UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES
INDIVIDUAIS E COLETIVAS

BRUNO ZANESCO MARINETTI KNIELING GALHARDO

A RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO: BALIZAS E
MITIGAÇÃO DOS RISCOS

SANTOS
2022

BRUNO ZANESCO MARINETTI KNIELING GALHARDO

**A RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO: BALIZAS E
MITIGAÇÃO DOS RISCOS**

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
orientação do Prof. Dr. Luciano
Pereira de Souza.

SANTOS

2022

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, e desde que citada a fonte.

344.04121 Galhardo, Bruno Zanesco Marinetti Knieling
G155r A Responsabilidade Penal por Erro Médico: Balizas
e Mitigação dos Riscos./
Bruno Zanesco Marinetti Knieling Galhardo.
- 2022
106 fls.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos,
SP, 2022.

1. Responsabilidade Penal. 2. Erro Médico. 3. Balizas.
4. Mitigação dos Riscos. 5. Atendimento Presencial.
I. Souza, Luciano Pereira de. II. Galhardo, Bruno Zanesco
Marinetti Knieling. III. A Responsabilidade Penal por Erro
Médico: Balizas e Mitigação dos Riscos.

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, senhor de tudo e de todos, por ter guiado meus passos até aqui. Com extremo amor e gratidão, dedico este trabalho a meus familiares: minha mãe Lilian, meu pai Carlos (in memoriam), minha tia Andrea e, especialmente à minha avó Penha (in memoriam) por todo amor e zelo que permitiram chegar até aqui, à minha esposa, Bianca, por suportar minha ausência durante o período de pesquisa e dissertação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço o incentivo do meu estimado orientador, Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza, pelo encorajamento pela definição deste tema tão importante para o Direito da Saúde, bem como pela sempre atenciosa orientação, marca registrada de sua atuação na docência, desde os tempos em que foi meu professor na graduação.

Agradeço a todo qualificado corpo docente e discente do Programa de Pós Graduação em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília, pelos ensinamentos e experiências compartilhadas ao longo do período de pesquisa.

Agradeço a atenção das secretárias Sandra Helena Aparecida de Araújo e Imaculada Conceição Scorza de Souza, sempre dispostas a auxiliar nas questões administrativas inerentes ao Programa.

Por fim, agradeço a toda equipe da Malavasi Sociedade de Advogados, meus colegas de trabalho que abraçaram este sonho junto comigo e estiveram, a todo tempo, apoiando-me e incentivando-me.

RESUMO

A análise de condutas de erro médico sob o prisma do direito criminal não é um caminho retilíneo, porquanto nem sempre que ocorrer um resultado indesejado pela conduta do médico, poderá se falar na responsabilização criminal do profissional. Será preciso analisar a existência de nexos causal entre conduta e resultado, se o profissional incrementou ou criou um risco com a conduta desempenhada, também será imperioso perquirir se a conduta se constituiu em erro profissional ou erro médico, bem como se o profissional seguiu a *lex artis ad hoc* no caso concreto. Outrossim, deve ser analisado, de acordo com o caso posto, se o profissional possuía o dever de garante ou se assumiu este dever de alguma forma. No caso de erro surgido da prática de atos em equipe, mister apurar o papel individual de cada qual, com o intuito de sancionar somente o errante. Por outro lado, tão importante quanto a criação de balizas para a responsabilização criminal de condutas de erro médico, é a mitigação dos riscos, à guisa de reduzir a incidência de erros (e, portanto, melhorar ao atendimento ao paciente), bem como a judicialização criminal em face do profissional da saúde. O *criminal compliance*, através da detecção e correção dos problemas que conduzem ao erro médico se mostra como uma ferramenta importante, assim como a elaboração de um prontuário médico detalhado e a criação de padrões de segurança para redução das falhas humanas, como as *red rules* ou *red flag rules*. Neste sentido, o trabalho em apreço possui a finalidade de demonstrar critérios de análise para a imputação ou não de responsabilidade criminal por erro médico. A metodologia aplicada foi exploratória aplicando o método dedutivo na análise de doutrinas jurídicas, legislações federais e normativas do Conselho Federal de Medicina. Após a análise concluiu-se que o estabelecimento de critérios objetivos para a responsabilização criminal por erro médico passa pela análise do proceder imprudente, imperito ou negligente do profissional, complementado pelo exame da *lex artis ad hoc*, pelo nexos causal através da teoria da equivalência das condições e da teoria da imputação objetiva, bem como que o *Criminal Compliance*, o prontuário médico bem elaborado, os Termos de Consentimento Informado e a adoção das *Red Rules* constituem importantes formas de mitigação dos riscos de uma denúncia criminal contra o profissional da saúde e, sobretudo, melhoram a prestação dos serviços de saúde a quem deles necessita.

Palavras-Chave: responsabilidade penal. Erro médico. Balizas. Mitigação dos riscos.

ABSTRACT

The analysis of medical malpractice behaviors from the perspective of criminal law is not a straight path, because not always when an undesired result occurs due to the doctor's conduct, it may be possible to speak of the professional's criminal liability. It will be necessary to analyze the existence of a causal link between conduct and result, if the professional increased or created a risk with the conduct performed, it will also be imperative to investigate whether the conduct constituted a professional error or medical error, as well as whether the professional followed the *lex artis ad hoc* in the specific case. In the case of an error arising from the practice of acts as a team, it is necessary to determine the individual role of each one, in order to sanction only the errant. On the other hand, just as important as the creation of guidelines for criminal liability of medical malpractice is the mitigation of risks, in order to reduce the incidence of errors (and, therefore, improve patient care), as well as the criminal judicialization of the healthcare professional. Criminal compliance, through the detection and correction of problems that lead to medical errors, proves to be an important tool, as well as the elaboration of a detailed medical record and the creation of safety standards to reduce human errors, such as red rules or red flag rules. In this sense, the thesis under review has the purpose of demonstrating analysis criteria for the imputation or not of criminal liability for medical error. The methodology applied was exploratory, applying the deductive method in the analysis of legal doctrines, federal legislation and regulations of the Federal Council of Medicine. After the analysis, it was concluded that the establishment of objective criteria for criminal liability of medical errors passes through the analysis of the professional's reckless, inexperienced or negligent conduct, complemented by the examination of the *lex artis ad hoc*, of the causal link through the theory of equivalence of conditions and theory of objective attribution, as well as that Criminal Compliance, a well-prepared medical record, the Terms of Informed Consent and the adoption of the Red Rules are important ways of mitigating the risks of a criminal complaint against the health professional, and, above all, they improve the provision of health services to those who need them.

Keywords: Criminal liability. Medical error. Beacons. Risk Mitigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A responsabilidade médica no plano jurídico.....	10
1.1 Bosquejo histórico da responsabilidade do médico.....	10
1.2 Delineamentos gerais sobre a responsabilidade civil do profissional da medicina por erro médico.....	15
1.3 Delineamentos gerais sobre a responsabilidade disciplinar do profissional da medicina por erro médico.....	17
1.4 Delineamentos gerais sobre a responsabilidade penal do profissional da medicina por erro médico.....	19
2. A responsabilidade do profissional por erro médico no âmbito penal.....	21
2.1 O erro médico.....	22
2.2 Erro médico (culposo) e erro profissional.....	25
2.3 Os fundamentos da punição dos crimes culposos e a previsão legal.....	30
2.4 O descumprimento do dever de cuidado, as formas de erro médico e a <i>lex artis</i>.....	37
2.5 O problema do nexu causal.....	43
2.6 A teoria da imputação objetiva.....	47
2.6.1 A previsibilidade do resultado.....	51
2.6.2 O critério da evitabilidade do resultado.....	56
2.6.3 A teoria do aumento do risco.....	60
2.6.3.1 A criação do risco.....	61
2.6.3.2 A realização do risco no resultado.....	63
2.6.3.3 O resultado dentro do alcance do tipo.....	64
2.6.4 Do critério relativo à qualidade da ação.....	67
2.6.4.1 O risco permitido.....	68
2.6.4.2 O risco habitual.....	69
2.6.4.3 A <i>culpa levis</i> ou culpa leve e a culpa temerária ou negligência grosseira.....	70
2.7 O dever de garante e a omissão.....	74
2.8 Atos em equipe.....	76
2.9 O erro ensina.....	79
3. Mitigação dos riscos de responsabilização penal por erro médico.....	82
3.1 O <i>compliance</i> e o <i>criminal compliance</i>.....	84
3.2 O prontuário médico.....	88
3.3 Termos de consentimento informado.....	92
3.4 <i>Red Rules</i>.....	95
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

Diante das cada vez mais complexas relações que são estabelecidas diariamente entre médico e paciente, da exaustiva jornada de trabalho, das aviltantes condições de trabalho e tecnologia, dentre outros fatores, o Brasil viu crescer as demandas judiciais intentadas em face dos médicos.

Processos discutindo a responsabilidade civil decorrente de erro médico são cada vez mais comuns no âmbito do Poder Judiciário. Com isso, cresceu a necessidade de doutrinas e estudos a respeito do assunto e, hodiernamente, muitos são os livros e artigos científicos que discutem a responsabilidade civil dos praticantes da arte de Esculápio.

Entretanto, a produção científica e bibliográfica a respeito do desdobramento que condutas de erro médico podem ter na seara criminal, é quantitativamente menor em relação a trabalhos que versam sobre a responsabilidade civil, justificando a elaboração do estudo.

Neste sentido, surge a necessidade de debater quais são as condutas de erro médico passíveis de responsabilização criminal, quais são as balizas para a tipificação penal destes comportamentos e quais são as medidas que podem ser adotadas pelos médicos, à guisa de melhorar a segurança na prestação dos serviços de saúde e, assim, mitigar os riscos de uma ação penal, eis o objetivo do trabalho em apreço.

Dentro deste contexto, a análise do conceito de erro médico e a aplicação das teorias do crime culposo e da imputação objetiva ao Direito Médico Criminal, abordando as especificidades concernentes a esta área, bem como o *criminal compliance* e outros padrões de segurança para a redução das falhas humanas, traçam parâmetros objetivos para balizar eventual imputação criminal por conduta de erro médico (ou impor limites à responsabilidade do profissional)..

Ao longo do presente estudo, apreenderemos melhor a aplicação das teorias tradicionais do Direito Penal ao Direito Médico Criminal. Para tanto, a metodologia adotada foi exploratória aplicando o método dedutivo na análise de doutrinas jurídicas, legislações federais e normativas do Conselho Federal de Medicina.

1. A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO PLANO JURÍDICO

Existem algumas profissões que, embora exercidas com zelo e prudência, encerram algum considerável perigo, a Medicina é uma delas. Mesmo profissionais gabaritados, altamente especializados e experimentados estão sujeitos ao erro, o qual pode decorrer de uma série de fatores existentes no cotidiano médico (*v.g.*, exaustiva jornada de trabalho, número reduzido de profissionais e equipamentos médicos, má condição de trabalho, tecnologia obsoleta, dentre outros).

Uma vez constatado o erro (fato ilícito) pelo profissional, surge o dever de repará-lo. Esta reparação, geralmente, ocorre no âmbito cível, através de indenização.

No entanto, o profissional no exercício da *arte de Esculápio*, isto é, de sua atividade profissional, também pode ser chamado a responder no âmbito disciplinar, perante o órgão de ética competente e, ainda, na seara penal.

Como é cediço, cada um destas esferas de responsabilidade (civil, disciplinar e penal) poderá ensejar uma sanção diferente, independente e cumulativa. O primeiro, visa reparar o dano eventualmente causado, através de indenização. O segundo, objetiva trazer uma sanção disciplinar ao médico, por exemplo, uma censura confidencial ou, até mesmo, a cassação do registro profissional do responsável pela lesão, conforme previsão do artigo 22 da Lei Federal nº 3.268/1957. Por fim, a responsabilização criminal é a mais expressiva e degradante das responsabilizações, pois visa aplicar uma pena privativa de liberdade ao profissional.

Obtempera-se que, a despeito do trabalho em apreço versar especificamente sobre a responsabilização criminal do médico, mister se faz traçar, inicialmente, alguns prolegômenos sobre as espécies de responsabilidade que podem advir do erro médico, além de realizar um lampejo histórico sobre a responsabilização médica.

1.1 Bosquejo Histórico da Responsabilidade do Médico

Nos primórdios da humanidade, houve época que não existiam normas que regulavam especificamente o dano, a lesão e o homicídio culposos, quanto

menos a sanção a um descuidado comportamento médico. Vigorava o princípio geral do castigo como consequência imediata do dano.

Nesta época, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior, não se cogitava de responsabilidade ou de direitos:

[...] já que a provocação de um dano propiciava imediata e pronta reação vingativa guiada pela brutalidade do instinto e de consequências selvagíneas em relação ao ofensor, desnudada de qualquer preocupação de regras adequadas ou limitações, com objeto de reparar o mal pelo mal [...]¹.

Posteriormente, em razão do grande relevo que ganhou a Medicina, foram elaborados, pelos povos antigos, normas atinentes ao comportamento profissional dos médicos. Neste sentido, o Código de Hammurábi, adepto da pena de Talião (*lex talionis*), cominava penas severas ao profissional da medicina que cometesse um erro, por exemplo, se ele causasse a deficiência de uma pessoa, poderia ser punido com a amputação das mãos, impossibilitando-o de exercer o ofício (artigo 218). Outrossim, se o escravo de alguém falecesse consequente à intervenção cirúrgica, o médico deveria pagar o preço do escravo (artigo 219), dentre outras previstas na pedra – que hoje habita o museu do Louvre, na França.

Já no Egito, os médicos ocupavam posição social de destaque, tal qualmente os sacerdotes. Os profissionais da medicina que desenvolviam a *arte de Esculápio* junto ao povo egípcio, deveriam seguir um livro que continha todas as regras da ciência médica, as quais teriam sido estabelecidas pelos sucessores mais próximos de Hermes:

Quando os médicos seguiam à risca, estavam livres de qualquer interpelação judicial, mesmo que o doente viesse a falecer, mas se não observassem eram imediatamente punidos com a morte, qualquer que fosse, aliás, o desfecho da doença².

Na Grécia, segundo Plutarco, Alexandre teria ordenado crucificar Glaucus, médico em Ephestion, por negligência, em razão de ter abandonado

¹ CROCE, Delton. Erro médico e o direito. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 4.

² CROCE, Delton. Ob. cit., p. 5.

um paciente enfermo para ir ao teatro, o qual, de forma imprudente, por um desvio ao regime veio a falecer³.

Todavia, a despeito da inexistência de regras como as atuais, foi o Estado Romano que primeiramente estabeleceu – na Lei *Aquilia* - as bases para as legislações modernas acerca da responsabilização do profissional médico, ao afastar, sobretudo, a pena de morte, priorizando o estabelecimento de indenizações no caso de negligência ou imprudência no exercício da medicina e, nos casos mais graves, o exílio ou a deportação do médico.

Apesar de o Estado Romano ter tido papel importante no fornecimento das bases acerca da responsabilidade médica, foi na França, no ano de 1825, que a jurisprudência acerca do assunto ganhou ainda mais ênfase. No ano assinalado, no século XIX, em Dromfront, o Dr. Hèlie, conhecido por realizar partos, foi chamado para dar à luz ao filho da senhora Foucault, ocasião em que percebeu que o ombro e a mão direita da criança se encontravam proclidentes no trajeto vaginal. Por esta razão e tendo em vista que as manobras de versão interna se mostraram inexitosas, resolveu amputar o braço do feto, a fim de facilitar sua expulsão. Ato contínuo, notou que o outro braço estava em situação idêntica, razão pela qual também resolveu amputá-lo. Nascia a criança que, apesar de se esvaír em sangue pelo tocatraumatismo, sobreviveu. Inconformados com a excisão dos membros superiores do filho, os pais processaram o médico. O Tribunal solicitou parecer da Academia de Medicina de Paris, a qual, num primeiro laudo, classificou a conduta médica como uma falta grave contra as regras de arte. Todavia, em segundo laudo – extrajudicial - , pontuou que “o médico não é responsável senão quando produz um dano intencionalmente, com premeditação, por pérfidos desígnios e criminosas intenções”, concluindo, portanto, pela ausência de responsabilidade do Dr. Hèlie. Em que pese os pareceres divergentes, o Tribunal entendeu por declarar o incauto médico culpado, condenando-o a pagar uma indenização vitalícia anual de 200 francos à família Foucault.

