2013, p. 102).

3.7. Erro escusável ou erro profissional

A medicina como ciência tem limitações, assim como o médico, na condição de ser humano é passível de falibilidade, principalmente porque muitas vezes trabalha com informações trazidas pelo próprio paciente, que pode ao não ter seu inteiro teor

verdadeiro, além do fato de que organismos diferentes podem apresentar respostas diferentes ao mesmo tipo de tratamento. (MELO, 2013, p. 102)

É aí que surge o erro escusável ou erro profissional, que diferentemente do erro grosseiro, decorre de falhas que não são imputadas ao médico e que dependam das contingências naturais e das limitações da medicina.

Erro médico e erro profissional, possuem conceitos distintos, pois enquanto aquele decorre da quebra de um dever geral de cautela, mediante negligência, imprudência e imperícia, o erro profissional sequer constitui fato típico, pois decorre de uma equivocada dedução de diagnóstico, intervenção cirúrgica ou medicamentosa, apesar da observância dos critérios da ciência médica. Ou seja, se trata do erro que depende das limitações naturais da medicina, e por esta razão não pode ser imputado ao médico. (GARLHADO, 2022, p. 25).

Em contraste com o erro culposo ou erro médico, que envolve a culpa do profissional e dá origem a responsabilidade do médico, o erro profissional é definido como aquele resultante de um acidente imprevisível ou de um resultado incontrollável, com um curso inexorável, onde a responsabilidade do profissional não existe. Portanto, é importante ter em mente que é responsabilidade do paciente lembrar-se de tomar sua medicação e cumprir o cronograma prescrito, revelar quaisquer doenças ou condições coexistentes e não esconder o uso de quaisquer bebidas alcoólicas, drogas ilegais ou outros medicamentos.

A evidência de culpa da vítima nestas situações mostra que as ações do médico não podem estar diretamente ligadas ao dano que foi sofrido.

Nas lições de Mirabete (2002, p.150) para que seja responsabilizado pelo crime de homicídio culposo se faz mister a distinção entre a tipicidade culposa do chamado erro profissional, posto que o erro médico que viabiliza a condenação por esse tipo penal é aquele decorrente da quebra do dever geral de cautela, quando o médico age com imprudência, negligência ou imperícia. O erro escusável, não é fato penal típico, ocorrendo, por exemplo, quando há equívoco em um diagnóstico, intervenção cirúrgica ou medicamentosa, mesmo tendo o médico observado os critérios da ciência médica correspondente.

3.8. Erro de diagnóstico

O diagnóstico médico é um juízo acerca da saúde do paciente, onde a partir de sua conclusão é possível estabelecer o melhor tratamento.

Miguel Kfoury Neto (2001, p. 81 *apud* NETO, 2010, p.110) salienta que o “erro de diagnóstico se caracteriza pela eleição do tratamento inadequado à patologia, o que resta consolidado no caso, visto que o prestador de serviços sequer designou algum tratamento”.

Nas lições do mestre Luiz Gonçalves:

[...] se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, (...) maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso. (2007, p. 405, *apud* NETO, 2010, p. 110).

Importante frisar que nem todo erro de diagnóstico deriva da negligência médica, o erro de diagnóstico pode ser escusável quando comprovado que a técnica aplicada pelo médico foi a correta, aceita e de acordo com a literatura médica, haja vista também considerável número de doenças cujas causas são desconhecidas, e que inviabilizam correta convicção do profissional acerca do diagnóstico.

Porém, comprovado que o erro de diagnóstico, ocorreu em decorrência de erro grosseiro do médico, este agiu com imperícia, sendo, portanto, responsabilizado criminalmente em decorrência de sua conduta culposa.

Por fim, em se tratando de culpa médica, decorrente ou não de erro, dada a complexidade do corpo humano e os limites da pesquisa médica, o tribunal deve determinar se um especialista médico razoável seria propenso a um erro semelhante nas mesmas circunstâncias a que o médico acusado se submeteu. Entretanto, se o médico cometeu um erro gritante, uma avaliação como esta é desnecessária.

Obviamente, se se verificar que o médico foi descuidado apesar de ter todas as ferramentas necessárias para diagnosticar aquela doença em particular e acabou tomando o curso errado do tratamento, causando danos à vítima, o médico terá que enfrentar as consequências estabelecidas pela legislação penal, independentemente da necessidade de fazer reparações à vítima (indenização na esfera civil).

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

Penal - Homicídio qualificado - Erro médico - Negligência/imperícia - Existência de dúvida - Absolvição. - Havendo dúvida sobre o quadro clínico da vítima, sobre os sintomas evidentes do paciente - com apalpação para verificação da apendicite aguda -, transparecendo adequados os procedimentos médicos tomados, sem a realização de ato cirúrgico imediato, não se detectando omissão dos acusados, nem diagnóstico efetivamente equivocado, quando muito evidenciado o "erro honesto", não resta configurada concretamente a negligência ou imperícia médica, tendo procedência o decreto absolutório. (TA/MG-2ª Câm. Crim., processo no 2.0000.00.275781- 5/000(1)- j. 03/02/2000, Relator: Erony da Silva).

Nunca é demais enfatizar que a prestação de serviços médicos é um meio e não um objetivo em si mesmo. Portanto, existe a determinação de aproveitar ao máximo quaisquer recursos disponíveis para atingir o objetivo, mesmo que esse objetivo não seja garantido. Escusado será dizer que um resultado bem-sucedido é o objetivo de toda cirurgia, mas se ele não se materializa, o profissional não é o culpado (FRANÇA, 2014).

Mais ainda, se considerarmos o âmbito penal, que exige especificamente a ofensa de um bem legalmente protegido e expressamente protegido por uma lei penal, bem como os outros elementos necessários para a formação de imprudência ou dolo por parte do médico, exigindo, além disso, que a conduta maliciosa ou imprudente seja culpável. A medicina é uma arte, não uma ciência precisa, portanto, sua avaliação é subjetiva.

3.9. Principais crimes cometidos no exercício da medicina

Há uma gama de crimes que são passíveis de ser cometidos na área médica, e que vão muito além do erro médico. O Código Penal tipifica algumas condutas que em decorrência de sua prática os referidos profissionais estarão sujeitos a uma sanção penal, seja por ter colocado em risco um determinado bem jurídico, um interesse pessoal ou até mesmo interesse coletivo, as quais veremos a seguir.

3.9.1. Exercício ilegal da medicina

O crime de exercício ilegal da medicina, está tipificado no art. 282, do Código Penal, cuja pena importará em detenção de seis meses a dois anos, além da pena de multa, caso o crime seja praticado com o fim de lucro.

Esse tipo penal tem por objeto jurídico a saúde pública, e como objeto material a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, exigindo-se ainda a vontade do agente pratica a atividade de maneira usual, pois se trata de delito habitual, ou seja,

aquele delito que exige prática reiterada de determinada conduta. (NUCCI, 2017, p. 1011-1012).

Por ser crime habitual não se admite a tentativa, e a sua consumação se dá quando se torna evidente a habitualidade da conduta do profissional, mesmo que de sua atividade não tenha gerado prejuízo a saúde de alguém. (NUCCI, 2017, p. 1012).

3.9.2. Homicídio culposo

O art. 121 do Código Penal traz a tipificação do crime de homicídio, que diferentemente do crime de exercício ilegal da medicina, além do dolo, tem como elemento subjetivo do crime a culpa.

Se trata de um crime comum onde qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do crime, não sendo necessário, para sua configuração, nenhuma condição especial do sujeito.

Passaremos a analisar a conduta do médico, que em decorrência da inobservância de um dever de cuidado, decorrente da imprudência, negligência ou imperícia, resultou na morte do paciente.

Conforme leciona Mirabete (2002, p. 145) o crime culposo consiste “na conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.

Por sua vez, o Código Penal, no art. 18, II, define o crime como culposo quando o resultado se deu por imprudência, negligência ou imperícia do agente.

A modalidade culposa do crime de homicídio está prevista, no art. 121, § 3º do Código Penal, possui como sanção uma pena de detenção de até três anos, e como previsto no §5º do mesmo dispositivo legal, admite o perdão judicial.

Quando o médico deixa de observar alguma regra técnica de sua profissão, a culpabilidade se mostra mais evidente, pois o profissional tinha os conhecimentos técnicos, mas não os observou no momento de sua conduta, por este motivo, conforme previsto no §4º, a pena será aumentada em um terço, pois o crime resultou em inobservância de regra técnica de profissão.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a imperícia não pode ser confundida com a inobservância de regra técnica de profissão, “pois naquela o agente não detém conhecimentos técnicos, ao passo que nesta o agente os possui, mas deixa de empregá-los”. (HC nº 17530).

Para que haja a condenação por homicídio culposo, não basta apenas a comprovação da materialidade e da autoria do fato, sendo necessário também a existência de prova inequívoca de que o resultado morte decorreu da ausência de um dever de cuidado por parte do profissional.

A acusação por homicídio culposo é extremamente grave, sobretudo, em se tratando de uma conduta médica. Por este motivo, é essencial que seja exigido que o médico responda pelo seu ato. 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).

Logo, a denúncia que materializa a acusação do médico por homicídio culposo deve descrever de forma clara em que consistiu a imprudência, negligência ou imperícia, e havendo o caso de aumento de pena, por inobservância de regra técnica da profissão, indicar especificamente a norma técnica violada pelo médico.

3.9.3. Lesão corporal culposa

Sobre o elemento objetivo da lesão corporal, como bem descreve Nucci (2017, p. 650):

Se trata de uma ofensa física voltada à integridade ou à saúde do corpo humano, não se admitindo, neste tipo penal, qualquer ofensa moral. Par a sua configuração é preciso que a vítima sofra algum dano ao seu corpo, alterando-se interna ou externamente, podendo, ainda, abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se determinada função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores.

Por ser um tipo de crime comum, qualquer pessoa poderá praticá-lo, não sendo exigível qualidade especial do sujeito.

Com previsão no art. 129, §6º do Código Penal, e pena de detenção de dois meses a um ano, a lesão corporal culposa, quando decorrente da conduta médica, assim como no homicídio culposo, decorre da inobservância de um dever de cuidado, decorrente da imprudência, negligência ou imperícia, e admite o perdão judicial.

Nas palavras de Nucci (2017, p. 660) o perdão judicial na lesão corporal “permite-se que o juiz afaste a culpabilidade do crime de lesão culposa, não aplicando a pena, se as consequências de o crime atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção se torne desnecessária”.

A realização de uma intervenção médica no corpo de alguém promove uma afetação da sua substância corporal, independentemente do resultado a que se chega ou da vontade do médico de promover o bem-estar do paciente. Tanto a incisão feita

com um bisturi ou o furo na pele realizado com uma seringa quanto a alteração do organismo provocada por uma transfusão de sangue interferem, inegavelmente, no corpo do paciente.

Em regra, toda intervenção no corpo do paciente, pode configurar uma lesão corporal, no entanto, não quer dizer, necessariamente, que toda lesão corporal médica seja punível.

São exemplos de lesão corporal na prática da medicina onde o agente poder ser responsabilizado penalmente, queimaduras decorrentes de uso indevido de bisturi, retirada de um órgão de maneira equivocada, causando danos à saúde do paciente,

Neste sentido, é importante salientar que o médico não responde pelas lesões previsíveis e esperadas, resultantes do próprio procedimento, como cicatrizes cirúrgicas, amputações de membros gangrenosos e a remoção de órgãos internos afetados por neoplasia, por exemplo, são legitimadas pelo exercício regular da profissão médica, logo, ao agir em situações como as descritas o profissional estaria sob o manto de uma excludente de ilicitude, qual seja, exercício regular de um direito.

3.9.4. Omissão de socorro

O crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal, prevê uma pena de detenção de até seis meses para quem “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

Se trata de um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa, porém, a responsabilidade enquanto médico, por si só traz um dever legal de agir em casos que esteja apto, desde que não ponha sua integridade em risco. Então, na área médica essa omissão ocorre quando o médico, de maneira intencional, deixa de prestar assistência ao paciente, mesmo podendo fazê-lo. Ressalte-se ainda que se o médico estiver enquadrado na condição de garantidor, como previsto no art. 13 do Código Penal, e a sua omissão ocasionar a morte ou lesão ao paciente, poderá responder pelos crimes de homicídio e lesão corporal.

Nesse sentido, o art. 58 do Código de Ética Médica veda ao médico “deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de atendê-lo”.

Sobre o crime de omissão de socorro, Rogério Sanches, citando Noronha, estabelece:

O art. 135 traduz uma norma de solidariedade humana, sob o imperativo legal. Já não se trata de simples dever moral, mas de imposição de lei. É uma ordem, não uma proibição, como ocorre com a generalidade das prescrições penais. Cogita-se aqui de um dever geral, dirigido a todos, visando à mútua assistência que deve existir numa sociedade civilizada. (SANCHES, 2016, p. 151-152).

Por se tratar de crime omissivo a sua consumação se dá com o mero deixar de fazer do agente, independente do resultado dessa omissão, no entanto, a pena será majorada nos casos em que a omissão resulte em lesões corporais de natureza grave ou morte.

Muito embora a simples inação não seja suficiente para configuração do delito, sendo necessário comprovação de que a pessoa que necessite de socorro estava em situação de perigo real, a existência do requisito normativo “quando possível fazê-lo sem risco pessoal”, permite excluir a tipicidade da conduta nos casos em que o agir colocaria em risco aquele que se omitiu.

Nas lições de Néelson Hungria:

“A lei não obriga ninguém a ser herói ou santo, isto é, a sacrificar-se por amor ao próximo (...). Mesmo aquele a quem incumbe, especialmente, o dever de assistência ao periclitante, não cometerá o crime, se se abstém para evitar risco pessoal. O texto da lei é incondicional quando se refere a risco pessoal”. (CARVALHO; AGUIAR, 2020).

Conforme Salo de Carvalho e Lucas Albuquerque Aguiar (2020), “os Tribunais têm reconhecido a omissão de socorro nas atividades que envolvem a área da saúde quando o profissional recusa o atendimento a pacientes em estado grave ou, tendo iniciado, deixa de prosseguir com o cuidado devido”.

3.9.5. Outros crimes

Dar o médico no exercício de sua profissão atestado falso, é crime previsto no art. 302 do Código Penal que sujeita o infrator a pena de detenção de um mês a um ano e a pena de multa, esta última caso o crime tenha sido praticado com objetivo de lucro.

Se trata de um crime próprio, pois requer condição especial do sujeito ativo, pois apenas o médico poderá ser sujeito ativo do crime.

Importante salientar, que da leitura do dispositivo supra, se depreende que não basta que o médico entregue atestado falso, pois ele precisa estar no exercício de sua profissão ao fazê-lo.

O médico precisa agir com dolo, não havendo previsão na modalidade culposa, se consumando o delito com a entrega do atestado falso, independentemente da efetivação comprovação de prejuízo material para terceiro.

Segundo a doutrina majoritária, o atestado falso tratar sobre fato relevante e não sobre opinião ou prognóstico do médico. (NUCCI, 2017, p. 1064).

Assim, quando um médico atesta que em decorrência de uma gripe o seu paciente está impossibilitado de comparecer ao trabalho, ainda que esta impossibilidade não seja real, dada caráter suave da doença, neste caso, não há que se falar em falso atestado, pois ali o médico está atestando sua opinião, enquanto o fato do paciente estar gripado, é verdadeiro.

Outro tipo de crime próprio, que somente poderá ser cometido pelo médico, é quando há omissão de notificar à autoridade pública sobre doença cuja notificação seja compulsória, conforme previsto no art. 269 do Código Penal. A pena estabelecida para o infrator será de até dois anos de detenção e multa, e sua consumação ocorre quando vence o prazo legal para o médico fazer a devida notificação à autoridade competente.

Trata-se de norma penal em branco, necessitando de complementação para ser compreendida, pois apesar de descrever a conduta o legislador não tratou de definir quais seriam as doenças de notificação compulsória, ficando a cargo do Ministério da Saúde, por meio de portaria e decreto emitidos regularmente, elencar as doenças consideradas de notificação compulsória.

O objetivo da norma é evitar a proliferação da doença, pois a falta de notificação gera dano à incolumidade pública, ao passo que sua notificação à autoridade competente viabilizará que as devidas providências sanitárias sejam tomadas.

Outro delito que pode levar à responsabilização do médico é a violação do segredo profissional, cujo tipo penal está previsto no art. 154 do Código Penal:

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

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

É um crime comum, ou seja, que pode ser cometido por qualquer pessoa, desde que tenha tido ciência do segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e como claramente disposto no dispositivo supra, a revelação do segredo precisa ser apta a produzir dano a outrem.

Ao dispor sobre o sigilo profissional o Código de Ética Médica, no art. 73 do capítulo IX veda ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Assim, todas as informações fornecidas durante um atendimento médico, serão apenas utilizadas no tratamento, devendo ser tratadas com confidencialidade, ainda que o fato seja de conhecimento público e mesmo após o falecimento do paciente. Trata-se de uma postura visando proteger não apenas a intimidade do paciente, mas também a sua saúde.

Em decorrência do sigilo profissional, ainda que o médico seja arrolado como testemunha para depor em processo criminal, sobre fato que em razão de sua função deva guardar segredo, o art. 207 do Código de Processo Penal veda o depoimento nestas condições, exceto, se for desobrigado pela parte interessada, neste caso, o seu paciente, e quiser dar o seu testemunho.

4. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

4.1 Origem da Teoria da Imputação Objetiva

Dentre as teorias da causalidade, a que mais teve destaque, foi a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida como teoria *conditio sine qua non*, adotada pelo Código Penal Brasileiro. Como mencionado em capítulo próprio, esta teoria sofreu várias críticas diante do risco do regresso ao infinito, posto que, para seus defensores, toda conduta, ainda que mínima, que de alguma forma tenha contribuído para o resultado deve ser considerada sua causa. Utiliza-se um juízo hipotético de eliminação, onde o julgador, mentalmente, suprime a ação do agente, e se concluir que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, então, não teria nenhuma relação causa e efeito entre um e outra, porque mesmo suprimindo aquela o resultado ocorreria.