Poucos anos mais tarde, entre os anos de 1832 e 1835, o Dr. Thouret Noroy, de Evreux, foi chamado a atender um paciente, praticou-lhe uma sangria na veia, situada na prega do cotovelo, lesionando a artéria radial, o que

³ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 5.

ocasionou intensa hemorragia, a qual foi estancada por bandagens compressivas. Posteriormente, solicitado por inúmeras vezes, recusou-se a prestar novo atendimento necessário ao lesado. Este, sentindo muitas dores e notando os primeiros sinais de gangrena, consultou outro médico, o qual entendeu que seria o caso de amputação do membro para que não perdesse a vida. O Tribunal Civil de Evreux condenou o profissional a pagar uma indenização “por imperícia, negligência grave e falta grosseira”.

A partir destes fatos, no ano de 1836, a jurisprudência sobre a responsabilidade médica firmou-se nos meios forenses, através do Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean-Jacques Dupin, que emitiu parecer de grande valor histórico e jurídico. Convém destacar alguns trechos, como:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém, o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa notação fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato praticado no exercício profissional, é necessário que haja praticado uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão. [...] Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis. [...] Em circunstâncias raras, que podem, porém, apresentar-se às vezes, se o médico é levado ante os tribunais, não se deve dizer que sua reputação está sem garantias. Somente seus atos são submetidos à sua equânime apreciação, como são as ações de todos os outros cidadãos, qualquer que seja o seu estado ou a sua condição⁴.

Nesta acepção, segundo Genival Veloso de França⁵, com o parecer de Dupin, fixou-se uma boa doutrina, com os seguintes pressupostos: a) o médico, como profissional, está sujeito às sanções da lei; b) na aplicação dessas sanções, os tribunais devem ser prudentes; e c) isto não afeta nem o prestígio nem o progresso da medicina.

Entrementes, apesar de a responsabilização médica ocorrer desde os primórdios da humanidade e da fixação destes pressupostos pelo Procurador-Geral Dupin, certo é que, durante muitos séculos, a atividade médica era

⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. São Paulo: Editorial Byk-Prociencx, 1978, p. 117.

⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. *Ob. cit.* p. 117.

entendida como algo de “índole mítico-mágica”, segundo o Professor Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues⁶, sendo inimaginável acionar judicialmente um médico, ainda que o profissional tenha sido responsável por grave imprudência, negligência ou imperícia que tivesse resultado em morte ou gravíssima lesão à pessoa.

A propósito, em razão deste contexto, é atribuída a Plínio a seguinte frase: “apenas aos médicos era permitido cometer assassinatos impunemente”. Neste sentido, Delton Croce e Delton Croce Júnior fazem um comparativo da frase de Plínio com a passagem popular de que: “Os erros dos médicos são cobertos pela terra, assim como o cimento esconde o dos engenheiros”⁷.

Entretanto, isto mudou. Hodiernamente, as demandas contra os profissionais da Medicina têm sido comuns e corriqueiras no âmbito do Poder Judiciário e dos Conselhos Regionais de Medicina. Um aspecto que pode ter resultado nesta mudança, é a alteração da relação médico-paciente. Em tempos não muito distantes, o chamado médico *de cabeceira* participava da vida familiar dos pacientes e ninguém lhe exigia “responsabilidade”. Conforme leciona o Professor Pinto da Costa, existiam também: “[...] os médicos descendentes de famílias ricas e que exerciam a medicina quase gratuitamente, sendo recompensados com o respeito das populações e com presentes ingênuos em certas épocas do ano [...]”⁸.

Ou seja, aos poucos o laço familiar (na ótica de Genival Veloso de França, o “laço paternal”⁹) que existia entre os médicos e as famílias transformou-se numa relação impessoal. Na mesma toada, a cada vez mais exigida especialização, transforma o médico em alguém que apenas recebe pacientes transferidos de outros profissionais e, neste sentido, a profissão vai perdendo o caráter humanista e o médico passa a ser visto como um profissional igual aos demais, olvidando-se que, o exercício da medicina, exige muito mais do que as demais profissões, tendo em vista estar-se lidando com o bem mais precioso do

⁶ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade Médica em Direito Penal. Coimbra, Editora Almedina, 2007, p. 23.

⁷ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 6.

⁸ DA COSTA, Pinto *apud* RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Ob. cit., p. 23.

⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. Ob. cit. p. 113.

ser humano – a vida -, além de estar-se diante de uma ciência com critérios científicos que não são exatos, como os da matemática¹⁰.

Neste sentido, atualmente, a sociedade vê crescer o número de demandas que objetivam a responsabilização do profissional da medicina, a qual pode ser vista sob os planos jurídicos seguintes.

1.2 Delineamentos gerais sobre a responsabilidade civil do profissional da medicina por erro médico

O antigo direito romano forneceu à humanidade importantes valores civilizacionais. Neste contexto, o jurista Ulpiano formulou três regras básicas de convivência social: “*honeste vivere*” (viver honestamente), “*neminem laedere*” (a ninguém ofender) e “*suum cuique tribuere*” (dar a cada um o que é seu). À míngua destes pressupostos, seria impossível a vida em sociedade.

Partindo destas premissas, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, destaca que a responsabilidade civil tem a ver com a regra “*alterum non laedere*”, ou seja, o prejuízo causado a outrem deve ser reparado¹¹.

Este entendimento se sobrepõe a uma corrente doutrinária contrária, a qual pontuara que, “por ser a medicina um mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, ao qual só pode aproveitar a essa condição”¹², o médico não poderia ser responsabilizado no exercício da profissão.

Basicamente, segundo aponta Genival Veloso de França, as razões apresentadas por esta corrente doutrinária (que acredita na impossibilidade de responsabilização do médico), são no seguinte sentido: o diploma médico é uma prova incontestada de idoneidade e competência; o medo às punições levaria a uma inibição e a um entrave ao progresso científico, tornando-se a Medicina uma ciência tímida e rotineira; os tribunais leigos não teriam capacidade científica para julgar a arte médica com precisão e equidade; a Medicina não é uma ciência que tem a exatidão da Matemática e, por isso, varia em seus aspectos pessoais e circunstanciais¹³.

¹⁰ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Ob. cit., p. 23.

¹¹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Ob. cit., p. 25.

¹² FRANÇA, Genival Veloso de. Ob. cit., p. 114.

¹³ FRANÇA, Genival Veloso de. Ob. cit., p. 115.

Todavia, estes argumentos são ociosos e totalmente insubsistentes. O simples fato de o médico ter um diploma, não o exime do erro e das falhas humanas, afinal “*errare humanum est. Homo sum! Humani nihil a me alienum puto*” (errar é humano e nada do que é humano me é estranho). Todas as pessoas e profissionais (advogados, promotores, juizes, engenheiros, políticos etc.), por mais prudentes que sejam, estão sujeitas ao equívoco, com o médico não é diferente. Na mesma toada, as leis não obstam o avanço da ciência, aliás, muito pelo contrário, a lei existe para proteger e incentivar o progresso científico, garantindo que ele ocorra de forma sadia à humanidade. Outrossim, não se pode falar que os tribunais são leigos na avaliação da arte médica, uma vez que o julgamento apenas ocorre após ouvir o profissional demandado (seja pessoalmente ou através de advogado nas petições lançadas nos autos), o perito (que, geralmente, nestes casos, é médico), além de sempre existir critérios minimamente objetivos e previsíveis na Medicina, com a finalidade de extirpar erros evitáveis, sem prejuízo do alto gabarito dos magistrados responsáveis pela jurisdição, hodiernamente, cada vez mais especializados.

No exato sentido do escândalo, pontuou Genival Veloso de França:

[...] Esses argumentos são carentes de fundamento porque, pela simples razão de o médico ter um diploma, não se exime de seu estado de falibilidade. Por outro lado, a lei não entrava o progresso de nenhuma ciência: ao contrário, ela a ampara e protege. O que realmente compromete o progresso da Medicina é a irresponsabilidade médica. Os tribunais não são leigos nem incompetentes; pois, quando os juizes avaliam as faltas dos médicos, manifestam-se depois de ouvirem os próprios médicos – os peritos, que são, na verdade, os olhos da lei. Finalmente, embora não haja na Medicina a exatidão fria da Matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de afastarem os erros considerados evitáveis¹⁴.

Portanto, a corrente doutrinária que sustenta a absoluta ausência de responsabilização do médico apresenta carência de fundamentação e, portanto, dificuldade de subsistir.

No ordenamento jurídico brasileiro, a mencionada corrente não é adotada, razão pela qual, o médico pode ser responsabilizado por seus atos no exercício da profissão.

¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. Ob. cit., p. 115.

No âmbito cível, a responsabilidade civil dos médicos pode se dar da forma contratual (ou obrigacional) ou extracontratual (delitual ou aquiliana).

Na primeira modalidade, é firmado um contrato entre o profissional e o paciente, em que são estabelecidos os parâmetros, inclusive de responsabilização, para aquele determinado procedimento médico, sem olvidar-se que, embora se estabeleça uma relação contratual, a obrigação assumida pelo profissional é de meio, e não de resultado (exceto no que concerne aos cirurgiões plásticos e anesthesiologistas, os quais reconhecidamente possuem obrigação de resultado).

Em termos esquemáticos, portanto, embora a responsabilidade médica seja contratual, ela não induz em presunção de culpa, uma vez que o médico não possui o compromisso de curar, mas o de conduzir o tratamento clínico e/ou cirúrgico com zelo, com atenção às regras e aos métodos do ofício. É exatamente por este motivo que, se o paciente não for curado ou vier a falecer, não se poderá pechar o responsável pela *arte de Esculápio* de negligente, imperito ou imprudente.

Por outro lado, na modalidade extracontratual não é firmado qualquer instrumento anterior entre o médico e o paciente. A responsabilidade nasce do inadimplemento normativo, isto é, da prática de um ato ilícito pelo médico responsável pelo atendimento do paciente. Nesta modalidade, este tem o dever de demonstrar que o profissional da Medicina agiu com culpa *strictu sensu* (negligência, imperícia e imprudência)¹⁵, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior.

Eis breves e necessários apontamentos sobre a responsabilidade civil, a qual não é o objeto de estudo desta dissertação (mas sim, o direito criminal).

1.3 Delineamentos gerais sobre a responsabilidade disciplinar do profissional da medicina por erro médico

A responsabilidade disciplinar do médico nasce da violação a alguma regra prevista no âmbito jurídico-disciplinar. No Brasil, os médicos estão submetidos ao chamado Código de Ética Médica, que consiste numa Resolução

¹⁵ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 21.

do Conselho Federal de Medicina – atualmente, Resolução CFM nº 2.217/2018, que passou a vigorar a partir de 30 de abril de 2019.

Por força das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958, modificado pelo Decreto nº 6.821/2009 e pela Lei nº 11.000/2004, e consubstanciada na Lei nº 6.838/1980 e na Lei nº 9.784/1999, o Conselho Federal de Medicina possui competência para aprovar o Código de Ética Médica.

Conforme assinalado, a última modificação deste compêndio disciplinar fora realizada no ano de 2018 (e passou a vigorar apenas em abril de 2019), a fim de adequá-lo às mudanças do mundo contemporâneo (*v.g.*, novas tecnologias, relação do médico com as mídias sociais etc.), bem como prever expressamente a isonomia de tratamento aos profissionais com deficiência e reforçar a necessidade de criação de comissões de ética nos locais de trabalho.

Ainda, este reformulado Código de Ética Médica assegurou o direito ao profissional da medicina de negar-se a trabalhar em qualquer instituição (pública ou privada) que não ofereça condições condignas ao desenvolvimento do trabalho médico, colocando em risco a saúde dos pacientes.

Eis, aqui, um instrumento importante para o profissional da medicina reivindicar melhores condições de trabalho, o que deve conduzir a minimização de erros, além de resultar em condições hospitalares mais híginas ao paciente, afinal, “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”¹⁶ (Código de Ética Médica, Princípios Fundamentais, II).

Feitos estes breves apontamentos acerca da atualização do Código de Ética Médica, anteriormente datado do ano de 2009, cumpre destacar quais são exatamente as penas disciplinares previstas para o médico que descumpre alguma regra prevista neste ordenamento jurídico.

Segundo a Lei nº 3.268/1957, no artigo 22, as penas disciplinares aplicáveis pelos respectivos Conselhos Regionais de Medicina a seus membros são as seguintes: advertência confidencial em aviso reservado, censura

¹⁶ Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 15.

confidencial em aviso reservado, censura pública em publicação oficial, suspensão do exercício profissional até trinta dias e cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal de Medicina¹⁷.

1.4 Delineamentos gerais sobre a responsabilidade penal do profissional da medicina por erro médico

Por fim, chega-se à responsabilidade penal, justamente o escopo deste trabalho. Especificamente neste tópico, a fim de situar o leitor, serão traçadas características gerais desta espécie de responsabilização, que será estudada minudentemente mais à frente.

Pois bem. A responsabilização penal é a mais grave de todas as espécies de responsabilidade que podem advir de uma conduta médica. É a mais grave por poder encerrar uma pena privativa de liberdade ao profissional da medicina, além de, obviamente, constrangê-lo no seio profissional e da sociedade, uma vez que, para sempre, ele permanecerá estigmatizado com o selo de processado/condenado criminalmente.

Some-se o fato de que, muitas das vezes, sobretudo em relação a médicos renomados, a imprensa escancara a notícia de que aquele profissional está sendo processado e, certos meios de comunicação que adotam uma postura mais tendenciosa – visando vender manchetes – já o condenam antes mesmo de iniciar a averiguação dos fatos pelo órgão competente, sendo que, uma vez absolvidos, olvidam-se de noticiar a improcedência da acusação.

Observe-se, outrossim, que, muitos profissionais, a partir de uma acusação criminal, perdem os seus empregos e, inclusive, o próprio registro profissional, os quais foram conquistados a base de muitas lutas, estudos e sacrifícios. Quem apagará esta mácula na vida de um profissional inocente acionado por erro no exercício da profissão? Sob este prisma, adverte Edmundo Oliveira:

[...] quem apaga os sofrimentos do médico inocente acionado por erro no exercício da profissão? A fome de vingança, a cupidez armam os braços das pessoas na perseguição judicial. Verificada a improcedência da acusação, o juiz absolve o réu. Mas será fácil para ele, daí por diante, gerenciar suas emoções

¹⁷ Brasil. Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: L3268 (planalto.gov.br). Acesso em 21 dez 2020.

no exercício profissional? Quem lhe repara os estigmas sociais e as feridas deixadas pela alma e talvez no corpo?¹⁸

Portanto, é preciso cautela para aquilatar a responsabilização criminal do médico e não cometer injustiças, afinal, no processo penal, conforme lecionava Francesco Carnelutti em suas *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, a pena começa com o processo, sempre um tormento para o acusado.

Ora, é fato que, como já consignado anteriormente, “*errare humanum est*” (errar humano é) e, desta factibilidade humana nem os mais sábios estão imunes. Neste sentido, é preciso o estabelecimento de critérios objetivos para aferir se, naquele caso específico, o erro é penalmente relevante ou não. Eis a pedra de toque da responsabilização criminal e é exatamente isto o que será estudado em capítulos seguintes deste trabalho.

¹⁸ OLIVEIRA, Edmundo. Deontologia, erro médico e direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2.

2. A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL POR ERRO MÉDICO NO ÂMBITO PENAL.

A responsabilização penal por erro médico é um terreno arenoso, pois não existe na legislação criminal dispositivos específicos que tratem das particularidades das condutas médicas. O profissional é responsabilizado sob as mesmas infrações penais que os indivíduos em geral, a despeito das especificidades da atividade que, muitas vezes, afeta a vida e a integridade física do paciente submetido ao procedimento médico.

Portanto, a dificuldade na responsabilização penal por erro médico advém da ausência de balizas, isto é, da ausência de verificação de critérios objetivos para saber se naquele caso específico e concreto, o profissional da área da saúde pode ser responsabilizado criminalmente ou não.

Exemplificativamente, imagine que uma pessoa dê entrada a um hospital, em razão de ter sofrido uma queda e batido a cabeça. A pessoa está com hipotensão e é encaminhada a especialista de neurocirurgia, que constata que a paciente tinha edema/hematoma subgaleal parietal direito, entretanto, não observa a internação para medidas clínicas/cirúrgicas, conforme determina o Diagnóstico de Conduta de Paciente com Traumatismo Cranioencefálico Leve da Sociedade Brasileira de Neurocirurgia, dando alta médica à paciente que, posteriormente, vem a óbito por trauma crânio encefálico. Quando da alta subscrita pela especialista de neurocirurgia, esta avaliou por tomografia computadorizada de crânio que não havia desvios das estruturas da linha mediana e que não se caracterizavam coleções intracranianas ou fraturas/desalinhamentos ósseos significativos ao método tomográfico, além disso, percebeu que a paciente apresentava lucidez e capacidade de raciocínio, características também avaliadas por outros médicos (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0000690-07.2015.8.26.0001). Neste caso, houve erro médico? É possível responsabilizar a neurocirurgiã por homicídio culposo? Quais são as balizas existentes para a imputação de um crime ao profissional da área da saúde no exercício da profissão?

Note que o caminho para aferir se existe erro médico e, portanto, a necessidade de responsabilização criminal é tortuoso. Ora, para que seja

preservada a vida e a integridade física, muitas vezes, são utilizados métodos que agridem tais bens jurídicos, dignos de proteção pelo Direito Penal.

Neste contexto, conforme leciona Eduardo Bruno Avellar Milhomens¹⁹, espera-se do médico exatamente: avaliação e diagnóstico preciso do problema; especialização e técnica apurada; escolha da melhor opção de tratamento que ofereça o menor dano possível a integridade física do paciente.

Todavia, destas constatações surgem celeumas que não são resolvidas adequadamente e simplesmente pela doutrina tradicional, o que dificulta o estabelecimento de critérios objetivos e isonômicos, fornecendo insegurança jurídica.

Em atenção ao problema estabelecido, serão traçadas algumas balizas para a responsabilização criminal por erro médico.

2.1 O erro médico

Um resultado infeliz e indesejado pode acontecer em qualquer atividade humana, em qualquer campo do saber ou prisma da vida, afinal, conforme amplamente ressaltado “errar é humano”. Na Medicina, não é diferente. Até mesmo quando o ato for praticado por profissionais experimentados e renomados, pode existir o erro.

Numa primeira e perfunctória análise, ao tentar definir o erro médico, é comum que se forme a ideia de estarmos tratando de qualquer falha cometida pelo médico. No entanto, no cotidiano hospitalar, nem todo mau ou indesejável resultado está associado a um erro do profissional.

Isto porque, muitas vezes, surgem no paciente intercorrências imprevisíveis, cujas causas não podem ser atribuídas diretamente ao atendimento médico prestado. Por exemplo, uma terapia ou a aplicação de um medicamento podem estar corretas, de acordo com a práxis médica, porém, naquele paciente específico, decepcionar ou produzir uma reação inesperada. Ainda, uma determinada intervenção cirúrgica pode resultar em fracasso, a despeito de ter sido realizada com a aplicação rígida das técnicas existentes e disponíveis.

¹⁹ MILHOMENS, Eduardo Bruno Avellar. Conduta negligente, atividade de risco e imputação objetiva no erro médico. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 40.

Neste sentido é o escólio de Décio Policastro ao definir o 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 modeladamente prestado e suceder infecção ao paciente em razão do seu próprio estado de saúde²⁰.

Ou seja, não se pode falar em erro médico baseado apenas e tão somente no não atingimento do objetivo esperado pelo paciente (e pelo médico também) com o tratamento.

Com efeito, o objetivo do tratamento, para o doente, é a cura. De igual modo, o objetivo do médico ao tratar um paciente, também é a cura. Ocorre que, o profissional tem consciência de suas limitações e de que a cura, em certos casos, exigirá sacrifícios que, muitas vezes, desagradarão o paciente.

Exemplificativamente, o paciente aceita muito mais facilmente a amputação de um pulmão ou de um rim (órgãos internos) do que a excisão de um braço ou de uma perna (órgãos externos), pois esta última modifica a estética aparente, enquanto a outra não²¹.

Note que o objetivo do médico com a amputação é a cura do paciente, evitar a morte dele. A cura também é o objetivo do doente, porém, ele pode ficar insatisfeito com a amputação dos membros externos que alteram o corpo esteticamente, o que não pode ser tido como um erro médico (a iatrogenia não pode ser considerada erro médico) e, portanto, não pode sujeitar o profissional às penas do crime de lesão corporal.

Por isso, é preciso cautela para definir o erro médico na esfera da seara penal (escopo do trabalho em apreço), bem como para o estabelecimento dos critérios de imputação do erro médico.

²⁰ POLICASTRO, Décio. Erro Médico e suas Consequências Jurídicas, 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1-2.

²¹ MORAES, Irany Novah. Erro médico e a lei 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 37.

Designadamente no trabalho ora sob apreço, a expressão erro médico deve ser compreendida como qualquer situação indesejada e prejudicial ao paciente, ocorrida na prestação do serviço de assistência à saúde, pelo médico, que denote um proceder imperito, negligente ou imprudente, apto a agravar a saúde, pôr em risco ou ceifar a vida do paciente.

De acordo com esta consideração, exclui-se do âmbito do erro médico (e do campo de estudo deste trabalho) as condutas dolosas praticadas pelo médico no exercício da profissão.

A propósito, neste sentido é o escólio de Irany Novah Moraes ao definir erro médico como:

[...] a falha do médico no exercício da profissão. Excluem-se dele a própria natureza, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior. Neste caso está a amputação de uma perna para tratar uma gangrena que, por si, poderia levar o doente à morte²².

Isto porque, parte-se do pressuposto que o médico se utiliza do conhecimento e das técnicas da medicina para o bem do doente e nunca para causar dano ou mal a alguém. Aliás, exatamente nesta perspectiva, é o juramento de Hipócrates, feito por todos os médicos quando da formatura:

Juro por Apolo, médico, por Asclépios, Higéia e Panacéias, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas cumprir conforme o meu poder e a minha razão o juramento cujo texto é este: estimarei como aos meus próprios pais aquele que me ensinou esta arte e com ele farei vida em comum, e se tiver alguma necessidade de aprendê-la, sem salário, nem promessa escrita; farei participar dos preceitos das lições e de todo restante do ensinamento, os meus filhos, os filhos do mestre que me instruiu, os discípulos inscritos e arrolados de acordo com as regras da profissão, mas apenas esses. Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que induza à destruição. Também não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte. Não praticarei a talha ainda que seja em calculoso (manifesto), mas deixarei essa operação para os práticos. Na casa onde eu for, entrarei para o bem dos doentes, abstenho-me de qualquer mal voluntário, de toda sedução e sobretudo dos prazeres do amor com mulheres ou com homens, sejam livres, sejam escravos; o que no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida eu vir ou ouvir que não seja necessário revelar, conservarei como segredo. Se eu cumprir este juramento com

²²MORAES, Irany Novah. Ob. cit., p. 220.

fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou infringir, suceda-me o contrário.

Ou seja, se o médico, consciente e voluntariamente, visa causar mal ao paciente, não estaremos diante de um erro médico, mas de uma conduta criminosa dolosa querida e buscada pelo agente. Se a conduta praticada pelo médico evidenciar qualquer dos crimes previstos no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal, ele deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri conforme a previsão constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, após ser devidamente pronunciado pelo magistrado togado e tendo a sentença mista não terminativa de pronúncia transitado em julgado.

Lado outro, a competência para processar e julgar o erro médico é do juiz togado.

2.2 Erro médico (culposo) e erro profissional

Por outro lado, não constitui erro médico e, portanto, não sujeita à responsabilização criminal o chamado erro profissional. Erro médico e erro profissional são conceitos totalmente distintos. O erro médico que possibilita a condenação do profissional ocorre nas situações em que o médico quebra o dever geral de cautela em relação ao paciente, e age de acordo com uma das três modalidades culposas (negligência, imprudência ou imperícia).

Lado outro, o erro profissional, também chamado de acidente médico, não consiste em fato penal típico. Versa sobre o emprego de conhecimentos normais da área técnica exigida, entretanto, a conclusão final sobre o assunto restou equivocada. Em outras palavras, no erro profissional, existe uma equivocada dedução de diagnóstico, intervenção cirúrgica ou medicamentosa, a despeito da observância dos critérios da ciência médica.

Costuma-se caracterizar o erro profissional como sendo aquele que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das limitações naturais da medicina, que não possibilitam sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo levar o médico a se conduzir erroneamente.

Por exemplo, pode caracterizar o erro profissional, um diagnóstico precoce de dengue, o qual, posteriormente, é afastado pela prova do laço²³. Um caso nestes termos ocorreu em Criciúma/SC, conforme é verificado do processo nº 0001637-22.2013.8.24.0087, mencionado nesta pesquisa para fins didáticos. O paciente passou por atendimento médico em nosocômio, oportunidade em que foi coletada amostras de sangue, as quais foram enviadas ao laboratório para a realização de exames de suspeita de dengue, confirmada em primeira análise. Posteriormente, foi realizada a chamada prova do laço, a qual apresentou resultado negativo no tocante à moléstia²⁴.

Neste caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina entendeu não ter havido erro médico, mas erro profissional, o qual não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, também já tinha se posicionado nesta senda a respeito do erro profissional:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que

²³ A prova do laço, também chamada de prova de Rumpel-Leede, é um exame feito para se confirmar o diagnóstico de dengue. Para se fazer a prova do laço, o médico ou enfermeiro faz pressão com um garrote no braço por cinco minutos em pacientes adultos e três minutos em crianças, à guisa de verificar a fragilidade dos vasos sanguíneos, comum na infecção pelo vírus da dengue.

²⁴ TJSC - Apelação Criminal 0001637-22.2013.8.24.0087, Rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 15-07-2021.

recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica. 7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado. (STJ, REsp 1.662.338/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 2/2/2018).

No caso posto perante a Corte Superior, o médico havia sido responsabilizado em segundo grau de jurisdição, pela morte de uma paciente de vinte e um anos de idade. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia concluído pela responsabilidade do profissional, visto que ele teria dado alta à paciente que, no dia anterior ao óbito, havia comparecido à unidade hospitalar (levada pelos familiares), apresentando mãos paralisadas, estáticas, perda da fala e do controle fisiológico.

Após a vítima ser conduzida ao pronto-socorro, no dia antecedente à morte, o médico ouviu o relato dos familiares, fez exame clínico na paciente, mediu a pressão arterial dela, examinou seus olhos, bateu em seu joelho e receitou um medicamento chamado “Dormonid”.

Passado o período de sono da paciente, ela acordou e o médico afirmou que estaria tudo sob controle, dando alta hospitalar, às 10h, com recomendação de uma alimentação leve, pois no dia seguinte conversaria novamente com a paciente e pediria alguns exames. No entanto, já em casa, às 17h, a paciente faleceu em razão de um Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico, conforme constou da certidão de óbito.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, julgou improcedente o pedido inicial, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça. Para tanto, a Corte entendeu não ter havido erro crasso, mas um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica:

Partindo dos contornos fáticos delineados pelo acórdão do TJ/SP, não é possível concluir que houve erro crasso passível de caracterizar uma frustração de chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de sobrevivência da vítima. Inclusive, a própria perícia utilizada como razão de decidir concluiu que havia risco baixo de evolução desfavorável ante a ausência de alterações ao exame clínico e que a alta hospitalar “é conduta que pode ser adotada” (e-STJ fl. 775). Logo, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a

sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica²⁵.

Em termos esquemáticos, houve o chamado erro profissional, decorrente de uma falha que não pode ser imputável ao médico, mas às limitações naturais da medicina. Com efeito, conforme apontado pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a perícia utilizada como razão de decidir concluiu que a alta hospitalar poderia ser adotada, uma vez que as chances de evolução desfavorável do quadro eram baixas.

Saliente-se que, muito embora seja certo afirmar a existência de riscos de uma evolução desfavorável, não é menos certo afirmar que os riscos fazem parte da medicina e da vida em sociedade. O ponto distintivo entre a responsabilidade penal do profissional pelo evento e a ausência dela deve ser feita por critérios objetivos (que serão explicitados adiante) e não apenas pelo risco de ocorrência de um resultado adverso.

Com efeito, os chamados “juízos de perigo” não servem para determinar as causas reais do evento indesejável, uma vez que o resultado da análise do dever de conduta subjacente ao tipo penal é suficiente para determinar a causa real do resultado. Nesta senda, destaca-se a lição de Paredes Castanón:

Los juicios de peligro no pretenden determinar causas reales, puesto que, a los efectos de la delimitación del contenido del deber de conducta subyacente al tipo penal es suficiente con la conclusión de que la realización de una determinada acción se deriva una alta probabilidad de la causación de un resultado disvalioso. Por el contrario, los juicios de causalidad sí que pretenden clarificar cuáles son tales causas²⁶.

Segundo Walter Arnaud Mascarenhas Júnior, os juízos de perigo não se confundem com a relação de causalidade, posto competir a este último o dever de investigar a causa real dos resultados:

[...] o juízo de perigo não se confunde com o da relação de causalidade, posto que é a este último que impõe o dever de investigar a causa real dos resultados, pois pode acontecer que comprove que uma conduta considerada perigosa não tenha causado (do ponto de vista jurídico de imputação objetiva) o

²⁵ STJ, REsp 1.662.338/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 2/2/2018.

²⁶ PAREDES CASTANÓN, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho Penal. Madrid: Ministerio e Justicia e Interior – Centro de Publicações, 1995, p. 168.

resultado e nem por isso a validade do juízo de perigo como fator de explicação restará prejudicado²⁷.

Ainda, seguindo na classe do erro profissional, segundo Irany Novah Moraes, cabe nesta classificação, os casos em que tudo foi feito corretamente, mas que o doente omitiu informações ou até mesmo sonegou-as e, ainda, quando não colaborou com a sua parte no diagnóstico ou tratamento²⁸.

Consoante poderá ser verificado mais a frente (quando será abordado o nexos causal), a omissão ou sonegação de informações pelo paciente, pode excluir o nexos causal entre a conduta e o resultado lesivo, razão pela qual, possível também seria concluir que sequer haveria algum tipo de “erro”, nem mesmo pelo profissional.

A despeito da doutrina de Novaes, há que se ter em mente que, muitas vezes, o paciente não tem noção a respeito de quais informações são efetivamente relevantes ou não para o tratamento médico, por isso, compete ao profissional da medicina, detentor dos conhecimentos técnicos procurados pelo paciente, cercar-se de obter as informações necessárias para que a omissão de informações seja evitada.