No entender de Jakobs, a fórmula de eliminação hipotética das causas, se prende a um círculo vicioso, onde o conceito a se definir aparece oculto no material em que se define: para que seja possível sua aplicação, se faz mister que se conheça a natureza causal do elemento em análise. O Emérito professor, cita o seguinte exemplo: se é desejado saber se uso de determinado sonífero durante a gravidez, foi causa de uma má-formação do recém-nascido, em nada adiantaria suprimir mentalmente o seu uso e questionar se com essa supressão ainda assim o resultado teria ocorrido, na medida em que a resposta depende de sabermos se o sonífero é causa de má-formação de recém-nascido; pois se isso é conhecido não há razão para a pergunta. (JAKOBS, 1997, p. 227 *apud* D'AVILA, 2001, p. 23-24).

O principal problema da teoria do equivalente dos antecedentes, é sua dependência no nexos normativo, para que não aconteçam absurdos jurídicos. Assim, o que isenta o tataravô de responsabilidade pelo crime praticado pelo tataraneto, é a ausência de dolo ou culpa. A *conditio sine qua non*, no plano objetivo, admite a relação causal. (CAPEZ, 2021, p. 98).

O nobre jurista complementa:

Na entrada deste terceiro milênio, continuar admitindo no direito uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovido de conteúdo axiológico é caminhar na contramão da evolução do pensamento jurídico e filosófico. (CAPEZ, 2021, p. 98).

O dogma causal sempre foi criticado pela doutrina, pois não explicaria os casos de causalidade hipotética. Por exemplo, o caso de um soldado, que ao obedecer a

ordem, realiza, ilegalmente, um fuzilamento. Alega em sua defesa que, se não tivesse executado a tarefa, outro soldado a faria. Então, ainda que, hipoteticamente, fosse excluída a conduta do soldado, mesmo assim a vítima teria morrido uma vez que, segundo a doutrina da equivalência dos antecedentes, a conduta não seria causa do resultado. Logo, ao adotar-se essa solução, a morte da vítima não teria causa, levando em consideração que o segundo, terceiro, e assim consecutivamente os demais soldados apresentariam a mesma desculpa. Como outro exemplo, temos a decisão corporativa, que por maioria dos votos de seus membros, decidem pela prática de crime de sonegação fiscal. Neste caso, um dos diretores da empresa, ao ser processado, alega que, ainda que seu voto fosse contrário, o fato teria acontecido da mesma maneira, diante dos votos da maioria. Neste caso, sua conduta, diante disso, não seria causal. (DIAZ, 1996, p. 35 *apud* JESUS, 2008, p. 31)

Assim, como tentativa de limitar o dogma causal da teoria da equivalência dos antecedentes, foi criada a teoria da causalidade adequada, desenvolvida por Von Kries, que usou critérios de probabilidade e possibilidade como baliza ao determinismo causal.

Ao explicar o alcance das teorias, Capez cita como exemplo a morte de um passageiro atingido por um raio, em um caminho que, por haver dormido, o cocheiro seguiu erroneamente. Sobre o prisma da teoria da causalidade adequada a conduta do cocheiro escapa aos juízos de probabilidade e possibilidade. Porém, aplicando ao mesmo exemplo a teoria da equivalência dos antecedentes, chega-se à conclusão que se o conduto não tivesse dormido, a carruagem não teria seguido o caminho errado, e por sua vez, o raio não teria caído sobre a cabeça do passageiro, o matando. (CAPEZ, 2021, p. 98).

Por um critério puramente naturalístico, não há como afastar o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do cocheiro e a morte do passageiro, contudo, a causalidade adequada, ameniza os excessos da *conditio sine qua non*, afastando, sob o ponto de vista jurídico, a relação de causa e efeito, ao considerar imprevisibilidade e improbabilidade entre ocasional soneca e um relâmpago causador da morte. (CAPEZ, 2021, p. 99).

Assim, depreende-se que somente pode ser considerado causa a conduta que isoladamente, tenha probabilidade, ainda que mínima, de provocar o resultado, assim,

se entre o comportamento do indivíduo e o evento existir relação estaticamente improvável, sua conduta não será considerada causa do resultado.

Para Capez a causalidade adequada, como limitadora da *conditio sine qua non*, pode provocar problemas dogmáticos capazes de levar a distorções e injustiças. Senão, confira-se a seguinte hipótese:

Um condutor de um veículo, cujos freios estão gastos, dá causa a uma colisão com a traseira de um caminhão. Tal caminhão estava excepcionalmente trafegando na rodovia naquele dia, em que tal tráfego é proibido para veículos maiores, devido a uma autorização especial. Era o único em toda a estrada. Os freios não funcionaram não somente devido a seu estado, mas também porque o auto passou sobre uma poça de óleo que acabara de ser derramada. O acompanhante do motorista, justamente no instante do acidente resolveu regular o cinto de segurança e, por esta exclusiva razão, chocou-se contra o vidro dianteiro, tendo recebido uma pancada no pulmão. Para sua infelicidade o impacto foi exatamente no pulmão no qual já existia um problema de insuficiência respiratória. Levado a um hospital, é submetido a uma cirurgia, mas o plantonista do dia não tinha tanta experiência em cirurgias de pulmão, pois embora clínico geral, sua especialidade era cardiologia. Devido a todos esses fatores, tragicamente coincidentes, a vítima vem a falecer. Estatisticamente, a chance de ter morrido nessas condições era a de uma em um milhão (foi muito azar). (CAPEZ, 2021, p. 99).

Nesse caso, a teoria da condição adequada iria excluir indevidamente o nexo causal, tendo em vista a improbabilidade do resultado, e o motorista negligente não responderia pela morte da vítima, o que no entender de Capez, não parece ser a melhor solução, pois não seria justo, nem correto. Assim como a lei da causa e do efeito, a lei das probabilidades pertence à ciência diversa da jurídica, podendo levar a soluções no mínimo arriscadas, caso adotada. (CAPEZ, 2021, p. 99).

Muito embora seja válida como questionamento da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade, falha em não evidenciar o caráter valorativo da ciência jurídica como fator preponderante da definição do nexo causal objetivo, sendo nesse ponto superada em muito pela imputação objetiva, cujo surgimento parte da premissa de que a equivalência dos antecedentes, é muito rigorosa no estabelecimento do nexo causal, na medida em que se confirma como mera relação física de causa e efeito. (CAPEZ, 2021, p. 100).

Para contornar os problemas inerentes à ideia final de injustiça, a teoria da imputação objetiva foi desenvolvida como um meio de eliminar dúvidas e oferecer uma alternativa genuína à causalidade. Segundo Antônio Carlos Santoro Filho:

A teoria da imputação objetiva de Roxin utiliza-se, essencialmente, do método indutivo, pois parte de casos particulares colhidos na jurisprudência alemã ou elaborados pelos doutrinadores para formular, então, princípios de caráter normativo com validade geral para a teoria do crime. O resultado, nos termos

de Roxin, somente pode ser imputado objetivamente ao agente quando tiver incrementado, indevidamente, um risco para o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, e apenas se este “incremento do risco”, com alto grau de probabilidade, implicar o resultado típico. Dessa maneira, não será possível, a imputação objetiva de um resultado quando: a) o autor tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) o risco estiver nos limites do socialmente tolerável; c) o incremento do risco for insignificante; d) não houver a materialização do risco no resultado típico; e) a finalidade da norma proibitiva (tipo) não alcançar o resultado do modo como ocorrido, o que engloba as hipóteses de auto colocação em perigo (SANTORO FILHO, 2007, p.234).

Então, a teoria da imputação objetiva, surge com o objetivo de suprir as lacunas que a causalidade material encerra. Se trata de uma teoria originária das obras de Karl Larenz e Richard Honig, e que por décadas pairou no esquecimento, tendo sido resgatada por Claus Roxin e Erique Gimbernat Ordeig, na década de 70, espelhando-se pela Europa, e agora alcançando a América do Sul. Seus defensores a enaltecem como teoria revolucionária, apta a promover, no futuro, autêntica reengenharia da teoria do delito. (ALVES, 2021, p. 12).

Inconformado com a insuficiência das teorias da causalidade como fundamento para a imputação em não poucas hipóteses, LARENZ, retomou o estudo da imputação, esquecido pelo direito penal por influência do positivismo, tendo como fundamento principal o conceito de ação idealizado por Friedrich Hegel. (ROCHA, 2021, p. 52).

Para Roxin, “a teoria da imputação objetiva surge com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, sem, contudo, abrir mão desta última”. (ROXIN, 2002, p. 308 *apud* GRECO, 2014, p. 297).

Na verdade, “por intermédio dela, deixa-se de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material, para se valorar outra, de natureza jurídica, normativa”. (GRECO, 2004, *apud* GRECO, 2014, p. 297).

Ramirez enfatiza que “a teoria da imputação objetiva germinou com os pensamentos de Hegel, onde somente seria possível diante de um evento naturalístico se realizados pelo próprio autor do fato”. (RAMIREZ, 1998 *apud* PAGLIUCA, 2021, p. 18).

Para os seus defensores, a responsabilidade do autor está limitada a sua atuação, de maneira que somente lhe será imputado um resultado lesivo, se constituir obra de sua conduta, inviabilizando a responsabilidade com base na mera causalidade, na má sorte ou no destino. (GENOVA, 2021, p. 39).