Neste sentido, é evidente que, se o paciente omitiu informações importantes, porque não foi atendido com a devida atenção pelo médico ou porque, não foi examinado com o cuidado exigido, não poderá ser alijada a responsabilidade do profissional.

Portanto, mister se faz que o paciente seja informado sobre todos os aspectos do quadro clínico e tratamento. Em outros termos, é essencial que o médico se comunique com o paciente, ouça o que este tem a dizer e o incentive a prestar todas as informações necessárias para o sucesso do tratamento.

Os profissionais técnicos devem conduzir o paciente, dedicar tempo ao atendimento e explicar quais são as informações essenciais para evitar um resultado indesejável no tratamento, estabelecendo-se, assim, uma relação de confiança.

²⁷ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. Aspectos gerais do risco na imputação objetiva. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2008, p. 98/99.

²⁸ MORAES, Irany Novah. Ob. cit., p. 225.

Obtempera-se que todas as informações prestadas devem ser registradas no prontuário do paciente e, igualmente, no Termo de Consentimento Informado e contrato de prestação de serviços.

2.3 Os fundamentos da punição dos crimes culposos e a previsão legal

Segundo Lopez-Rey, nos crimes culposos estão definidos os efeitos da sociedade pós-industrial, consistente na perda do sentido a respeito de si mesmo e dos demais²⁹.

Neste sentido, é inegável o impacto ocasionado pela revolução tecnológica na vida social dos indivíduos. Com o avanço da modernização dos tratamentos de saúde, dos materiais e elementos químicos e farmacêuticos utilizados para o tratamento do paciente, a modernização da indústria automotiva que trouxe ao mercado consumidor veículos cada vez mais velozes e potentes, as indústrias com maquinários de última geração, o ser humano passou a ter contato com instrumentos perigosos.

Toda esta modernização, que é muito bem-vinda, está acompanhada de efeitos colaterais, consistentes na inobservância do dever de cuidado pelas pessoas quando da utilização de tais instrumentos. Para Ladrière, a maioria dos usuários ignora tudo ou quase tudo dos princípios sobre os quais estão fundados estes novos instrumentos, o que acaba por criar uma situação ambígua³⁰.

Florestan Fernandes chegou a afirmar que as invenções culturais se acentuaram num ritmo mais célere que o desenvolvimento intelectual do brasileiro:

Os sociólogos descobriram que a mudança rápida, no mundo moderno, criou sérios dramas biológicos, psíquicos e sociais para o homem. A civilização alterou-se tão depressa, que o organismo humano, a personalidade humana e a capacidade humana de atuação social organizada sofreram comoções profundas, transparentes em diferentes tipos de desajustamentos. Como se afirma, em algumas dezenas de anos, a nossa herança social se modificou mais extensa e profundamente que no decorrer de todo o período anterior da existência conhecida do homem na terra, o que expôs sua personalidade a mudanças que são dramáticas, tanto por sua

²⁹ LOPEZ-REY, Manuel *apud* COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 29.

³⁰ LADRIÈRE, Jean. Os Desafios da Racionalidade. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 190.

rapidez, quanto por sua intensidade. Esse raciocínio contém implicações ainda mais ponderáveis, quando aplicado ao Brasil. O homem brasileiro entrou na era da máquina ao mesmo tempo em que foi descoberta, sem participar intelectualmente dos progressos que tornaram possíveis a sua invenção e a sua utilização. Em outras palavras, o homem brasileiro partilha da civilização mecânica na área que poderia ser designada como sendo a área dos efeitos reflexos da mecanização. Se na Inglaterra, na França, na Alemanha e nos Estados Unidos a máquina provocou desajustamentos relacionados com o ritmo de mudanças de natureza humana, em um país como o Brasil ela teria de associar-se a desajustamentos mais graves. A razão disso está na forma abrupta de introdução da máquina e na falta de experiência socializadora prévia. O homem teve pouco tempo para ajustar-se às situações novas, passando de carro de boi e da lamparina para o automóvel e a eletricidade – sem falar na energia atômica – em um abrir e fechar de olhos. A análise sociológica de fatos dessa espécie demonstra que técnicas, instituições e valores sociais foram importados e explorados praticamente, em escala coletiva, antes de adquirir o homem noções definidas sobre o significado e utilidade delas. Mas não ocorreu somente isso. Às vezes, as transferências se consumaram antes mesmo de termos possibilidades concretas de redefinição psicossocial dos elementos importados. Isso se deu especialmente, com técnicas, instituições e valores, cuja compreensão requer certo progresso prévio na esfera do pensamento secularizado e racional. A assimilação de invenções culturais recentes se processou, portanto, com um ritmo, acentuadamente mais acelerado que o do desenvolvimento do horizonte intelectual do homem brasileiro”³¹.

Muito embora as afirmações lançadas por Florestan Fernandes sejam respeitosa e criticáveis, sobretudo, sob o ponto de vista da existência de recursos existentes há séculos e que, ainda hoje, acabam servindo de instrumentos para causar mal a outrem pela violação ao dever de cuidado (exemplo, os automóveis), não se pode desconsiderar que o número de mortes e danos à integridade corporal ou à saúde das pessoas tem aumento consideravelmente em razão da modernização, consoante sustenta Ney Moura Teles:

Modernamente, vêm ocorrendo cada vez mais lesões graves de bens jurídicos importantíssimos, causadas por comportamentos humanos não dolosos. É claro que pessoas morrem ou são feridas, por causa de condutas humanas em que não se queria, nem se aceitava a lesão, mas em muitos casos elas poderiam ser evitadas se o agente tivesse tomado um pouco de cuidado. Principalmente neste século, a vida das pessoas tornou-se extremamente perigosa, nas cidades abarrotadas de automóveis, nas indústrias com suas máquinas velozes e

³¹FERNANDES, Florestan *apud* COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 23-24.

potentes, no dia-a-dia do contato com materiais e elementos químicos antes desconhecidos. O número de mortes e danos à integridade corporal ou à saúde das pessoas, causados por comportamentos humanos não dolosos tem aumento consideravelmente, e o Direito Penal não poderia ignorar a existência desses ataques, razão porque, ao lado da conduta dolosa, passou-se a punir também o fato chamado 'culposo', praticado com culpa, em sentido estrito"³².

Nesta trilha, o Direito Penal, que deveria preocupar-se apenas com os comportamentos dolosos, deve voltar a face também às condutas culposas, diante da função de 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"³³.

Outrossim, destaca-se o escólio de Magalhães Noronha:

É indiscutível, pois, a necessidade da repressão e prevenção do delito culposo. Este é, sobretudo, o delito dos tempos atuais, do progresso e da civilização. Com o desenvolvimento da indústria, com o advento da era da máquina, multiplicaram-se os crimes culposos. Basta confrontar-se o Código Penal vigente com o do Império, para se verificar o chocante contraste entre eles em matéria de culpa. A consciência social hoje não mais suportaria o olvido do delito culposo. Os grandes sinistros (desastres ferroviários, aéreos, marítimos, incêndios de arranha-céus etc.) produzindo numerosas vítimas e danos patrimoniais vultosos, exigem sempre a apuração da causa, que não é tolerável quando se demonstra ter sido gerada pela imprudência, negligência ou imperícia de uma ou outra pessoa. Em situações tais, confrange-nos a ideia de que nunca tantos pagaram por tão poucos"³⁴.

Não por outro motivo, Binding nominou os crimes culposos como "filhos ilegítimos do Direito Penal"³⁵.

³²TELES, Ney Moura. Direito Penal Parte Geral I (arts. 1º a 31 do Código Penal). São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 225.

³³TELES, Ney Moura. Ob. cit., p. 224.

³⁴MAGALHAES NORONHA, E. Do crime culposo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 147-148.

³⁵ COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 21.

A culpa, dentro de uma concepção finalista, é o elemento normativo da conduta, uma vez que a aferição dela depende de valoração do caso concreto, a fim de concluir se ocorreu ou não uma conduta culposa.

Com efeito, diferentemente do que ocorre no tocante aos ilícitos dolosos, os crimes culposos, em regra, estão previstos em tipos penais abertos, já que a lei não diz expressamente no que consiste o comportamento culposo, delegando tal missão às partes processuais, principalmente, ao magistrado na ação penal.

Nesta linha doutrina Rogério Greco:

Os crimes culposos são considerados tipos abertos. Isso porque não existe uma definição típica completa e precisa para que se possa, como acontece em quase todos os delitos dolosos, adequar a conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei. A redação do tipo culposo é diferente daquela destinada ao delito doloso³⁶.

Geralmente, o tipo penal descreve a modalidade dolosa e, posteriormente, quando a ele também atribui variante culposa menciona expressamente a fórmula: “se o crime é culposo”³⁷.

No entanto, nada obsta a previsão do crime culposo em um tipo penal fechado, tal como ocorre, por exemplo, na receptação culposa (CP, art. 180, § 3º), em que o legislador aponta expressamente as formas pelas quais a culpa pode se manifestar.

Cléber Masson sustenta que a opção legislativa pela descrição de crimes culposos por meio de tipos fechados seria mais segura e precisa, porém, reconhece a impossibilidade de a lei prever, antecipadamente, todas as situações culposas que podem ocorrer na vida cotidiana:

A opção legislativa pela descrição de crimes culposos por meio de tipos fechados seria indiscutivelmente mais segura e precisa. De outro lado, essa escolha logo se revelaria insuficiente, pois seria impossível à lei prever, antecipadamente, todas as situações culposas que podem ocorrer na vida cotidiana³⁸.

³⁶GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Niterói: Editora Impetus, 2019, p. 87.

³⁷ MASSON, CLEBER. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. São Paulo: Método, 2016, p. 315.

³⁸MASSON, CLEBER. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. São Paulo: Método, 2016, p. 316.

Por seu turno, Fernando Capez também destaca a impossibilidade de o legislador descrever todas as hipóteses de culpa, visto que sempre será necessário, em cada caso, comparar a conduta do caso concreto com a qual seria ideal naquelas circunstâncias:

O tipo culposo é chamado de aberto, porque a conduta não é descrita. Torna-se impossível descrever todas as hipóteses de culpa, pois sempre será necessário, em cada caso, comparar a conduta do caso concreto com a que seria ideal naquelas circunstâncias, conforme já explicitado. Assim, se o legislador tentasse descrever todas as hipóteses em que poderia ocorrer culpa, certamente jamais esgotaria o rol³⁹.

André Estefam, outrossim, ressalta a importância de o legislador sempre preferir os tipos fechados aos abertos, em atenção ao princípio da legalidade, todavia, defende que a construção de tipos abertos não ofende a Constituição Federal:

Entende-se por tipo aberto aquele em cuja definição empregam-se termos amplos, de modo a abarcar diversos comportamentos diferentes. É a técnica utilizada na maioria dos crimes culposos ('se o homicídio é culposo' – diz o art. 121, § 3º, do CP). O tipo fechado, por outro lado, é aquele que utiliza expressão de alcance restrito, englobando poucos comportamentos na definição legal. Eles apresentam 'descrição completa do modelo de conduta proibida, bastante ao intérprete, na adequação do dispositivo legal ao comportamento humano, verificar a simples correspondência entre ambos. O legislador deve, sempre possível, preferir os tipos fechados aos abertos, em razão do princípio da legalidade. Estes, contudo, podem ser construídos sem ofensa à Constituição, até porque, ainda que suas expressões sejam amplas, eles sempre possuirão conteúdo determinado⁴⁰.

Por outro lado, há quem sustente que a existência de tipos penais abertos vilipendie o princípio da taxatividade, intimamente relacionado ao princípio da legalidade. Nesta senda, pontue-se que, segundo doutrina Pacelli e Callegari, o princípio da legalidade apresenta vários desdobramentos, dentre eles, a exigência de determinação e certeza das incriminações (taxatividade)⁴¹.

³⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 561-565.

⁴⁰ ESTEFAM, André. Direito Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p.542-546.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2018, p. 99.

Em apertada síntese, por taxatividade há que se entender a exigência legal de que as condutas proibidas sejam descritas em linguagem precisa e acessível, consoante sustentam os autores supracitados:

[...] se o conhecimento da lei é apenas pressuposto, não sendo, em princípio, demonstrável, a taxatividade dos tipos penais é absolutamente impositiva. E por ela (taxatividade) há que entender a exigência legal de que as condutas proibidas sejam descritas em linguagem precisa e acessível. Um exemplo de comportamento bem delimitado seria o art. 121, CP, que descreve o homicídio: matar alguém. Um exemplo em sentido contrário, ou seja, sem uma correta e precisa delimitação de texto, seria o crime de rixa, nos termos do art. 137, CP: participar de rixa, salvo para separar os contendores⁴².

Em outras palavras, possível compreender que tipos penais sancionadores que possuem os chamados conceitos vagos ou imprecisos, tais como os tipos abertos, possam ofender o princípio da taxatividade (corolário do princípio da legalidade), somente servindo de justificativas para abusos e arbitrariedades dos detentores do poder.

No ano de 1764, Beccaria já lecionava a respeito da obscuridade das leis:

Se a interpretação das leis é um mal, claro que a obscuridade, que a interpretação necessariamente acarreta, é também um mal, e este mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o ponha da dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito de sua liberdade, ou de seus membros, em língua que transformasse um livro, solene e público, em outro como que privado e de casa⁴³.

Greco citando Luigi Ferrajoli relembra o exemplo do Código Penal Alemão, no período nazista, o qual demonstra o perigo de adoção de uma norma com sentido amplo, vago e incerto. Neste sentido, o artigo da Lei de 28 de junho de 1935 que substituiu o artigo 2º do Código Penal Alemão de 1871, trazia em seu bojo:

Será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de

⁴². PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. Ob. cit., p. 102.

⁴³. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas, São Paulo: RT, 1999, p. 35.

imediate aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele⁴⁴.

O que seria o “são sentimento do povo alemão”? Logicamente, seria punida qualquer pessoa que praticasse uma conduta que, embora não proibida pelo tipo penal, incomodasse o ditador da época, como ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando aproximadamente seis milhões de vidas foram extirpadas⁴⁵.

Rogério Greco entende que a utilização exagerada de elementos normativos no tipo, tal como ocorre nos delitos culposos, pode conduzir à afetação do princípio da legalidade, uma vez que, um mesmo fato, valorado diferentemente por dois julgadores, pode conduzir a conclusões diferentes:

Entendemos ainda que a utilização exagerada de elementos normativos no tipo pode conduzir também à afetação do princípio da legalidade, na vertente da lege certa. Sendo os elementos normativos aqueles que, para sua compreensão exigem do intérprete a emissão de um juízo de valor, sabemos que essa valoração é pessoal, podendo, em muitas situações, conduzir a injustiças gritantes. Um mesmo fato, valorado diferentemente por dois julgadores, pode conduzir a conclusões diferentes⁴⁶.

No entanto, a despeito desta discussão, os tipos culposos são largamente utilizados para a imputação, sob o entendimento que, se o cidadão puder identificar quais são os comportamentos proibidos pela norma jurídica, bem como o resultado naturalístico indesejado, não há que se falar em surpresa para o jurisdicionado. Nesta senda, cita-se o entendimento de Fernando Galvão:

[...] entendo que a necessidade de interpretação ou integração do preceito incriminador não fragiliza a garantia oferecida pela reserva legal, se o cidadão comum puder identificar perfeitamente quais são os comportamentos proibidos pela norma jurídica. A identificação clara e objetiva do resultado naturalístico indesejado permite conhecer quais condutas descuidadas devem ser evitadas. Dessa forma, os tipos que estabelecem crimes culposos por identificação do resultado naturalístico proibido atendem plenamente aos fins da garantia. Do mesmo modo, a possibilidade de entender o significado dos elementos normativos utilizados no preceito incriminador evita

⁴⁴ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. Niterói: Editora Impetus, 2015, p. 153.