Ricardo Barbosa Alves assevera:

Trabalha com princípios ainda pouco explorados pela doutrina pátria: risco permitido, risco proibido, incremento do risco permitido e finalidade protetiva da norma, conceitos com os quais procura estabelecer critérios seguros para atribuir objetivamente a lesão de um determinado interesse jurídico à conduta de um indivíduo. (ALVES, 2021, p. 13).

Como lembra TAVARES (1985, p. 153 *apud* D'AVILLA, 2001, p. 20-21), da própria expressão “resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”, se denota que não apenas o resultado naturalístico, apurado pela Teoria da Equivalência das Condições, mas seria indispensável a identificação de uma imputação normativa, que no entender do ilustre autor, seria melhor representada pela Teoria da Imputação Objetiva do Resultado.

Segundo JESUS (2008, p. 30):

A doutrina tradicional reconhecia que a relação de causalidade entre a conduta e o resultado natural era suficiente para suportar a responsabilidade criminal, corrigindo os excessos da equivalência das condições no plano da culpabilidade, em que incluía o dolo e a culpa. Assim, p. ex., o vendedor da arma de fogo ao homicida não responderia pelo crime em face da ausência de dolo; o fabricante do automóvel não seria partícipe do homicídio culposos no trânsito por falta de culpa etc. Essa solução, entretanto, passava pelo desconforto de ser preciso considerar que os agentes tinham cometido fatos típicos. Daí a necessidade de a doutrina excluir tais sujeitos da responsabilidade penal por intermédio de meios anteriores à análise do dolo e da culpa. Por isso, os penalistas vinham há muito tempo recomendando a eliminação, nos códigos penais, da exigência da relação de causalidade.

Como a insuficiência do finalismo e da adequação social, não deram solução a muitas questões, tais como a do crime culposos, a maioria dos autores, com a missão de sepultar essa insuficiência, têm adotado a teoria da imputação objetiva, que propõe um novo sistema penal. Uma teoria que no futuro, substituirá a causalidade material e no momento configura seu complemento, corrigindo suas deficiências. Na prática, é um limitador ao arbítrio do julgador e a atividade abusiva de acusadores que denunciam tudo ou querem levar todas as lesões jurídicas, até mesmo aquelas cuja irrelevância é insignificante, aos tribunais penais. Trata-se, portanto, de uma teoria que enriquece a justiça, fornecendo elementos modernos à acusação, como a teoria do incremento do risco, e à defesa, como a exigência no tipo incriminador de um novo elemento normativo, que seria o próprio juízo de imputação objetiva. (JESUS, 2008, p. 17).

JESUS (2008, p. 24) ainda esclarece que a teoria da imputação objetiva complementa a teoria do nexo da causalidade objetiva, pois fornece soluções

adequadas às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória. Apesar de ser uma teoria amplamente dominante, especialmente na Alemanha e na Espanha, na América Latina tem sido objeto de pequena consideração e fortes críticas. No Brasil, até o término do segundo milênio, era quase desconhecida.

4.2. Conceitos e limites de atuação

Como conceituado por Damásio de Jesus (2008, p. 34): “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”. Um dos mais antigos problemas do direito penal, consiste em determinar quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada obra de uma pessoa, de maneira que a teoria da imputação objetiva vem com a missão de restringir a atribuição da imputação, ao delimitar fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.

Imputação objetiva não é o mesmo que responsabilidade penal objetiva, posto que esta determina responsabilidade ao autor do fato, mesmo que sua conduta não tenha sido dolosa nem culposa, não adentrado na culpabilidade ampla. Também não pode ser considerada imputabilidade penal, capacidade do autor saber discernir sobre o fato delinquente. A teoria da imputação objetiva, cuida de imputar a uma pessoa a realização de uma conduta, criadora de um risco ou perigo proibido ou de provocação de um resultado jurídico. (PAGLIUCA, 2021, p. 19).

Citando Juan Bustos Ramírez, o ilustre jurista complementa que “a imputação objetiva não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexó normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico). (JESUS, 2008, p. 33).

Não basta que o resultado tenha sido produzido pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade. É preciso, também, que a ele possa ser imputado juridicamente. Maurach, esclarecendo essa questão, preleciona:

O complexo fenômeno da investigação jurídico-penal da causalidade somente pode ser estudado corretamente se efetua uma clara diferenciação entre pontos de vista empíricos e normativos. É este precisamente o interesse principal da teoria da imputação objetiva do resultado; para esta, a causalidade somente é a condição mínima; a ela deve agregar-se a relevância jurídica da relação causal entre o sujeito atuante e o resultado. Portanto, a investigação da causalidade tem lugar em duas etapas, estruturadas uma sobre a outra, enquanto em primeiro lugar deve ser examinada a causalidade (empírica) do resultado e, se afirmada que ela seja, a imputação (normativa) do resultado. (GRECO, 2014, p. 298).

Portanto, a “imputação objetiva é a atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização concreta e objetivamente”. (GENOVA, 2021, p. 40).

No que diz respeito a sua natureza jurídica, há consenso que “a imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo, implícito em todas as figuras típicas, assim como o dolo é elemento subjetivo do tipo”. (GENOVA, 2021, p. 41).

Para a teoria da imputação objetiva, para que um resultado normativo possa ser atribuído ao sujeito, é necessário que a conduta tenha criado para o bem jurídico um risco desaprovado e relevante; que o perigo tenha se realizado no resultado, sendo o evento considerado no sentido normativo e não naturalístico; e que o alcance do tipo incriminador abranja o gênero de resultado produzido. (JESUS, 2008, p. 34-35).

A teoria da imputação objetiva, traz critérios mais rígidos para apreciação típica, alcançando cunho altamente garantista. Quando aplicada a crimes culposos, essa teoria diminui sensivelmente a amplitude do poder discricionário do julgador. Não se trata de abandonar a causalidade natural, mas para a teoria da imputação objetiva a relação causal naturalística deixa de ser elemento suficiente na apreciação típica, além da análise mecânico-natural, que passa a constituir o primeiro momento na apuração da responsabilidade objetiva, diante da existência do vínculo causal, passa-se a um segundo momento em que será verificada a existência de seus critérios normativos. (D’AVILA, 2001, p. 136).

Essa teoria tem por base, imputar o resultado ao indivíduo, se ele tenha criado com sua conduta, um perigo permitido ou não permitido para a vítima, ou caso tenha aumentado significativamente a incidência desse perigo ao bem jurídico protegido. A teoria da imputação objetiva não pretende acabar com a teoria *conditio sine qua non*, porém, pretende limitá-la e adequá-la ao plano normativo. (CONSTANTINO, 2021, p.116).

Ao fazer paralelo com as outras teorias que tentam explicar a relação de causalidade, CONSTANTINO (2021, p. 116-117) aborda clássico exemplo utilizado na doutrina, do indivíduo “A” que induz “B” a sair, em meio a uma tempestade, e ingressar em um bosque, para realizar determinada tarefa, quando na realidade a verdadeira intenção de “A” é que um raio atinja “B” e o mate. Logo, aplicando as diversas teorias ao caso teríamos as seguintes soluções:

Aplicando a teoria da *conditio sine qua non* chegar-se-á a conclusão de que tanto o induzimento de “A” com relação a “B” quanto o raio foram causas do evento morte, inclusive houve dolo de “A” em matar “B”, que coincidiu com o fenômeno natural, no entanto, o nexos causal é rompido, excepcionalmente (segundo Baumannn), porque “A” não tem controle sobre as forças da natureza, e ainda que se afirme a relação de causalidade, “A” não pode ser tido como culpável, uma vez que o fenômeno está fora da linha de desdobramento causal:

- a teoria da adequação dirá que o comportamento de “A” não é adequado ao tipo penal, pois, nenhuma pessoa teria poderes mágicos sobre a força da natureza;
- para a teoria da relevância o fato não tem relevância para o mundo jurídico, perante o tipo penal em questão, qual seja, homicídio, pois embora o nexos causal deva ser afirmado entre a conduta e o evento, não há como haver imputação a “A”, no plano jurídico, do resultado morte, uma vez que este não possui domínio sobre um fenômeno natural;
- a análise a partir da teoria da imputação objetiva, concluirá que o induzimento de “A” para que “B” saísse durante uma tempestade para ir a um bosque, criou um risco tolerável ou permitido, em relação à vítima, porque não há como calcular, com precisão, a probabilidade da ocorrência ou não de um raio. (CONSTANTINO, 2021, p. 116-117).

Logo, a tipicidade penal dentro da teoria da imputação objetiva, é analisada não apenas com base na conduta, nexos causal e resultado, mas com a presença de outros dois elementos, quais sejam: a criação de um risco juridicamente proibido e a materialização desse risco juridicamente proibido no resultado.

Com relação ao âmbito de aplicação da teoria da imputação, há duas teorias que tentam explicar se sua aplicação na relação entre conduta e o resultado ocorre apenas nos delitos materiais ou se é estendida a todas as espécies de crime, quais sejam: a teoria restritiva e a teoria extensiva.

Para a teoria restritiva os princípios da imputação objetiva aplicam-se apenas aos delitos materiais, no entanto, a teoria extensiva defende sua aplicação a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não, sendo esta última teoria, a mais aceita pela doutrina. (MELIÁ, 1996, p. 130-131 *apud* JESUS, 2008, p. 36).

4.3. Requisitos de aplicação

A teoria da imputação está condicionada a quatro requisitos:

- 1) causalidade material entre a conduta e o resultado (só nos delitos materiais); 2) criação de um risco ao bem jurídico, relevante e juridicamente não autorizado; 3) resultado jurídico advindo do risco; e 4) correspondência entre o resultado jurídico e o perigo juridicamente desaprovado. (BACIGALUPO, 1984, p. 99 *apud* JESUS, p. 72).

Cumpra esclarecer que nos crimes materiais, antes da análise dos requisitos da imputação objetiva, se faz mister analisar a relação de causalidade. Uma vez determinada a causalidade objetiva entre conduta e resultado naturalístico, deverá ser submetido a análise das regras jurídicas, surgindo o tema da imputação objetiva. A causalidade passa a ser uma condição mínima, devendo a ela se ligar a relação normativa entre o comportamento e a produção do resultado. (MAURACH, 1994, p. 317-318 *apud* JESUS 2008, p. 73).

Na lição de SILVA SANCHEZ, BALDO LAVILLA e CORCOY BIDASOLO (197, p. 120 *apud* JESUS, 2021, p. 73), “como é sabido, a imputação do resultado a uma conduta requer, em primeiro lugar, segundo a doutrina dominante, a concorrência de uma relação de causalidade entre esta e aquele”.

Desde sua formulação originalmente feita por ROXIN, no que tange exclusivamente a imputação objetiva, o jurista elenca quatro pressupostos que devem ser levados em conta na sua aplicação: a) provocação pelo agente de um resultado causal; b) criação de um risco juridicamente desaprovado e relevante; b) a desaprovação do risco realizando-se no resultado; d) resultado circunscrito no âmbito de proteção da norma. (ROCHA, 2021, p. 59).

Fundamentando-se no princípio do risco, Roxin, ainda estabelece para os crimes de resultado, quatro vertentes que impedirão a imputação objetiva: a) diminuição do risco; b) criação de um risco juridicamente relevante; c) aumento do risco permitido; d) esfera de proteção da norma como critério de imputação. (GRECO, 2014, p. 298-299).

No exemplo de ROXIN (1986, p. 149 *apud* GRECO, 2014, p. 299), suponha-se que ao perceber que uma pedra é arremessada contra a cabeça de “B”, procurando evitar lesão mais grave, “A” que não pode evitar que a pedra atinja “B”, o empurra fazendo com que seja atingido em uma parte menos perigosa do corpo. Segundo Roxin, a atuação de “A” significa uma diminuição do risco em relação ao bem protegido e, por isso, não se lhe pode imputar como ação típica.

“A conduta que reduz a probabilidade de uma lesão não se pode conceber como orientada de acordo com a finalidade de lesão da integridade corporal”. (ROXIN, 1986, p. 149 *apud* GRECO, 2014, p. 299).

A segunda vertente, relacionada à criação de um risco juridicamente relevante, sustenta que se a conduta do agente não tem o condão de criar um risco juridicamente relevante, ou seja, se o resultado que ele pretende produzir não dependa exclusivamente de sua vontade, ainda que aconteça, o resultado deverá ser atribuído ao acaso. (GRECO, 2014, p. 299).

No que tange ao risco juridicamente relevante, ROXIN (1986, p. 152 *apud* GRECO, 2014, p.299) afirma que “o aumento ou a falta de aumento do risco permitido, é a versão simplificada do princípio do incremento do risco, desenvolvida pelo mesmo”.

Portanto, a partir do referido princípio, desenvolvido pelo jurista alemão Roxin, se a conduta do agente não houver aumentado de alguma maneira, o risco de ocorrência do resultado, este não pode ser atribuído ao agente, ou seja, para que haja a imputação objetiva, se faz mister que a conduta do indivíduo aumente a possibilidade de criação do resultado, excedendo os limites do risco permitido par ao cenário concreto.

Quanto à esfera de proteção da norma, assevera Fernando Galvão que “a relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva ainda deve ser apurada pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador; ou seja, somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma”. (GALVÃO, 1999, p. 55 *apud* GRECO, p. 300).

Ainda acrescenta que “existem casos em que o aumento do risco para além dos limites do permitido não acarreta imputação, pois a situação está fora do alcance da norma jurídica incriminadora”. (IDEM, 1999, p. 300).

Para elucidar a vertente da esfera de proteção da norma, Roxin cita o exemplo do indivíduo que por negligência atropela alguém, lhe causando a morte. A mãe da vítima ao tomar conhecimento do acidente, cai em choro e sofre um ataque nervoso. Neste caso, o referido jurista, faz o seguinte apontamento:

Deve castigar-se A por lesão negligente causada na pessoa da mãe da vítima do acidente? [...] O que verdadeiramente importa para a solução do caso é perceber se há que limitar o fim protetor dos próprios preceitos que impeçam as consequências diretamente lesivas de bens jurídicos ou se pretendemos alargá-lo de modo a evitar danos secundários desencadeados por aquelas [...] Para o direito penal, parece-me político-criminalmente correta a limitação da esfera de proteção da norma aos danos diretos. (ROXIN, 1986, p. 156 *apud* GRECO, 2014, p. 300).

Logo, não haverá imputação objetiva se o risco não foi criado pela conduta do agente, ou se criado, o risco era permitido; se apesar do risco criado, este não era relevante; se o perigo não produziu resultado jurídico, devendo aqui ser reconhecida a atipicidade ou tentativa de crime; se o resultado jurídico está fora do âmbito de proteção da norma incriminadora; e se o sujeito buscou diminuir o risco ao bem jurídico. (JESUS, 2021, p. 73-74).

Sem a pretensão de querer esgotar todas as hipóteses em que se poderia discutir a respeito da imputação, Jakobs traça quatro instituições jurídico-penais, sobre as quais desenvolve a teoria da imputação objetiva, sob o enfoque de que o comportamento social do homem é vinculado a papéis, quais sejam: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) competência ou capacidade da vítima. Ainda acrescenta que por ser um ser social, o homem vive em sociedade, não havendo uma sociedade em que não haja qualquer risco, pelo contrário, os riscos são necessários para estimular-lhes o progresso. (GRECO, 2014, p. 301)

“A vertente do risco permitido, anunciada por Jakobs, diz respeito aos contatos sociais que, embora perigosos sob certo aspecto, são necessários e mesmo assimilados pela sociedade”. (GRECO, 2014, p. 301).

Para ROXIN (1997, p. 364 *apud* JESUS, 2008, p. 35) “a imputação objetiva pressupõe “a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo”.

Logo, se o indivíduo pratica uma conduta de acordo com o papel que lhe foi designado pela sociedade, ainda que esta conduta implique na criação de um risco de lesão à terceiros, se esta conduta estiver pautada nos padrões aceitos e absorvido pela sociedade, o resultado lesivo que porventura decorra dessa conduta será imputado ao acaso.

Pelo princípio da confiança, outra vertente levantada por Jakobs, os indivíduos que formam uma sociedade, devem confiar que cada um de seus integrantes cumpra o seu papel, observando os deveres e obrigações, de maneira que o indivíduo cumpre o seu papel, esperando que o outro também o cumprirá.

Para Jakobs, o princípio da confiança significa que, “apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar - numa medida ainda por

determinar - em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido confiar". (CALLEGARI, 2021, p. 79).

E como muito bem delineado por André Luis Callegari:

De acordo com este princípio, não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido. O princípio da confiança significa que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar - numa medida ainda por determinar - em seu comportamento correto. (CALLEGARI, 2021, p. 80).

Na vertente da proibição ao regresso, fica mais claro o valor dado por Jakobs aos papéis que as pessoas desenvolvem na sociedade. Por esta vertente, segundo o referido autor, se cada um dos indivíduos se limitar a atuar de acordo com aquilo que lhe foi incumbido desempenhar, ainda que desta conduta venha resultado, ou até mesmo contribua para cometimento de alguma infração penal, este indivíduo não poderá ser responsabilizado. (GRECO, 2021, p. 303).

Jakobs exemplifica com o caso de alguém que compra um pão para envenená-lo, sendo conhecimento do padeiro o que irá se suceder. Para o referido jurista, essa hipótese pode ser solucionada a partir do fato de que elemento tão cotidiano como a venda de um alimento, sempre está disponível, de modo que a proibição deste tipo de contribuição não é suscetível de evitar, o comportamento do autor. Continua aduzindo que na melhor das hipóteses, esta argumentação só acertaria pela metade, pois poderia suceder de no caso concreto ser possível evitar o comportamento do autor. Porém, se isto acontecesse, e é aqui que Jakobs levanta o ponto decisivo, a contribuição do terceiro não apenas é algo comum, como seu significado é de modo invariavelmente, ou seja, um comportamento comum que não pode ser considerado parte de um delito. (JAKOBS, 2000, p. 27-28 *apud* GRECO, 2014, p. 303-304).