⁴⁵ GRECO, Rogério. Ob. cit., p. 153.

⁴⁶ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas, São Paulo: RT, 1999, p. 35.

surpresas para o cidadão e cumpre a finalidade garantista do tipo penal⁴⁷.

Nesta linha, o fundamento legal para a punição do crime culposos está estampado no artigo 18, inciso II, do Código Penal.

2.4 O descumprimento do dever de cuidado, as formas de erro médico e a *lex artis*

Feitas tais distinções e definições sobre o erro médico, o qual deve ser culposos, cabe discorrer sobre o descumprimento do dever de cuidado, premissa básica de qualquer conduta culposa.

Com efeito, nas relações sociais não é permitido que o indivíduo pratique os atos da vida sem levar em consideração o interesse de terceiras pessoas, isto é, o indivíduo deve agir com as cautelas necessárias para que seus atos não causem dano a terceiro, sendo-lhe exigido o dever de cuidado indispensável a evitar tais lesões.

Nesta acepção doutrina Mirabete:

A cada homem, na comunidade social, incumbe o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que de seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Quem vive em sociedade não deve, com uma ação irrefletida, causar dano a terceiro, sendo-lhe exigido o dever de cuidado indispensável a evitar tais lesões. Assim, se o agente não observa esses cuidados indispensáveis, causando com isso dano a bem jurídico alheio, responderá por ele. É a inobservância do cuidado objetivo exigível do agente que torna a conduta antijurídica⁴⁸.

Segundo Damásio de Jesus, o cuidado objetivo se constitui na obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros:

Quando se diz que a culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado cuidado objetivo. A conduta torna-se típica “a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não

⁴⁷. GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.1.044-1.045.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: parte geral – arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2018, p. 135.

corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente. A inobservância do cuidado necessário objetivo é elemento do tipo⁴⁹.

Portanto, para análise inicial da tipicidade a título de culpa, é preciso verificar se a conduta infringe o necessário cuidado objetivo. Para realizar esta operação Welzel sustenta que a ação real do autor deve ser comparada com o comportamento que teria uma pessoa dotada de discernimento e de prudência colocada na mesma situação do agente. Nessa toada elucida Damásio de Jesus com base em Welzel:

Para resolver a questão da tipicidade do fato, não é suficiente o processo de adequação típica, uma vez que o tipo culposo não é precisamente definido em face da diversidade imensa de formas de conduta. O juiz, então, tem de estabelecer um critério para considerar típica a conduta: “toda ação que, com um resultado suscetível de constituir o fato delituoso, não apresenta características do ‘cuidado a observar-se nas relações com os demais’, é ação típica do crime culposo”. Para saber se o sujeito deixou de observar o cuidado objetivo necessário é preciso comparar a sua conduta com o comportamento que teria “uma pessoa dotada de discernimento e de prudência colocada na mesma situação do agente”. O cuidado objetivo será a conduta que teria essa pessoa-modelo nas circunstâncias em que se viu o sujeito⁵⁰.

Eis o que se denomina de previsibilidade objetiva. Em outras palavras, é típica a conduta que deixou de observar o cuidado necessário objetivamente previsível.

Segundo Wessels, a verificação da tipicidade do fato constitui indício de antijuridicidade, que pode ser afastada por suas causas de exclusão (estado de necessidade, legítima defesa, etc)⁵¹.

Feita a análise da tipicidade e da ilicitude do fato, analisa-se a culpabilidade. Damásio de Jesus ensina que a culpabilidade no delito culposo decorre da previsibilidade subjetiva, ou seja:

Enquanto na previsibilidade objetiva é questionada a possibilidade de antevisão do resultado por uma pessoa prudente e de discernimento, na previsibilidade subjetiva é questionada a possibilidade de o sujeito, segundo suas aptidões

⁴⁹ DE JESUS, Damásio. Direito penal: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 297.

⁵⁰ DE JESUS, Damásio. Ob. cit, p. 298.

⁵¹ WESSELS, Johannes *apud* DE JESUS, Damásio. Direito penal: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 299.

peçoais e na medida de seu poder individual, prever o resultado. Quando o resultado era previsível para o sujeito, temos a reprovabilidade da conduta, a culpabilidade⁵².

Portanto, para verificar a existência de tipicidade no delito culposo, Damásio de Jesus sustenta que, num primeiro momento deve-se examinar qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento diante daquela situação concreta e, depois, compara-se esse cuidado genérico com a conduta do sujeito. Se este não se conduziu da forma imposta pelo cuidado exigível, o fato será típico (o que constitui indício de antijuridicidade).

Posteriormente, segundo o mencionado doutrinador, o operador do Direito deverá analisar a culpabilidade: O sujeito observou a diligência pessoal possível segundo suas próprias aptidões? A resposta negativa deve conduzir à reprovabilidade da conduta.

Apesar da relevância dos estudos de Damásio de Jesus, a incidência dessa espécie de previsibilidade (subjetiva) no crime culposo é controversa. Nelson Hungria, por exemplo, discorda desta posição:

O que decide não é a atenção habitual do agente ou a diligência que ele costuma empregar in rebus suis, mas a atenção e diligência própria do comum dos homens; não é a previsibilidade individual, mas a medida objetiva média da precaução imposta ou reclamada pela vida social⁵³.

Na mesma toada destaca-se a lição de Rogério Sanches Cunha, que conclui que a violação do dever de cuidado é verificada através da previsibilidade objetiva:

Para apurar se houve (ou não) infração do dever de diligência, deve o operador, considerando as circunstâncias do caso concreto, pesquisar se uma pessoa de inteligência média, prudente e responsável, teria condições de conhecer e, portanto, evitar o perigo decorrente da conduta (previsibilidade objetiva)⁵⁴.

⁵² DE JESUS, Damásio. Ob. cit, p. 299.

⁵³ HUNGRIA, Nélon *apud* CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) 6. ed rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 240.

⁵⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) 6. ed rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 237.

Para René Ariel Dotti, a culpa, em sentido estrito, pode ser definida justamente como a violação do dever de cuidado objetivo, decorrente da imprudência, negligência ou imperícia⁵⁵.

Cleber Masson, entretanto, afirma que a previsibilidade subjetiva não é elemento da culpa, mas deverá ser considerado pelo magistrado no juízo de culpabilidade, integrando o elemento da exigibilidade de conduta diversa⁵⁶, o que se coaduna com os estudos de Damásio de Jesus.

Independentemente da controversa questão envolvendo o dever de cuidado e as previsibilidades (objetiva e subjetiva), cumpre destacar que, a partir destas previsibilidades conclui-se se ocorreu violação da obrigação de cuidado, violação manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia.

Neste sentido, o erro médico – sempre culposos – necessariamente deve denotar um proceder imprudente, imperito ou negligente, razão pela qual, passemos a estudar as formas possíveis de erro médico ou, nos dizeres de Júlio César Meirelles Gomes, as três vias principais do erro médico⁵⁷, que nada mais são do que as modalidades de culpa previstas no ordenamento jurídico criminal brasileiro, mais precisamente no artigo 18, II, do Código Penal.

O proceder imperito do profissional da saúde decorre da inaptidão técnica, teórica e prática, no desempenho de uma atividade profissional, segundo Croce e Croce Júnior⁵⁸. Em outras palavras, como definem os próprios autores, a imperícia é a falta de cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão ou uma arte. Conforme Edmundo Oliveira, a imperícia significa falta de experiência, incompetência, inexperiência, inaptidão para determinado trabalho⁵⁹.

Podem constituir exemplos de erro médico por conduta imperita do profissional, a causação de insuficiência suprarrenal ao paciente pelo uso inadequado de corticoides; a seção dos esfíncteres anais em hemorroidectomia,

⁵⁵ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 394.

⁵⁶ MASSON, CLEBER. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 283.

⁵⁷ GOMES. Júlio César Meirelles. Erro Médico: Reflexões. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/459/342. Acesso em 11 set. 2021, às 07h38min.

⁵⁸ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 18.

⁵⁹ OLIVEIRA, Edmundo. Ob. cit., p. 59.

causando a incontinência de fezes⁶⁰; o médico operar o paciente sem ter os necessários conhecimentos anatômicos especializados⁶¹, dentre outros infundáveis casos passíveis de ocorrência.

Já o proceder imprudente denota a falta de atenção, o descuido, a precipitação, sem a adoção dos cuidados que o caso requer e cuja experiência demonstra que, se adotadas as precauções, o resultado lesivo poderia ser evitado. Segundo Edmundo Oliveira, a imprudência indica impulsividade:

Imprudência (do latim “imprūdens, entis”) indica a impulsividade, a afoiteza, a incontinência no procedimento. Prudência é o cuidado de agir com moderação e de evitar tudo quanto possa causar dano ou pôr em perigo alguém ou alguma coisa. Ela busca o fim certo com os meios adequados. É fruto da experiência e do conhecimento. A imprudência, como é óbvio, é o oposto da prudência; é a falta de consideração do fim almejado ou dos meios hábeis para alcançá-lo⁶².

Por exemplo, pode constituir erro médico por conduta imprudente: realizar ato cirúrgico e anestésico, sem antes realizar exames pré-operatórios e pré-anestésicos⁶³; ou realizar ato cirúrgico eletivo prejudicial ao paciente em razão de não contar com todo o instrumental necessário etc.

O proceder negligente estará configurado quando o profissional trata com pouco interesse, com incúria ou descaso os deveres e compromissos éticos com o paciente ou instituição a que serve⁶⁴. Se verifica pela inação, pela inércia, pelo desleixo.

Exemplificativamente, pode surgir o erro médico por conduta negligente quando: ocorre o abandono do paciente que estava sob os cuidados do profissional; existe omissão das instruções necessárias no atendimento de casos clínicos e de advertir o paciente das consequências de certas cirurgias⁶⁵, além de outros infundáveis casos que possam ocorrer.

Ainda, na seara do Direito Médico, importante discorrer, no campo relativo ao descumprimento do dever de cuidado e caracterização do crime culposo, sobre a *lex artis*.

⁶⁰ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 19.

⁶¹ OLIVEIRA, Edmundo. Ob. cit., p. 59.

⁶² OLIVEIRA, Edmundo. Ob. cit., p. 59.

⁶³ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 21.

⁶⁴ GOMES. Júlio César Meirelles. Ob. cit.

⁶⁵ CROCE, Delton. Ob. cit., p. 17/18.

A chamada *lex artis* ou “leis da arte” é um dos conceitos nucleares do Direito Médico e consiste numa regra ou regras de avaliação de conduta, segundo critérios de generalidade de condutas profissionais perante casos análogos.

Em termos mais completos, conceitua Luis Martinez Calcerrada, em tradução efetuada por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues:

[...] a *lex artis ad hoc*, é o critério valorativo da correcção de um concreto acto médico executado por um profissional da medicina (ciência ou arte médica) – que tem em conta as principais características do seu autor, da profissão, da complexidade e transcendência do próprio acto, do estado ou da intervenção do doente, dos seus familiares e da própria organização sanitária – destinado a qualificar o referido acto como conforme ou não com a técnica requerida⁶⁶.

A *lex artis* é um importante instrumento para a verificação não somente da imperícia no caso concreto, mas, igualmente, a presença de outros elementos formais do tipo penal. A obediência à *lex artis* pode afastar o ilícito culposos, uma vez que se o profissional seguiu as normas técnicas, não há que se falar em descumprimento do dever de cuidado.

Importa não confundir *lex artis medicinae* e *lex artis ad hoc*. Esta última, consiste num complexo de regras e princípios profissionais, encampados genericamente pela ciência médica para casos análogos, ajustáveis, entretanto, para aquele caso concreto específico, levando-se em consideração a situação individual de um determinado paciente e as condições de trabalho do profissional da Medicina naquela situação individualizada. Caso não se tenha uma situação específica, individualizada, a nomenclatura apropriada é *lex artis medicinae*.

No campo da responsabilização criminal na seara do Direito Médico, segundo Iberê Anselmo Garcia, o profissional do Direito deve sempre levar em consideração a *lex artis ad hoc*, e não genericamente considerada (*lex artis medicinae*). Para determinar a *lex artis ad hoc*, segundo Garcia, deve-se considerar a conduta preconizada em geral e a conduta possível diante da urgência da intervenção, a disponibilidade dos recursos existentes, a gravidade do caso, etc⁶⁷.

⁶⁶ CALCERRADA, Luis Martinez *apud* RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Ob. cit., p. 53.

⁶⁷ GARCIA, Iberê Anselmo. O Risco Permitido Como Critério de Imputação do Erro Médico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 59/2006, p. 37-89.

Nesta acepção, em princípio, presume-se que se o profissional seguiu as normas da *lex artis*, não há que se falar em erro médico, caso surja um resultado adverso, como, por exemplo, a morte do paciente após uma intervenção cirúrgica.

Entretanto, não é correto asseverar que, uma vez descumprida a *lex artis* e surgindo um resultado adverso, automaticamente, deva ser imputado o erro médico ao profissional, porquanto, a norma técnica pode ter sido violada por uma série de circunstâncias, dentre elas, por exemplo, por não existir tempo a perder para uma cirurgia urgente, o médico deixa de realizar a correta assepsia, causando a morte do paciente por uma infecção.

No caso específico citado no exemplo, deve ser analisado o caso concreto, à guisa de perscrutar se a cirurgia realmente era urgentíssima, a ponto de ser necessário que o profissional deixasse de realizar a necessária assepsia.

No mesmo exemplo, se o paciente falece em razão de hemorragia, e não de infecção, não existe nexo causal entre o descumprimento da *lex artis* pelo médico (que deixou de fazer a assepsia antes da cirurgia) e a morte do paciente.

Destarte, por estas razões, não se mostra automático o descumprimento da *lex artis* e a conseqüente responsabilização criminal, devendo-se analisar outros critérios para a correta imputação de um crime ao médico no exercício da profissão.

Dentre estes critérios, é necessária a análise do nexo causal entre a conduta do profissional e o resultado.

2.5 O problema do nexo causal

A ausência de tipificação clara, taxativa, das condutas médicas pela Parte Especial do Código Penal Brasileiro, trouxe para o campo prático da seara penal e, também, para a academia, a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre a Teoria do Delito, a fim de evitar injustiças ou imputações criminais ao talante do acusador.

Especificamente o estudo do nexo causal se mostrou de extrema relevância, pois constitui o elo de ligação entre a conduta supostamente ilícita e o resultado produzido, a fim de verificação se este último pode efetivamente ser imputado ao profissional da medicina por aquela conduta desempenhada.

Para aferição do nexu causal (vínculo entre conduta e resultado), o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais (também conhecida por: teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora ou da *conditio sine qua non*), cuja criação é imputada a Maximilian von Buri e Stuart Mill, no ano de 1873. Por outro lado, Juarez Tavares atribui a criação desta teoria a Julius Glaser, processualista austríaco que a teria criado em 1858⁶⁸.

Em resumo, a teoria em questão afirma ser causa todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido. Deve-se utilizar, em conjugação com o método da *conditio sine qua non*, o método da teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais, idealizada por Thyrén no ano de 1894. Para Tavares, Julius Glaser também foi o responsável pela criação deste método (e não Tyrén). Porém, é fato que, apesar desta discussão doutrinária, o método da eliminação hipotética dos antecedentes causais, é conhecido como “método de Thyrén”.

Este método sustenta ser causa todo fato que, suprimido mentalmente, faria com que o resultado não ocorresse como ocorreu ou no momento em que ocorreu.

Com a conjugação de ambos os métodos, tem-se a chamada causalidade objetiva, mera relação de causa e efeito e que tende o regresso ao infinito e, por isso, é objeto de críticas.

Neste sentido, oportuna é a transcrição da lição de Cezar Roberto Bitencourt:

[...] a principal crítica dirigida à teoria da equivalência das condições consiste em que esta não é capaz de oferecer critérios valorativos que auxiliem na delimitação das condutas relevantes sob a perspectiva jurídico-penal. Realmente, a tentativa de extrair consequências jurídicas diretamente de considerações acerca da causalidade constitui uma dificuldade reiteradamente apontada pela doutrina, pois representa uma confusão entre o plano causal ontológico e o plano jurídico⁶⁹.

Alcides Leite de Amorim e Shara Pereira de Pontes também apontam na mesma acepção:

⁶⁸ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17. Ed., rev..., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

O grande problema da *conditio sine qua non* é embasar-se em uma lei unicamente física de causa e efeito, que cria uma cadeia de causalidade imensa, dando extensão desmedida ao tipo penal, de modo que haveria um *regressus ad infinitum*, no qual até os pais seriam responsáveis pelo crime, pois se o filho deles não fosse concebido, o crime não ocorreria. Responsáveis também seriam os avós, os bisavós, até chegarmos a Adão e Eva⁷⁰.

Além do regresso ao infinito, o método da *conditio sine qua non* não soluciona adequadamente algumas hipóteses, como muito bem observa Fernando Capez⁷¹. Dentre as hipóteses citadas pelo doutrinador em tela, podemos citar a dupla causalidade alternativa, a dupla causalidade com doses insuficientes, o resultado que ocorreria de qualquer modo e os desvios de cursos causais⁷².

Acerca da dupla causalidade alternativa, esta pode ser vista quando duas ou mais causas concorrem para o resultado. Ela pode ser verificada no erro médico, a partir da seguinte conduta: imagine que os médicos A e B, sem que um saiba da conduta do outro, ministrem medicamentos diferentes em doses excessivas ao paciente. Cada uma das doses é suficiente, por si só, para produzir o evento letal. Aplicando a eliminação hipotética, nenhuma das duas poderá ser considerada causa, uma vez que, suprimindo a conduta de A, ainda assim o resultado ocorreria, já que a dose ministrada por B era suficiente para matar a vítima e, ao revés, extirpada a conduta de B, ainda assim o resultado teria ocorrido, pois a dose ministrada pelo médico A também era suficiente para a produção do evento morte. Segundo o critério da eliminação hipotética, nenhuma das duas condutas poderá ser considerada causa, vez que, mesmo suprimida uma delas hipoteticamente da cadeia causal, o resultado teria ocorrido.

A dupla causalidade com doses insuficientes pode se traduzir no seguinte exemplo: imagine que no mesmo caso citado acima, as doses medicamentosas fossem insuficientes, por si só, para conduzir o paciente ao resultado morte,

⁷⁰DE AMORIM, Alcides Leite. DE PONTES, Shara Pereira de. Teoria da imputação objetiva: panorama doutrinário e jurisprudencial brasileiro. Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, v.1, n. 3, 2008. Disponível em: <http://revistajuridica.mppb.mp.br/index.php/revistajuridica/article/view/127>> Acesso em 18 jan. 2022, às 15h10min.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193/195.

⁷² CAPEZ, Fernando, ob. cit.

porém, somadas, atingiram o nível necessário para produzir a fatalidade. No exemplo, nem a conduta do médico A, nem a conduta do médico B, sozinhas, levariam ao resultado. Eliminada qualquer uma delas, o resultado desapareceria. Portanto, pelo critério da eliminação hipotética, ambas as condutas devem ser consideradas causas. Entretanto, soa estranho não considerar como causa qualquer das hipóteses explicitadas no parágrafo anterior, que poderiam, cada uma por si sós, acarretarem o resultado e, agora, considerar os dois fatos como causas, sendo que isoladamente não produziram o resultado morte.

Sobre o resultado que ocorreria de qualquer modo, cita-se o mesmo exemplo fornecido por Fernando Capez: imagine que um médico acelere a morte de um paciente terminal, que já está com danos cerebrais irreversíveis, desligando o aparelho que o mantinha vivo⁷³. Neste caso, pelo critério da eliminação hipotética, o médico não poderá ser causador do crime de homicídio, já que, mesmo suprimida a sua conduta da cadeia causal, o resultado morte teria ocorrido, mais cedo ou mais tarde.

Acerca dos desvios de cursos causais, imagine a situação em que a vítima leva um tiro no pé, entra no hospital, é acometida por infecção hospitalar e vem a falecer. Aplicada a equivalência dos antecedentes causais, haveria nexos causal no atendimento hospitalar pelo profissional e a morte do paciente, o que não parece ser apropriado do ponto de vista político-criminal.

Visando solucionar a questão, segundo o nosso ordenamento jurídico, esta causalidade objetiva deve ser complementada, dentro da perspectiva da teoria finalista da ação, pela causalidade psíquica, indagando-se se o agente agiu com dolo ou culpa para a produção do resultado danoso.

Em outras palavras, a cadeia causal será sempre limitada pelo dolo ou pela culpa. Por outro lado, caso o agente não tenha agido com dolo, nem com culpa, estaremos diante de um acidente, fora do alcance do Direito Penal.

No entanto, observe que para aferir a tipicidade objetiva, segundo a teoria da equivalência das condições, será necessário incursionar no plano subjetivo do autor, causando a clássica confusão entre o plano causal ontológico e o plano normativo⁷⁴, incapaz, em certas oportunidades, de sanar questões jurídicas (v.g., caso da dupla causalidade alternativa citado neste tópico).

⁷³ CAPEZ, Fernando, ob. cit., p. 194.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit, p. 320/321.

Neste contexto, surge a teoria da imputação objetiva.

2.6 A Teoria da Imputação Objetiva

A Teoria da Imputação Objetiva constitui um complemento corretivo. Ela foi aperfeiçoada em duas concepções, uma elaborada por Claus Roxin e, outra, por Günther Jakobs, ambas ancoradas nos estudos de Karl Larenz (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*- 1927) e Richard Honig (*Kausalität und objektive Zurechnung. In: Festgabe für Frank zum 70 Geburtstag* - 1930)⁷⁵.

Para Karl Larenz, a imputação é a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e ocorrências puramente acidentais. Apenas a vontade dirige um processo causal e pode transformar as consequências acidentais em fato próprio do agente e a ele imputável. Neste sentido, a imputação de um fato consistiria na relação entre acontecimento e vontade. O conceito de finalidade não deve ser interpretado de um ponto de vista subjetivo, mas sim objetivo (não se imputa apenas o que era querido pelo agente, mas também o que era conhecido e, portanto, passível de ser abarcado pela vontade)⁷⁶.

Por isso, a imputação é objetiva, porquanto ela é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do “homem inteligente-prudente”, conforme lecionam Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho:

Imputação como um juízo sobre o fato não é, conseqüentemente, um juízo causal, mas teleológico. O conceito de finalidade não deve ser interpretado de um ponto de vista subjetivo, mas sim objetivo - não se imputa só o que era querido e conhecido pelo agente, mas também o que era conhecido e, portanto, passível de ser abarcado pela vontade. Em síntese: o fato é a realização da vontade; e a imputação, o juízo que relaciona o fato com a vontade. A imputação é chamada de objetiva porque essa possibilidade de previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do "homem inteligente-prudente"⁷⁷.

⁷⁵ PRADO, Luiz Régis. DE CARVALHO, Érika Mendes. A Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro. Ciências Penais, vol. 3/2005, p. 81-110, Jul – Dez/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁷⁶ PRADO, Luiz Régis. DE CARVALHO, Érika Mendes. Ob. cit.

⁷⁷ PRADO, Luiz Régis. DE CARVALHO, Érika Mendes. Ob. cit.

Lado outro, Richard Honig também parte do pressuposto que não se trata de simplesmente aferir a causalidade, mas de valorá-la. Segundo o estudioso, a causalidade está resolvida quando se constata que a ação foi condição necessária para que o resultado ocorresse, porém, a comprovação da relação de causalidade não é suficiente para que determinado resultado seja atribuído a alguém. Necessário prescrutar não o conhecimento e a vontade atuais do autor, mas sim suas capacidades potenciais. Por isso, a nomenclatura imputação objetiva, que constitui em pressuposto de tipicidade do comportamento⁷⁸.

Posteriormente, Claus Roxin, inspirado pelos estudos de Richard Honig, desenvolveu critérios de imputação objetiva. Basicamente, sustenta que o resultado somente pode ser imputado ao agente, se ele era finalmente previsto e dirigido pela vontade. Por consectário lógico, os resultados que não são previsíveis ou dirigíveis pela vontade não são típicos.

Roxin equipara a possibilidade de domínio através da vontade humana (finalidade objetiva) à criação de um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico. Esta aferição ocorre antes mesmo e independentemente da avaliação do elemento subjetivo – dolo ou culpa.

Portanto, o princípio geral de imputação objetiva consiste na criação pela ação humana de um risco juridicamente desvalorado, não incentivado, consubstanciado num resultado típico.

Nesta trilha, o autor é aquele que contribui com a criação ou aumento do risco⁷⁹, podendo, inclusive, interrompê-lo. Assim, caso o risco se realize, mediante a ocorrência do resultado danoso, considera-se que o tipo penal foi preenchido, permitindo a imputação do fato delitivo ao agente.

Sob esta acepção, destaca-se a precisa lição de Jescheck:

Só pode ser objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando a mesma cria para o objeto protegido uma situação de perigo juridicamente proibida e o perigo materializa-se no resultado típico⁸⁰.

⁷⁸ PRADO, Luiz Régis. DE CARVALHO, Érika Mendes. Ob. cit.

⁷⁹ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 38, v. 10, p. 11-31, 2002, p. 13.

⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich *apud* D'AVILA, Fabio Roberto. Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 41.

Lado outro, caso o dano resulte de conduta que respeitava as normas vigentes, este não poderá ser imputado ao agente, pois o risco não era proibido. Ao contrário, o risco era permitido (excludente de tipicidade), recordando-se que vivemos numa sociedade de risco e estes são inatos à vida social⁸¹. A sociedade aceita a ocorrência dos riscos para a preservação da própria existência. No campo da Medicina, os riscos são ainda mais relevantes e são percebidos diariamente, já que a atividade profissional está intimamente ligada à vida, à saúde, à integridade física e psíquica das pessoas

A Teoria da Imputação Objetiva não extirpa a análise do tipo subjetivo, preconizando que a culpa depende da previsibilidade do resultado ou da criação ou incremento do risco proibido. Nesta trilha, a violação ao dever de cuidado é aferida pela criação ou incremento do risco proibido.

Em termos esquemáticos, portanto, as normas penais possuem a previsão de um padrão de comportamento imposto aos indivíduos para a verificação da relevância penal, o qual passa por diversos filtros: causalidade, tipicidade objetiva, imputação objetiva, tipicidade subjetiva e culpabilidade.

Sob esta perspectiva ensina Maria Luiza Gorga, que tem por base, aliás, a própria previsão de Claus Roxin⁸², no sentido de que a teoria da imputação objetiva constitui um filtro de análise posterior à própria causalidade:

[...] dessa forma, entende-se que as normas penais constituem um padrão de comportamento imposto aos indivíduos, o qual deve passar por diversos filtros – causalidade, tipicidade objetiva, imputação objetiva, tipicidade subjetiva, culpabilidade – para a aferição de sua relevância penal⁸³.

Igualmente, Paulo de Souza Queiroz entende que a teoria da imputação objetiva, além de representar um corretivo à relação causal, representa:

[...] uma exigência geral da realização típica, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos, de modo que sua verificação constitui uma questão de tipicidade, e não de

⁸¹ Segundo Gunther Jakobs (*in* A Imputação Objetiva no Direito Penal), o risco permitido é uma das possíveis explicações da adequação social.

⁸² ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990, p. 136.

⁸³ GORGA, Maria Luiza. Direito Médico Criminal. 1ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 28.

antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa)⁸⁴.

Cezar Roberto Bitencourt, sob o mesmo vértice, também enxerga a teoria da imputação objetiva como um “reforço” à teoria da equivalência das condições:

A teoria da imputação objetiva não tem, contudo, a pretensão de resolver a relação de causalidade, tampouco de substituir ou eliminar a função da teoria da *conditio sine qua non*. Objetiva não mais que reforçar, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta. Em outros termos, não pretende fazer prevalecer um conceito jurídico de imputação sobre um conceito natural (pré-jurídico) de causalidade, mas acrescentar-lhe conceitos normativos limitadores de sua abrangência⁸⁵.

Fábio Roberto D’Ávila também partilha do mesmo entendimento:

[...] a observação da relação causal naturalística deixa de ser elemento suficiente na apreciação típica, para respaldar o limite mínimo na imputação objetiva do resultado. A tradicional análise mecânico-natural passa a constituir o primeiro momento na apuração da imputação objetiva: presente o vínculo causal, parte-se para um segundo momento, que verificará a existência de critérios eminentemente normativos. Como salienta TERRAGNI, uma vez determinado que existiu causalidade natural, passa-se à análise da possibilidade de imputação normativa do resultado⁸⁶.

Damásio de Jesus lecionou que a imputação objetiva deve ser analisada no terreno da tipicidade (uma vez que se trata de elemento normativo), não substituindo a causalidade:

Atualmente, estudando o tema, apreciamos a oportunidade de ser a imputação objetiva analisada no terreno da tipicidade. Como se trata de elemento normativo, natural que sejam considerados os seus requisitos nesse campo. Assim, a sequência seria a seguinte: fato típico, com seus componentes: conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade material e tipicidade. Nesta, como elemento normativo do tipo, estaria o lugar da imputação objetiva⁸⁷.

⁸⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 133.

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 320.

⁸⁶ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 41.

⁸⁷ DE JESUS, Damásio. Momento de verificação da presença da imputação objetiva. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal, Brasília, jan-jun, 2007, p. 13. Disponível em: <https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/RevistaCNPCP20.pdf#page=29> acesso em 18 jan. 2022, às 17h08min.

Ou seja, a causalidade segue como elemento de análise para aferição da tipicidade, não sendo substituída pela imputação objetiva. Verifica-se, sim, se o comportamento do autor condicionou o resultado verificado no mundo exterior. Neste diapasão, conforme exemplifica Gorga, se um terceiro, ou mesmo a vítima, introduz um novo risco aos fatos, ou caso este modifique ou suprima a previsibilidade do resultado da ação ou omissão praticada pelo agente, a imputação em face do profissional poderá ser excluída⁸⁸.

À guisa de melhor verificação, como já citado anteriormente, imagine que um paciente vem a sofrer lesões oriundas de uma intervenção cirúrgica realizada por um médico, derivando estas de uma omissão de informações pelo próprio paciente ou por familiares, este dano não poderá ser imputado ao profissional, mesmo que tenha criado ou incrementado um risco proibido pela *lex artis*.

Veja que no exemplo, as lesões acarretadas ao paciente, não sobrevieram da criação de ou incrementação do risco, mas da omissão de informações pelo paciente ou familiares deste, os quais as conheciam.

Ora, o profissional está protegido pelo princípio da confiança na relação médico-paciente, não sendo exigível do médico que desconfie de todos os seus pacientes e realize extensos exames para verificação de todas as informações atestadas por este, até porque, presume-se que o paciente também busca a melhora de sua saúde, o que não parece ser condizente com a falta de fidelidade com o profissional que a tratará.