Segundo o raciocínio de Jakobs, se no caso do padeiro, fosse aplicado o processo hipotético de eliminação de Thyrén, a conduta de vender o pão a terceiro que o envenenaria a fim de causar a morte de outra pessoa só não seria punida se fosse comprovado a inexistência do elemento subjetivo, encerrando-se nele a cadeia causal, com o objetivo de evitar o regresso *ad infinitum*. Porém, pela proposta de Jakobs, mesmo que o padeiro tivesse ciência da finalidade ilícita do agente que

comprou o pão, não seria responsabilizado pela infração penal, posto que a atividade de vender pães, consiste no seu papel de padeiro. (GRECO, 2014, p. 304).

A vertente relativa à competência ou capacidade da vítima é agrupada por Jakobs em suas situações, a saber: o consentimento do ofendido e as chamadas ações a próprio risco.

O consentimento do ofendido poderá ser aproveitado no Direito Penal, e presente os requisitos necessários para que seja tido como válido, tanto pode afastar a tipicidade do fato, quanto excluir a ilicitude.

Jakobs salienta as hipóteses em que a própria vítima, com o seu comportamento, tenha contribuído ou ao menos facilitado a imputação da consequência lesiva; "hipóteses em que, portanto, a modalidade de explicação não é a fatalidade, mas a lesão de um dever de autoproteção ou inclusive a própria vontade; as infrações dos deveres de autoproteção e a vontade se agrupam aqui sob o rótulo de ação a próprio risco". (JAKOBS, 2000, p. 30 *apud* GRECO, 2014, p. 304).

A exemplo de quem se propõe a praticar esportes radicais, sendo sabedor, previamente, que há um risco de ser lesionado, de modo que este fato não poderá ser atribuído ao instrutor, que agiu de acordo com o seu dever de cuidado. (GRECO, 2014, p. 304).

Sobre a teoria da imputação objetiva GRECO (2014, p. 304) conclui que o termo mais apropriado seria o de teoria da não imputação, posto que a referida, por meio de suas vertentes, tem por objetivo evitar a imputação objetiva, do tipo penal a alguém, de maneira que uma vez concluída pela não imputação objetiva, afasta-se o fato típico.

4.4. Imputação objetiva e a responsabilidade penal médica

Do ponto de vista jurídico, as injustiças podem surgir devido à ausência de verificação completa na prática diária do médico. A verificação do perigo ou dano é essencial no Direito Penal, pois se baseia em princípios de dignidade humana e outros direitos universais.

Uma vez que a medicina é uma das muitas áreas do esforço humano inextricavelmente ligada à geração de riscos e à reflexividade da sociedade pós-moderna, a questão da responsabilidade criminal por conduta médica é da maior urgência. (LACAVA FILHO, 2008).

Devido à falibilidade humana e à ausência de juízes tecnicamente sábios, o papel do médico tornou-se um dos mais difíceis na sociedade moderna.

É importante ressaltar que o médico, na visão de mundo da sociedade de risco, se vê tanto como vítima quanto como perpetrador. Segundo Fernanda Schaefer, no entanto, há uma série de perigos associados ao trabalho que os médicos fazem:

As doenças cujas etiologias são desconhecidas devem ser estudadas tomando-se por base as características físicas, genéticas, alimentares, influência do meio ambiente, da comunidade em que costumam aparecer com maior incidência. Denomina-se esse grupo social de grupo de risco. Portanto, fixando-se o perfil desse grupo é possível chegar a um denominador comum sobre os fatores de risco (predisponentes, agravantes e desencadeantes). A utilização do grupo de risco na elaboração do diagnóstico implica em dois procedimentos. O primeiro deles é conhecer o perfil do grupo de risco, ou seja, quais são as características que definem a condição para integrá-lo. O segundo identifica no paciente os Fatores de Risco, ou seja, aqueles que o tornam integrante do Grupo de Risco (SCHAEFER, 2006, p.102).

Características humanas inerentes, tais como a programação genética do paciente, ou as chamadas "variáveis genéricas de variação com sexo, idade, grupo étnico, biótipo e herança", podem colocar uma pessoa em risco de desenvolver uma doença. Como eles se sobrepõem à imagem principal, fatores agravantes também podem ser considerados como questões complicadas. Aqui estão alguns exemplos: pressão alta, diabetes, uso de tabaco, obesidade e inatividade. Circunstâncias precipitantes infrequentes alteram o curso normal da doença. Um paciente de infarto do miocárdio pode ter sentimentos intensos se sofrer um trauma em um pé isquêmico. O objetivo é ilustrar como uma coincidência pode alterar significativamente o curso de um caso clínico e, em casos extremos, resultar até na morte do paciente (MORAES, 2002).

Portanto, a fim de evitar qualquer tipo de dano através de sua conduta, seja na aplicação de algum medicamento através de um diagnóstico ou algum procedimento mais invasivo no paciente, todas as informações devem ser apresentadas ao médico através da avaliação de possíveis complicações médicas.

A maioria dos tribunais carece de competência linguística para traduzir ou compreender papéis relativos à atuação médica, deixando a atuação jurisdicional em um estado ingênuo.

A partir deste ponto de vista, é essencial examinar os aspectos contextuais da prática médica para que o juiz possa tomar uma decisão imparcial. Neste contexto, nos referimos à teoria da imputação objetiva, na qual vários aspectos da causalidade

são considerados a fim de estabelecer um vínculo entre um resultado e as ações do agente.

Como já mencionado, a mera ligação entre causa e efeitos desencadearia um regresso de acontecimentos ao infinito, assim, o objetivo da imputação objetiva não é extinguir a teoria da *conditio sine qua non* mas se pautar na necessidade da fixação de limites quando da aferição do nexo de causalidade.

Essa cadeia de regresso ao infinito faz com que a prática da medicina tenha mais riscos, afrontando, inclusive a promoção à saúde e o direito de liberdade do exercício da profissão, direitos insculpidos no texto constitucional.

A teoria da imputação objetiva encontra aplicação no direito penal, podendo ser adotada no direito brasileiro, pois conforme salienta CAPEZ (2021, p. 108) muito embora seja uma teoria que ainda se discute no Brasil, poderá ser adotada pelo Código Penal sem depender de uma reforma, pois o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, acomete à lei, por meio de tipos penais, definir os crimes. A imputação objetiva é um elemento normativo que está de forma implícita em todo o tipo.

A imputação objetiva seria o primeiro critério para auferir a responsabilidade penal, antes da análise do tipo subjetivo, da antijuridicidade e da culpabilidade, de forma que sua ausência culmina em exclusão de elementar com a consequente atipicidade do fato.

Conforme enfatizado por GUIMARÃES (2021, p. 142): “se uma ação, mesmo que de risco, encontrar-se dentro das medidas do que se julga um risco permitido, a mesma não terá nenhum vulto jurídico-penal por se encontrar excluída a tipicidade”.

Tal critério poderia ser aplicado na análise da conduta médica, como por exemplo o caso do médico que ao atender vítima em estado gravíssimo devido a um acidente, inicia prontamente procedimento cirúrgico na tentativa de lhe salvar a vida. Ocorre que a vítima acaba falecendo em decorrência de complicações cirúrgicas que poderiam ser previstas caso tivessem sido realizados exames pré-operatórios, os quais só não foram realizados dados a urgência do caso.

Aplicando ao caso a teoria objetiva, não há que se falar em crime de homicídio culposo, pois ao buscar identificar a responsabilidade penal, antes mesmo da análise do tipo subjetivo, haveria atipicidade do fato com exclusão de elementar, pois apesar de ter criado uma situação de risco, ao realizar uma cirurgia sem exames pré-

operatórios, o médico criou um risco permitido, pois em decorrência do gravíssimo estado da vítima não haveria tempo hábil para realiza-los, sendo a imediata realização do procedimento cirúrgico, única tentativa de salvar-lhe a vida. Ou seja, o médico dentro do esperado, pois sua função era ao menos tentar salvar a vida o paciente por meio do procedimento cirúrgico de emergência, não podendo agir de forma diferente.

E como mencionado por ROXIN (GALVÃO, 2013, p.313), “mesmo que o sujeito crie, com seu comportamento, uma situação de risco, não é possível formular-se imputação quando se tratar de um risco permitido”.

Guimarães complementa que inicialmente, o risco permitido não é uma permissão para lesionar bens jurídicos como a vida e a saúde, pois não é admissível a existência de uma função social em prol do sacrifício de bens tão relevantes, porém, a prática de atividades consideradas como perigosas, levam à conclusão que os perigos de lesão à vida ou à saúde são permitidos, pois conforme leciona Roxin, o fundamento da imputação objetiva do resultado é o incremento do risco por parte do agente, de forma a ultrapassar os limites do permitido. (GUIMARÃES, 2021, p. 142-143).

Melhor explicando, GUIMARÃES (2021, p. 143), traz o exemplo de um cirurgião geral que ao receber paciente que necessita de cirurgia neurológica, mesmo não sendo a sua especialidade realiza o procedimento. Veja que no caso, ainda que o médico tenha formação em medicina, a prática de cirurgia fora de sua área de atuação, leva a presunção de que o ato incrementou o risco existente ao não ter a formação específica, o que poderia, em razão da cirurgia realizada, causar sério dano ao paciente. Desta feita, o que fundamenta a imputação, é a realização de um risco proibido de maneira juridicamente expressivo, e não a evidencia do fato pela ação.