Posteriormente à avaliação da causalidade, é analisada a imputação objetiva, isto é, se houve uma conduta típica realizada com lesão ao dever de cuidado, estando esta compreendida nos resultados que a norma buscava evitar⁸⁹.

Obtempera-se que, para que se justifique a imputação objetiva, basta o mero conhecimento ou a obrigação de conhecer as circunstâncias que fundamentam o perigo.

2.6.1 A previsibilidade do resultado

⁸⁸ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 28.

⁸⁹ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 28.

O critério da previsibilidade constitui um dos elementos utilizados pela teoria da imputação objetiva para limitação da responsabilidade por delitos culposos, sendo necessário, primeiro, defini-la e, num segundo momento, estudar os critérios de aferição.

Juarez Tavares, reconhecendo que o conceito de previsibilidade é bastante controvertido, afirma que ela tem o sentido de um determinado prognóstico que se faz acerca da possibilidade de realização de um certo evento, e não de um juízo de probabilidade:

Como se trata de um prognóstico e não de um juízo de probabilidade, muitas foram as discussões sobre o modo de seu enunciado. Já no âmbito da teoria da causalidade adequada, por exemplo, a previsibilidade resultaria de um juízo objetivo feito *ex post*, mas levando em conta os fatores *ex ante*, substanciando a chamada prognose posterior objetiva, que fora proposta por Max Rümelin na virada dos séculos XIX e XX⁹⁰.

A verificação da previsibilidade ainda comporta uma outra análise, a saber: aqui devem vigorar critérios puramente objetivos ou os parâmetros se devem orientar pela capacidade do próprio agente?

Segundo a doutrina majoritária, que bebe na fonte do Direito Penal Alemão, representado, *verbi gratia*, pelos estudos de Welzel⁹¹, deverão ser observados os padrões médios gerais, numa análise exclusivamente objetiva, com base no antigo critério do *homo medius*.

Por outro lado, Juarez Tavares critica a existência do critério do homem médio, do homem prudente, sob a alegação de que não deve existir esta comparação, mas a verificação, no caso concreto, diante do contexto, se as condições materiais da conduta e das circunstâncias poderiam revelar um juízo objetivo de que aquele agente previu o resultado, *in verbis*:

O critério pessoal deve estar relacionado à capacidade objetiva do agente, em face dos fatores causais existentes no momento do fato de prever o resultado. Não há, assim, que se proceder a uma comparação entre este agente e um imaginário homem standard, mas simplesmente de conferir, diante do contexto, se as condições materiais da conduta e das circunstâncias poderia embasar um juízo objetivo de que aquele agente previu o resultado. Dadas as características, portanto, da previsibilidade temporal, que faz depender da capacidade do próprio agente a

⁹⁰TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 390.

⁹¹ WELZEL, Hans *apud* COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 60.

conclusão acerca se o resultado era ou não previsível, cai definitivamente por terra o critério do homem prudente⁹².

Heitor da Costa Júnior, citando os estudos de Stratenwerth, também critica o critério em tela, asseverando que, no delito culposo, o comportamento correto é determinado considerando não somente as normas gerais, mas também a possibilidade de ação do autor individual.

Stratenwerth, dentre outros, situa-se na corrente minoritária. Para ele, 'no delito culposo determina-se o comportamento correto considerando-se não somente as normas gerais, mas também as possibilidades de ação do autor individual, o que nos parece ser a melhor solução⁹³.

Aliás, o critério do *homo medius* causa certa insegurança jurídica, visto que, seria exigido, em algumas hipóteses, deveres superiores e, em outras, deveres aquém das possibilidades do agente. Para Heitor da Costa Júnior, o critério possibilitaria mais do que insegurança jurídica, mas uma "grande impunidade" e, ao final, o autor fornece razão ao pensamento de Jakobs no sentido de que a norma de cuidado não pode ir além do poder do sujeito, *in verbis*:

Com efeito, pensar de forma diversa possibilitaria grande impunidade para aqueles que, dotados de melhores condições pessoais, deixassem de cumprir o cuidado possível, ainda que superior ao objetivamente determinado. Exigiríamos, segundo esta corrente, em algumas hipóteses deveres superiores e, em outras, deveres aquém das possibilidades do agente. Neste sentido, tem absoluta razão Jakobs: '(...) la norma es un imperativo dirigido a cada um de los destinatários, por lo que su limite se encuentra em el poder de cumplimiento del sujeto; por tanto la norma de cuidado no puede ir más allá del poder del sujeto⁹⁴.

Especificamente na seara do Direito Médico Criminal, imagine a seguinte situação hipotética: um experimentado e renomado médico especialista, com ampla titulação acadêmica, atuando na média, mas aquém de suas capacidades, permite que danos ocorram ao paciente. Será possível asseverar

⁹²TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 394.

⁹³COSTA JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 58.

⁹⁴COSTA JÚNIOR, Heitor. Ob. cit., p. 59.

que ele violou o dever de cuidado e, conseqüentemente, poderá ser imputada uma ação típica a ele?

Caso adotado o critério do *homo medius*, não será possível afirmar que o profissional tenha atuado com violação do dever de cuidado, visto que agiu conforme a média agiria.

Porém, por outro lado, considerando a capacidade técnica individual e expertise do profissional em questão, ele incorrerá em violação ao dever de cuidado, já que a sua condição pessoal revelava um juízo objetivo de que poderia prever aquele resultado adverso.

Neste sentido, destaca-se o escólio de Gorga, em remate aos estudos de Casabona⁹⁵:

Cabe notar que esse dever de cuidado a que o profissional se sujeita deve ser avaliado individualmente. De tal modo, para verificar-se a violação do dever de cuidado e, conseqüentemente, a incidência típica, verifica-se a capacidade individual do profissional – desta forma, incorrerá em violação ao dever de cuidado um grande especialista que, embora tenha atuado de forma superior à média ainda assim permite que danos ocorram ao paciente por atuar de maneira aquém de sua capacidade⁹⁶.

Casabona e Gorga são bem rígidos ao ponderarem que, mesmo um grande especialista atuando acima da média, responderá por danos ao paciente caso eles ocorram pela atuação do profissional aquém da capacidade.

Eis, igualmente, o pensamento doutrinário de Stratenwerth, que acrescenta uma observação, a saber: não ser exigível do médico com capacidades especiais que empregue uma medida especial de esforço além de sua própria capacidade:

[...] por outra parte, no se comprende porqué razón un cirujano com especiales capacidades estaria obligado a utilizar, em uma operación riesgosa, unicamente aquellas técnicas que constituyen el standard mínimo de todos los que quieren ejercer la cirugía. [...] a nadie se le exige demasiado, es decirmas allá de sus posibilidades. El que dispone de uma capacidade especial no tiene que aplicar uma medida especial de esfuerzo, em el sentido de uma moral, sino solamente sus propias capacidades. Es preciso evitar las consecuencias de elevar

⁹⁵CASABONA, Carlos María Romeo. A responsabilidade penal do médico por má prática profissional. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 9-33, 2003, p. 15-16.

⁹⁶GORGA, Maria Luiza. ob. cit., p. 20.

siempre em general las exigências de cuidado hasta el nivel del especialista excepcional, desculpando a los demás ciudadanos precisamente por su incapacidad⁹⁷.

O ensinamento de Stratenwerth é resumido no brocardo: *ultra posse nemo obligatur*” (ninguém é obrigado, além do que pode). Portanto, segundo a corrente doutrinária em tela, o profissional altamente capacitado deve empregar conduta acima da média, e não somente o standard mínimo. Entretanto, não lhe é exigido que aja em medida especial de esforço, isto é, além de sua própria capacidade.

Juarez Tavares, conforme já demonstrado em citação anterior, também critica a existência do critério do *homo medius*, porém, segundo ele, deve também ser considerado para fins de verificação da previsibilidade, as condições concretas existentes no momento do fato.

Portanto, aplicando-se os ensinamentos de Tavares ao Direito Médico Criminal, elimina-se o comparativo do homem médio e, por conseguinte, a medida da previsibilidade passa a ser a *lex artis ad hoc*. Em outros termos, a *lex artis ad hoc* surge como medida da previsibilidade no caso do erro médico.

Obtempera-se que ínsito à *lex artis* estão as normas éticas da profissão que, apesar de não serem consideradas normas legais, estabelecem um padrão aceitável de comportamento.

Nesta senda, destaca-se o escólio de Maria Luiza Gorga:

[...] apesar de não serem consideradas normas legais, as disposições existentes nos Códigos de Ética Profissional são levadas em conta pelos julgadores na avaliação do comportamento individual, bem como na determinação de um comportamento padrão aceitável. Além disso, as normas éticas constituem parte da *lex artis*, de modo que na seara criminal sua adoção é ainda mais relevante⁹⁸.

Importantes, igualmente, as considerações de Fábio Roberto D’Ávila:

Nesse ponto, as normas regulamentares, a *lex artis* e as normas técnicas prestam um relevante papel. Quando uma norma proíbe a realização de uma conduta ou determina que a sua prática leve em consideração determinados critérios de segurança, está, implicitamente, delineando quais as condições

⁹⁷ STRATENWERTH, Günther *apud* COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 59/60.

⁹⁸GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 84.

para que seja considerada socialmente adequada e, por sua vez, o risco produzido socialmente admitido. V.g., quando uma norma administrativa proíbe a condução de veículos acima da velocidade permitida está, simultaneamente, declarando que o risco criado por essa conduta foge do admitido para àquela atividade⁹⁹.

Neste caso, o operador do Direito deverá analisar se, naquela situação específica vivenciada pelo profissional da saúde, diante das circunstâncias do caso concreto, seria possível seguir aquele padrão de conduta pré-determinado pela *lex artis* e pelos dispositivos éticos.

Em termos esquemáticos, nesta hipótese, o critério pessoal deve estar relacionado à capacidade objetiva do profissional da saúde, em face dos fatores causais existentes no momento do fato em prever o resultado¹⁰⁰.

Portanto, não há que se proceder a uma comparação entre o médico e o imaginário homem médio, mas apenas e tão somente deve ser analisado, diante do contexto, se as condições materiais da conduta e das circunstâncias poderia concluir que o profissional poderia prever determinado resultado.

Havendo a previsibilidade, diante do descumprimento da *lex artis*, há indícios da produção de um risco não permitido. Importante frisar a palavra “indícios”, uma vez que o mero descumprimento da *lex artis* não torna automática a imputação, uma vez que a norma generalista não tem caráter vinculante¹⁰¹, devendo ser aferido, em adição, outros critérios, conforme se demonstrará.

2.6.2 O critério da evitabilidade do resultado

Nos delitos materiais (de resultado), a imputação deve estar alicerçada na relação entre a lesão ao dever de cuidado e o resultado concretamente verificado, segundo sustenta Juarez Tavares¹⁰².

Com efeito, apenas o critério da previsibilidade pode não determinar com segurança os limites da responsabilidade, razão pela qual, necessária a análise se o resultado era ou não evitável. Se o resultado não puder ser evitado, a

⁹⁹D’AVILA, Fabio Roberto. Ob. cit., p. 50.

¹⁰⁰TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 393.

¹⁰¹D’AVILA, Fabio Roberto. Ob. cit., p. 50.

¹⁰²TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 394.

despeito da adoção de conduta conforme o cuidado, irrelevante a análise da lesão ao dever de cuidado.

Sob esta acepção destaca-se a lição de Heitor Costa Júnior, citando Franz Exner:

Exner questiona se, ao autor, podia ser imputado tudo o que previra. Aquele que agiu observando o cuidado requerido, no âmbito da relação, para Exner, não o fez culpavelmente, mesmo que desta conduta tenha resultado qualquer evento socialmente indesejável, porquanto estas ações são juridicamente permitidas (risco permitido)¹⁰³.

Neste mesmo sentido, cabe destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgado do ano de 2016 – escolhido com base em fins didáticos -, reformou a sentença de primeiro grau que havia condenado um médico por erro, o fazendo para absolvê-lo, diante da ausência de demonstração do nexo de evitabilidade, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE (EVITABILIDADE) ENTRE A CONDUTA CULPOSA DO RÉU E A MORTE DA VÍTIMA. DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO MORTE. ABSOLVIÇÃO IMPOSITIVA. 1. Preliminares de cerceamento de defesa superadas em face da solução de mérito mais favorável. 2. A condenação por crime culposos demanda a demonstração do agir culposos (violação a dever objetivo de cuidado) do réu, da previsibilidade do resultado e do nexo entre a conduta e o evento morte. 3. Hipótese dos autos em que comprovado: (i) negligência e imprudência por parte do réu (alta leviana, ausentes providências eficazes de transferência hospitalar, e não monitoramento do paciente), bem como (ii) previsibilidade do resultado morte da vítima, vez que se tratava de paciente com graves e consabidas enfermidades. Contudo, no cotejo dos elementos probatórios, não é possível concluir, com segurança, pela existência de (iii) conexão interna entre o desvalor da conduta do réu e a morte do paciente, à míngua de evidências técnicas e no quadro de três comorbidades severas e de péssimo prognóstico. 4.

¹⁰³COSTA JÚNIOR, Heitor. Ob. cit, p. 40.

Dúvida insuperável no caso concreto em relação à criação/incremento do perigo materializado no resultado lesivo. Réu que não diminuiu o risco de morte, mas tampouco demonstrado que as condutas cuidadosas (poucas horas depois adotadas por outro profissional) possível ou provavelmente teriam evitado a morte da vítima, ou interferido eficientemente no curso causal do quadro clínico. Absolvição impositiva. RECURSO PROVIDO¹⁰⁴.

Segundo consta da denúncia, o médico L.L.P. foi denunciado pela suposta prática de homicídio culposo, em razão da inobservância de regra técnica da profissão, causando a morte do paciente L.C.D.

Apurou-se dos autos que a vítima sofria de Leucemia Linfocítica Crônica, razão pela qual, era atendida regularmente no nosocômio. Tem-se registro que, no mês de abril de 2011, o paciente foi internado em todos os finais de semana, tendo recebido como tratamento, entre o uso de medicação, a transfusão de sangue.

Entretanto, no sábado em que os fatos ocorreram, o Banco de Sangue do Hospital de Caridade de Santiago, no Rio Grande do Sul, não dispunha, em estoque, de tipagem sanguínea que a vítima necessitava – RH Negativo -, conforme apurado nas declarações prestadas pelo diretor do laboratório de análises.

Diante da situação, o médico que compôs o polo passivo da ação penal, deu alta ao paciente, não o monitorou, nem providenciou a transferência para outra unidade hospitalar.

Posteriormente, o paciente foi atendido por outro médico, que providenciou, sem qualquer dificuldade, a internação do paciente em outro nosocômio. porém, dezessete horas após o primeiro atendimento, o paciente faleceu em decorrência de “edema agudo de pulmão; cardiopatia isquêmica; anemia; leucemia linfocítica crônica”.

Neste caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, entendeu que seria o caso de reforma da sentença condenatória, mediante a declaração de absolvição do médico.

¹⁰⁴ TJRS - Apelação Criminal 70070159777, Relator(a): Des.(a) Sylvio Baptista Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 19/10/2016, publicação 30/11/2016.

O voto vencedor, dentre outros fundamentos, consignou que a denúncia passou ao largo do nexo de evitabilidade entre a suposta conduta culposa (violadora do dever objetivo de cuidado) que se protraiu durante muitas horas e o resultado morte.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça entendeu que o fato seria atípico, diante da ausência de demonstração do nexo de evitabilidade, uma vez que a sentença de primeiro grau teria dado um grande salto lógico ao concluir que se o profissional julgado tivesse monitorado o paciente e trabalhado para a transferência o resultado morte não teria sido produzido.