Pelo princípio da confiança, outra instituição jurídico-penal que orienta a imputação objetiva, não se deve imputar objetivamente resultado produzido por quem operou na confiança de que outros se manteriam dentro dos limites do perigo permitido.

Assim, imaginemos a situação hipotética de uma equipe cirúrgica que realiza delicado procedimento no pescoço de um paciente, e em dado momento, no decorrer do procedimento, o paciente se meche em razão do anestesista não ter ministrado a correta dose do anestésico, o que faz com que o cirurgião acabe rompendo a jugular do paciente causando-lhe grave hemorragia, e consecutivamente a sua morte.

Fazendo análise do caso, não há que se responsabilizar o cirurgião por imprudência ou imperícia, pois utilizando o critério de imputação do princípio da confiança, a imputação do crime culposos ao cirurgião será afastada, pois agiu dentro dos limites do risco permitido e esperando que os membros da equipe, inclusive o anestesista, agissem conforme o direito. Ou seja, se o anestesista tivesse injetado a dosagem correta do anestésico, o paciente não teria se mexido no momento da cirurgia e o evento não ocorreria. (GUIMARÃES, 2021, p. 145).

O princípio da confiança está ligado a confiabilidade que uma pessoa tem em relação a outra ou outras pessoas, de que estas agirão de acordo com o direito. Conforme disciplina este princípio, não se imputará de forma objetiva o resultado produzido porque agiu confiando que outros se manterão nos limites do risco permitido.

Sabe-se que, não raras vezes, o médico é chamado para atender situações de urgência e emergência, onde, muitas vezes, precisará produzir um dano menor, para evitar um dano maior, qual seja, a morte.

Neste sentido, o médico que visando salvar a vida do paciente, decide amputar um de seus membros, não responderá por lesão corporal, seja dolosa ou culposa, pois agiu para diminuir a amplitude do risco de dano, o que gera efeito de atipicidade da conduta.

Assim, a atividade do médico é dotada de riscos, e se avaliarmos as condutas médicas apenas pela Teoria dos antecedentes causais, sem a limitação da teoria objetiva, poder-se-á tornar o exercício da profissão inviável, pois se o profissional estiver sujeito a uma cadeia causal ilimitada, ficará receoso em realizar determinados procedimentos por medo das consequências.

Logo, adotando a teoria da imputação objetiva, poderá ser reduzida a cadeia causal, ou seja, imputando ao médico somente aqueles casos em que o resultado danoso foi consequência de negligência, de imprudência ou de imperícia.

Desta forma, a teoria da imputação objetiva poderá ser aplicada as condutas médicas, tendo em vista que sua atuação está ligada a um risco permitido, e como consequência, excluindo a tipicidade, porém, haverá casos de que a reprovabilidade será juridicamente típica, pois houve risco considerável ao limite juridicamente permitido.

CONCLUSÕES

1. O direito à saúde, alçado ao status de direito fundamental na Constituição Federal de 1988, tem como objetivo possibilitar o necessário para uma vida digna e justa, alcançando qualquer indivíduo sem qualquer distinção. Através de seu papel garantidor, o Estado não pode se ausentar de desenvolver políticas sociais e econômicas, que visem garantir acesso universal, incondicional e não remunerado à assistência médica a todos os cidadãos.

2. O Sistema Único de Saúde (SUS) criado no Brasil em 1988, um dos maiores e mais complexos sistema de saúde do mundo, dado o seu caráter universal, estabeleceu um princípio de sistema de saúde gratuito para todos, sem qualquer distinção e de maneira equânime, sendo responsável pelo atendimento de cerca de 75% da população, ficando os demais sob assistência privada de saúde.

3. O direito à saúde e à vida, se interligam e se complementam, pois não há que se pensar em uma vida de bem-estar, sem que não se associe a uma vida com saúde, sendo, portanto, objetos de proteção constituição, portanto, o médico, que no exercício de sua profissão, lesiona tais direitos, poderá ser responsabilizado nas esferas cível, penal e administrativa.

4. A responsabilidade civil, consiste no dever de reparar o dano nos casos em que houver violação ao dever jurídico de outrem, sendo necessário para sua caracterização, uma conduta omissiva ou comissiva, que ocasione dano moral ou patrimonial à vítima, além da existência de nexo de causalidade entre a ação e o dano.

5. Enquanto profissional liberal, exercendo a medicina de forma autônoma, a responsabilidade civil do médico se dará de maneira subjetiva, logo, para que seja responsabilizado civilmente, a vítima deverá comprovar dolo ou culpa na sua conduta, além do nexo de causalidade entre esta conduta e o dano.

6. Na esfera penal, para que haja responsabilização, primeiramente será necessário que a conduta praticada se enquadrando em algum tipo descrito na legislação penal, considerando-a como crime, que para a teoria adotada pela legislação penal brasileira, possui como elementos caracterizadores o fato típico, antijurídico e culpável.

7. Com exceção de alguns delitos em que se exige o dolo do médico, como omissão de socorro, emissão de falso atestado, omissão de notificação de doença cuja notificação seja compulsória, em geral a responsabilidade do médico na esfera

penal ocorre de maneira culposa, ou seja, em decorrência da violação de um dever de cuidado, decorrente da imprudência, negligência ou imperícia.

8. Não existe um erro médico que não impacte negativamente a saúde do paciente de alguma forma. Um erro médico é falseado, sua compensação é impossível, e sua culpabilidade distorcida quando não há lesão, o que é essencial e um dos pressupostos essenciais para a responsabilização por erro médico, pois é impossível ser responsabilizado sem causar danos, mesmo que a culpa não esteja envolvida.

9. Para demonstrar que houve uma violação do dever de cuidado objetivo, é necessário verificar que nível de cuidado era esperado do indivíduo em questão. Uma violação do dever de cuidado objetivamente devido pode ser indicada pela violação das regras legais de conduta, mas tal violação não pode ser estabelecida conclusivamente se o perigo típico da conduta assumida pela regra legal estiver ausente devido às circunstâncias excepcionais do caso individual.

10. A exemplo, todo procedimento cirúrgico é um ato de violência, tendo efeitos reais e duradouros sobre o paciente. Sem dúvida, a cirurgia é um dos procedimentos mais perigosos que um médico pode realizar; como resultado, o profissional deve exercer extrema cautela, além de ter uma sólida compreensão dos detalhes técnicos envolvidos no procedimento. Porém, o médico não tem o dever de obter o resultado esperado, mas sim a utilizar todos os meios e técnicas à sua disposição para alcançar esse resultado.

11. Dada a complexidade do corpo humano e os limites da pesquisa médica, antes de se imputar responsabilidade ao médico, se faz necessário determinar se fez ou não pleno uso de todas as ferramentas e recursos de diagnóstico relevantes a fim de obter um resultado satisfatório a condição do paciente. Ademais, tendo em vista o risco em si, decorrente do próprio ato médico, e situações fortuitas e fatalidades, inerentes ao próprio ato, que fogem ao controle do profissional, não é propriamente o dano causado ao paciente que deve ser analisado, mas também se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao procedimento, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a obtenção do resultado almejado.

12. Vale consignar que deve ficar plenamente caracterizado o erro por parte do médico. Na dúvida, absolve-se, aplicando o princípio e postulado básico do Direito Penal, inserido num Estado Democrático de Direito.

13. Apesar da importância de manter o controle sobre médicos irresponsáveis, é certo que a perspectiva de recuperação civil de danos e repressão criminal não pode impedir o avanço do conhecimento médico ou impedir que os médicos adotem procedimentos totalmente novos para salvar vidas.

14. Assim, a profissão médica deve ter um certo grau de flexibilidade, evitando o extremismo de tentar responsabilizar o profissional a qualquer momento que seu trabalho cause danos ao paciente.

15. Por fim, ainda é possível aplicação da teoria da imputação objetiva em crimes culposos, com base em critérios como risco permitido identificando a responsabilidade penal, antes mesmo da análise do tipo subjetivo, haveria atipicidade do fato com exclusão de elementar, pois, muitas vezes, apesar da criação uma situação de risco, o médico cria um risco permitido, dentro do esperado, não podendo lhe ser imputado infração penal, quando se tratar de um risco permitido.

16. A teoria da imputação objetiva encontra aplicação no direito penal, podendo ser adotada no direito brasileiro, pois o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, acomete à lei, por meio de tipos penais, definir os crimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Ricardo Barbosa. Teoria da Imputação Objetiva. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acessado em: 18/02/2023.
- ASENSI, Felipe Dutra. Sistema Único de Saúde Lei 8.080/1990 e Legislação Correlata. Leya, 2015.
- ASSIS, Francisco Toledo de. Princípios Básicos de Direito Penal. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ASTI, Michel Vera. Metodologia da pesquisa-ação. São Paulo. Cortez, 1995.
- ASÚA, Jiménez de. Tratado de Derecho Penal. v. 3. Buenos Aires: Losada. 1951. p. 61 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.
- BECCARIA, Cesare. Dei Delitti e Delle Pene.1764. Traduzido pela editora Martn Claret. São Paulo: 2007.
- BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, parte geral. v. I. Coimbra: Coimbra editora. 1978. p. 105 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal:- Parte geral. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- BLEICHER, Lana; BLEICHER, Taís. Saúde para todos, já!. EDUFBA, 2016.
- BORGES, Viviane Trindade. Memórias difíceis: Hospital Colônia de Barbacena, reforma psiquiátrica brasileira e os usos políticos de um passado doloroso. Museologia e Patrimônio–Revista eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Museologia e Patrimônio, v. 10, n. 1, 2017.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APn 472/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2011, DJe 08/09/2011.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 129569 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 30/07/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05/08/2015 PUBLIC 06/08/2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2010
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal – Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal – Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil – Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

BRASIL. Ministério da Justiça. Código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos. 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/menor-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos#:~:text=Garantido%20no%20artigo%20196%20da,para%20qualquer%20atendimento%20de%20sa%C3%BAde>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 224, de 29 de janeiro de 1992. Estabelece diretrizes e normas para o atendimento em saúde mental. Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_224.pdf.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria executiva. Legislação em saúde mental 1990-2002. 3º ed. Revista e atualizada, Brasília, 2002.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. [S. l.], 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

BRENER, Paula Rocha Gouvêa. Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/35120>>.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral 2. São Paulo: Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luis. Atividades cotidianas e lavagem de dinheiro. Revista consultor jurídico, 4 de março de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/callegari-atividades-quotidianas-lavagem-dinheiro#_ftn4.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, legislação especial penal. V. 4. 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CAPEZ, Fernando. O declínio do dogma causal. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acessado em: 20/02/2023.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria General del Delito, p. 56-256 In Fernando Galvão e Rogério Greco, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 1999.

CARVALHO, Salo de; AGUIAR, Lucas Albuquerque. Limites de responsabilidade na omissão de socorro às vítimas da Covid-19. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/carvalho-aguiar-responsabilidade-omissao-socorro#_ftnref6>.

CASTILHO, Ana Flavia de Andrade Nogueira; SANT'ANNA, Camila; ALONSO, Ricardo Pinha. A supressão dos direitos humanos dentro do maior manicômio do Estado brasileiro. REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866, v. 10, n. 01, 2017.

CATALAN, Marcos Jorge. Memória direito e sociedade atas do II congresso direito e sociedade do Unilasalle: a fragmentação do direito e a tutela dos consumidores no brasil. E-books/Editora Unilasalle, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade civil do ato médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica: resolução CFM nº 1.246/88. 6ª ed. Brasília-DF: CFM, 2001.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Manual de orientação ética e disciplinar. 2ª ed. rev. atual. Florianópolis: Cremesc, 2000. Coordenação de Nelson Grisard com a colaboração de Irineu Ramos Filho. CROCE, Delton.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Teorias da Causalidade e Imputação Objetiva no Direito Penal. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acessado em: 21/02/0023.

CRM-SP. O médico e a justiça. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

CROCE JÚNIOR, Delton. Erro médico e o direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CRUZ, Jorge Silva. Ética das virtudes: em busca da excelência. Revista Medicina: São Paulo, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

DA CRUZ, Francieli Borchardt; BOHNENBERGER, Gustavo Wohlfahrt. DIREITOS HUMANOS E O HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA. FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS-FEMA, 2018.

DA SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. Doença preexistente nos planos de saúde. Saraiva Educação SA, 2017.

DE ANDRADE, Mariana Dionísio. Direitos humanos das pessoas com deficiência mental: tratamento institucional no contexto brasileiro. Revista Quaestio Iuris, v. 10, n. 2, 2017.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito Civil brasileiro. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de;

BRITO, Alexis Couto. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. São Paulo: RT, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. C. Lições de Direito Penal: parte geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil 3 - responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 3. vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALHARDO, BRUNO ZANESCO MARINETTI KNIELING. A responsabilidade penal por erro médico: baliza e mitigações dos riscos. 2022. Disponível em: <<https://stricto.unisanta.br/Mestrado/Direito/Dissertacoes>>. Acesso em: 17/02/2023.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, Fernando; GRECO Rogério. Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

GANDINI, João Agnaldo Donizetti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por uma conduta omissiva. Revista CEJ, v. 7, n. 23, 2003.

GENOVA, Jairo José. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf >. Acessado em: 18/02/2023.

GUIMARÃES, Phelipe Dimas Machado. Responsabilidade penal do médico e a teoria da imputação objetiva. Disponível em:
 <file:///C:/Users/gicelia.gouveia/Downloads/3889-12703-1-PB.pdf>. Acessado em: 21/02/2023.

GOMES, Julio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. Erro médico. 3ª ed. rev. atual. Montes Claros-MG: Unimontes, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: direito das obrigações. Saraiva: São Paulo, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRISARD, Nelson; FILHO, Irineu Ramos. Manual de orientação ética e disciplinar. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. 2ª ed. Florianópolis: Cremesc, 2000.

GUARAGNI, Fábio André; FERNANDES ORTIGARA, Marina. O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados. Revista Jurídica – UNICURITIBA – v. 1, n. 34. Disponível em:
<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/797>.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Del Rey, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Traducción del José Luis Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada – Espana: editorial Comares. 1993.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio E. Imputação Objetiva. Saraiva. São Paulo, 2008.

LACAVA FILHO, Nelson. Responsabilidade penal do médico na perspectiva da sociedade do risco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. Direito Público. Porto Alegre, ano 3: 2006.

LIMA, Vanessa Carla Borges de *et al.* Bolsa Família, proteção social e território: o impacto das condições de acesso aos serviços públicos condicionados instalados no território de vivência. 2020.

LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO, Gustavo Henrique Rocha de. Ações neutras para o direito penal. Revista do direito penal processo e constituição, 2020.

MACHADO, Deise. Erro médico: a luta pela vida. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

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

MAIA, Ari Fernando; GRADELLA, Osvaldo. A educação em direitos humanos como suporte às políticas antimanicomiais: história e memória. Trabalho, Educação e Saúde, v. 19, 2020.

MANSUR, Nacime; OLVEIRA, Reinaldo Ayer de. O médico e a justiça. Um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. A responsabilidade penal por erro médico. Revista Jurídica da FURB, nº 3, junho de 1998.

MAURACH, Reinhardt. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Thalia Pereira. A responsabilidade civil dos médicos por danos causados aos pacientes em hospitais particulares. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19636/1/Monografia%20-%20A%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DOS%20M%C3%89DICOS%20POR%20DANOS%20CAUSADOS%20AOS%20PACIENTES%20EM%20HOSPITAIS%20PARTICULARES.pdf>. Acesso em 04/08/2022.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. 33ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Irary Novah. Erro médico e a justiça. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

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

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 410 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

NORONHA, Fernando. Direito do consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor. Apostila, 2002.

OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Ayer de. O Médico e a Justiça: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

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

OLIVEIRA, S. L. Tratado de metodologia científica. São Paulo: Pioneira, 2001.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. Imputação Objetiva. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf >. Acessado em: 19/02/2023.

PANASCO, Wanderby Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Rio de Janeiro, Forense. 1984.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

PIRES, Adriana da Fonseca. Participação na lavagem de dinheiro: o problema das ações neutras. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/229561124/participacao-na-lavagem-de-dinheiro-o-problema-das-acoes-neutras>. Acesso em: 06/01/2023.

PRADO, Antônio Orlando de Almeida, (organizador). Código de Hamurabi, Leis da XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei de Talião. São Paulo: ed. Paulistanajur. 2004.

PRADO, Geraldo. Ações neutras e a incriminação da advocacia. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia>.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da constituição federal: uma análise comparada. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, 2010.

RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro. Tese de doutorado - USP, 1992, disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-152131/pt-br.php>.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. A importância da teoria da imputação objetiva na evolução da dogmática do direito penal. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acessado em 18/02/2023.

ROSA, Angélica Ferreira; SZANIAWSKI, Elimar. O holocausto brasileiro e a responsabilidade do Estado em relação ao direito à saúde e a prestação de remédios aos doentes psiquiátricos. 2018.

ROXIN, Claus in FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. Prólogo. São Paulo: RT, 2011.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 2ª ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos de Delito en la Base a la Política Criminal. Barcelona: PPU, 1992. In Fernando Galvão e Rogério Greco, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

SAMPAIO, Nícia Regina. A saúde como direito fundamental no estado democrático de direito. 2003. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. Teoria da imputação objetiva. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Ulderico Pires dos. A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2006. 26

SEBASTIÃO, Jurandir. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito. COAD Seleções Jurídicas: 2004.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética. 3ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Wilson Melo. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro, Forense: 1999.

SOUZA, Dilson Santiago de et al. Exercício dos direitos humanos de pessoas institucionalizadas: percepção de profissionais de hospital psiquiátrico. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 73, 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES LOBATO, José Danilo. Ações neutras e teoria do abuso do direito – um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2014.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. Culpabilidade, Concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas – SP: ed. Minelli. 2002.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. – 2. ed. – Rio de Janeiro: 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos processuais da ação. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 4, 2000.

TRETTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mario Cesar. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. Revista de Direito do Consumidor, 2020.

WEIGEND, Thomas. Los límites de la complicitad punible. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. 2ª Época, n.º 10 (2002). Disponível em: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5050/Documento.pdf>.

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

WELZEL, Hans; e TAVAREZ, Juarez, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 15 In Fernando Galvão e Rogério Greco, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.