Outrossim, o voto ponderou que, nem mesmo utilizando a teoria da imputação objetiva seria capaz de atribuir o resultado ao médico, porquanto só haveria imputação do resultado se a conduta culposa (conceder alta hospitalar leviana) fosse responsável pela criação ou incremento do perigo (agravamento do estado de saúde do paciente), que se materializa no resultado lesivo (a morte do paciente). *In casu*, segundo o voto vencedor, não foi possível concluir com clareza meridiana que o estado de saúde da vítima tenha se agravado pela alta em si. Também não fora demonstrado se a transfusão teria evitado o resultado morte, pois seria possível que a própria transfusão tenha catalisado a descompensação cardíaca.

Portanto, possível concluir que a utilização do juízo de evitabilidade como critério de imputação tem, por base, duas orientações: uma positiva e outra negativa, conforme ensina Tavares:

Pela primeira, afirma-se a imputação quando, caso a ação fosse cuidadosa, o resultado teria sido evitado segundo um juízo de probabilidade nos limites da certeza. Pela segunda, excluir-se-á a imputação quando o resultado for inevitável, isto é, quando, quase que certamente, ocorreria da mesma forma, caso a ação tivesse obedecido ao cuidado devido. Em caso de dúvida, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro reo*, excluindo-se a imputação, quando dados concretos indiquem que era de se esperar que o resultado, possivelmente, se daria do mesmo jeito, ainda que a ação fosse cuidadosa ¹⁰⁵.

Em termos esquemáticos, no âmbito do tipo, se o resultado for inevitável, faltará a imputação, visto que, como o resultado ocorreria de qualquer forma, seja com a ação cuidadosa ou não, não se poderá dizer que o resultado se

¹⁰⁵TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 395/396.

constitua na concretização do perigo desencadeado pela conduta do agente, segundo Wessels-Beulke¹⁰⁶.

Zaffaroni entende ser necessária uma “relação de determinação”, sustentando que a violação da norma nunca pode ser causa do resultado, por se tratar de um conceito abstrato, e o resultado um fenômeno pertencente ao mundo físico¹⁰⁷.

Nestes termos, oportuno lembrar que, segundo a teoria da imputação objetiva, só pode ser objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando ela cria para o objeto protegido uma situação de perigo juridicamente proibida e o perigo materializa-se no resultado típico, conforme pontua Jescheck¹⁰⁸.

2.6.3 A teoria do aumento do risco

A partir da doutrina de Claus Roxin foi possível construir uma estrutura de imputação com base na teoria do risco e que pode ser dividida em três fatores, conforme lição de Juarez Tavares¹⁰⁹: do incremento (ou criação) do risco não permitido; da realização do risco não permitido; do alcance do tipo.

Antes de abordarmos cada um destes fatores, imprescindível ter em mente que a norma penal deve ter a tarefa de limitar o conteúdo, a extensão e os efeitos do poder de punir¹¹⁰.

Dogmaticamente, a teoria do risco sustenta que o tipo do delito culposo apenas estará configurado quando a conduta ultrapassar os limites do risco autorizado e o resultado efetivamente ocorrido constituir, concretamente, a realização material daquele risco não permitido.

Uma vez que a finalidade da norma penal é impor limites à responsabilidade do cidadão e, considerando que, muitas vezes, o desrespeito ao risco autorizado é empiricamente indemonstrável, cabe determinar os casos

¹⁰⁶ WESSELS-BEULKE *apud* TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 396.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *apud* COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 65.

¹⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich *apud* D'AVILA, Fabio Roberto. Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 41.

¹⁰⁹ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 397.

¹¹⁰ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 399.

em que a conduta perigosa não constitui um aumento do risco proibido. Segundo Tavares¹¹¹, isso se dá, normalmente, nas seguintes hipóteses: quando a conduta, em vez de aumentar, diminui o risco do resultado; quando a conduta não aumentou o risco do resultado; quando a conduta arriscada não se concretizou no risco proibido; quando a conduta arriscada não se inclui no âmbito do tipo do respectivo delito.

À luz dos ensinamentos de Roxin, estas hipóteses podem ser divididas em criação do risco (as duas primeiras hipóteses citadas no parágrafo anterior), realização do risco (terceira hipótese citada no parágrafo anterior) e alcance do tipo (última hipótese mencionada)¹¹².

Portanto, possível concluir que os critérios normativos de imputação objetiva do resultado resumem-se na criação ou incremento de um perigo não permitido, que se materializa na lesão a um bem juridicamente tutelado, dentro do alcance do tipo, ou, nos crimes omissivos, na omissão da evitação, possível, do perigo não permitido, que se realiza no resultado típico, dentro do alcance da norma, pois que as normas somente podem coibir ações que gerem ou aumentem riscos não permitidos a bens tutelados pelo ordenamento jurídico¹¹³.

2.6.3.1 A criação do risco

Ao invés de Roxin trabalhar com o critério da infração à norma de cuidado, ele prefere partir de outro fundamento, a saber: o do risco não permitido. Partindo desta premissa, imagine a situação, retirada de um caso concreto para fins didáticos¹¹⁴, em que o médico, ao assumir um plantão, dê alta hospitalar a um paciente em virtude de os exames laboratoriais serem inconclusivos, sem, contudo, realizar exame clínico neste ou não solicite exames complementares que pudessem concluir sobre o real estado de saúde da pessoa, vindo esta a óbito horas depois, por choque séptico pancreatite. Veja, ao conceder alta ao

¹¹¹ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 399/400.

¹¹² ROXIN, Claus *apud* TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 400.

¹¹³ D'AVILA, Fabio Roberto. Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

¹¹⁴ TJSP; Apelação Criminal 0017971-86.2012.8.26.0451; Relator (a): Lauro Mens de Mello; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 29/04/2019.

paciente sem conhecer o real estado de saúde dele, o médico realiza uma ação que ultrapassa os limites do risco autorizado. A situação é a mesma da violação a uma norma de cuidado, porém, com outra roupagem.

Uma vez que o agente tenha assim agido, cumpre verificar, se ainda assim, o resultado lhe pode ser imputado, o que deve ser feito sob dois vértices: o da diminuição do risco e o da ausência do aumento do risco.

Haverá diminuição do risco quando a conduta do agente, embora perigosa e causal para o resultado, tenha produzido um dano menor na vítima. Em termos esquemáticos, a diminuição do risco exclui a imputação, uma vez que o agente, em vez de dirigir-se à lesão do bem jurídico, orientou, concretamente, a conduta, para proteger o bem jurídico diante de um dano de maior gravidade. Não é exigível que o agente efetivamente salve o bem jurídico para que a imputação seja excluída, basta que ele atue, na medida de suas possibilidades, para evitar o dano maior, mesmo que tenha resultado em lesão ao ofendido.

O conceito em tela fica evidente no caso da iatrogenia, por exemplo, em que o médico necessitou realizar a excisão de um membro do paciente, para que lhe salvasse a vida. Ou seja, o profissional diminuiu o risco do resultado morte ao realizar a retirada do membro, a despeito de ter causado lesão corporal ao paciente (a perda do membro).

Já no caso do médico que concedeu a alta hospitalar ao paciente sem solicitar exames complementares (tendo em vista a inconclusão dos exames laboratoriais) e sem sequer realizar o exame clínico, não parece ter ele diminuído o risco do resultado morte.

Outrossim, segundo a dogmática, não haverá imputação, quando a conduta do agente, ainda que não autorizada, perigosa e causal para o resultado, não tenha aumentado o risco de sua produção¹¹⁵. Em outras palavras, a houve ausência de aumento do risco.

Esta hipótese fica bem delineada na intervenção de terceiro sobre a causalidade anterior. Juarez Tavares¹¹⁶ cita como exemplo, o caso de alguém que desfere um soco no braço de um hemofílico, que horas antes havia se submetido a uma transfusão de sangue para a reposição do fator coagulante, o que tornaria inócuo os efeitos do soco para desencadear imediatamente uma

¹¹⁵ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 401.

¹¹⁶ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 403.

hemorragia. Mais tarde, por atuação do médico sobre o hematoma que havia se produzido no braço da vítima, a vítima falece. Neste exemplo, segundo a teoria em questão, estará excluída a imputação do autor do soco no braço, porquanto esta conduta não teria representado um aumento do risco do resultado morte, o qual só fora viável pela suposta ação indevida do médico, que poderá responder pelo resultado.

Assim, fica evidenciado que só poderá ser atribuído o resultado a alguém se criado ou incrementado o risco pelo agente. No entanto, importa ponderar sobre a limitação temporal do aumento ou incremento inicial do risco, diante dos inúmeros fatores que intervêm no desenrolar do acontecimento durante longo período temporal.

Por exemplo, no caso mencionado no início deste tópico, mudemos um pouco as circunstâncias: imagine que o médico, ao assumir um plantão, dê alta hospitalar a um paciente em virtude de os exames laboratoriais serem inconclusivos, sem, contudo, realizar exame clínico neste ou não solicite exames complementares que pudessem concluir sobre o real estado de saúde da pessoa, vindo esta a óbito 30 (trinta) dias depois por parada cardiorrespiratória. Segundo Juarez Tavares¹¹⁷, a imputação será excluída quando se concluir que o resultado (morte) não estará mais em função da condição que inicialmente desencadeara o risco de sua ocorrência (a alta hospitalar), mas sim de outros fatores. É o que ele denomina de “funcionalidade da condição”. Outrossim, o resultado também poderá ser excluído, quando sopesados diversos fatores produtores do resultado, a condição inicial (a alta hospitalar) não for mais suficiente para explicar a morte da vítima, é o que ele denomina de “critério da suficiência”.

Em suma, portanto, a limitação temporal da criação ou incremento do risco é definida através de dois critérios: a funcionalidade da condição e o critério da suficiência.

2.6.3.2 A realização do risco no resultado

¹¹⁷ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 405.

Não basta para a imputação a análise do risco gerado, pois mister se faz a verificação se a ocorrência do resultado deve ser atribuída ao perigo criado ou incrementado pela conduta. Isto é, o resultado deve ser uma extensão natural da conduta empreendida¹¹⁸.

Neste sentido, não pode ser tida por causa uma conduta do agente se o evento causado fisicamente pelo comportamento não estiver na linha de desdobramento causal normal da ação ou omissão.

Segundo a teoria da causalidade adequada, no caso de erro médico no socorro de vítima de disparo de arma de fogo, esta hipótese seria de concausa relativamente independente que não por si só produziu o resultado, razão pela qual, o atirador deverá responder pelo homicídio doloso consumado, enquanto o médico pelo homicídio culposo consumado, visto que, segundo a dicção do § 1º do artigo 13 do Código Penal, apenas a concausa relativamente independente que por si só produziu o resultado poderá levar à exclusão da imputação.

No entanto, segundo Roxin¹¹⁹, adotando-se a teoria da imputação objetiva, o caminho seria outro: se o resultado é produto exclusivo do risco posterior (erro médico), o médico responderá pelo homicídio culposo consumado, enquanto o atirador responderá por tentativa de homicídio, caso o óbito do paciente, *v.g.*, tenha ocorrido em virtude da aplicação de doses excessivas de medicamentos; por outro lado, se o resultado for produto combinado de ambos os riscos (lesões em razão dos disparos e do erro médico), o resultado será imputado a ambos, ao atirador na forma dolosa e, ao médico, na forma culposa, porquanto a combinação dos riscos teria ocasionado a morte do paciente.

2.6.3.3 O resultado dentro do alcance do tipo

Para haver imputação, outrossim, o perigo gerado pelo comportamento do agente deve estar no alcance do tipo penal. Juarez Tavares define este *topoi*

¹¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) 8. ed ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 308.

¹¹⁹ ROXIN, Claus *apud* CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) 8. ed ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 308.

como a análise das limitações impostas aos tipos de delito existente na parte especial dos códigos penais¹²⁰ e completa:

Cada delito, ao ser elaborado pelo legislador, comporta uma interpretação adequada a delimitar-lhe as respectivas zonas de injusto, situadas na perfeita identificação das exigências normativas quanto à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico que lhes serve de substrato ¹²¹.

Rogério Sanches Cunha, ao abordar o tema, a título de ilustração, cita como exemplo a seguinte situação hipotética:

Imaginemos: ANTONIO atira em JOÃO para matar. A vítima é socorrida e transportada numa ambulância para cirurgia de urgência. No trajeto, a ambulância em alta velocidade, colide contra um poste, matando o paciente em apuros ¹²².

O autor em questão prossegue ponderando que, no caso exemplificado, segundo a teoria tradicional, existiria nexu físico (se não fosse o disparo, João não estaria na ambulância). Por outro lado, segundo a Teoria da Imputação Objetiva, além da presença do nexu físico, Antônio, atirando contra alguém, criou o risco proibido, porém, a morte de João não se encontra dentro do alcance do tipo, porquanto não é objetivo do artigo 121 prevenir mortes causadas por acidentes de veículos que não estejam sob o domínio direto ou indireto do autor de um disparo¹²³.

Na senda do alcance do tipo, importa destacar os casos decorrentes de autocolocação em perigo, da heterocolocação em perigo consentida (ou colocação em perigo alheia) e dos submetidos ao âmbito de responsabilidade de outrem.

Sobre a autocolocação em perigo, pontua-se que, ainda que o agente tenha contribuído causalmente para o resultado, este não lhe será imputado quando a vítima se tenha, deliberadamente, colocado em perigo ou se autolesado. Assim, imagine a seguinte situação no Direito Médico Criminal: um médico receita cloroquina e ivermectina para tratamento de uma doença

¹²⁰ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 408.

¹²¹ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 408.

¹²² CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) 8. ed ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 308.

¹²³ CUNHA, Rogério Sanches. Ob. cit., p. 308.

apresentada por determinados pacientes (de acordo com eventuais pesquisas médicas comprobatórias da eficácia para aquela doença), porém, posteriormente, percebe que os fármacos citados estariam gerando efeitos deletérios na saúde deles (e, também, diante de novas pesquisas científicas que atestam a ineficácia do medicamento para aquela doença). Em consequência, convoca todos os pacientes para os quais receitou tais medicamentos que suspendam a utilização e se dirijam à unidade hospitalar para a reavaliação do quadro clínico e troca do tratamento. Um deles, porém, apesar de contactado e sem que tivesse iniciado ainda o tratamento, ignora o chamado e passa a ingerir os fármacos, vindo a óbito justamente pelo consumo das drogas prescritas inicialmente. Neste caso, embora o médico tenha contribuído de modo causal para o evento, o resultado não lhe pode ser imputado porque se situa fora do alcance do tipo, em virtude de o paciente ter se colocado voluntariamente em perigo.

A heterocolocação em perigo consentida também merece destaque neste *topoi*. A diferença básica entre esta e a hipótese anterior é o fato de que, alhures, o perigo ou a lesão seriam efetivados pela própria vítima com a contribuição do agente. Por outro lado, aqui, o próprio agente executa a ação perigosa ou lesiva com a contribuição da vítima. Em outras palavras, o agente executa a ação perigosa ou lesiva por ação determinada ou induzida pela própria vítima. Neste sentido, imagine a seguinte situação hipotética: após uma intervenção cirúrgica realizada por um médico, o paciente vem a sofrer lesões derivadas de omissão de informações pelo próprio paciente ou familiares. Conforme já pontuado anteriormente, o resultado não poderá ser imputado ao profissional, mesmo que tenha criado ou incrementado um risco proibido pela *lex artis*, porquanto as lesões foram advindas da omissão de informações, e não da criação ou incremento do risco proibido.

O âmbito de responsabilidade de outrem (ou âmbito de responsabilidade do alheio) garante que não haja imputação quando o fato se incluir no âmbito de responsabilidade de outrem, que estava, por qualquer motivo, obrigado a enfrentar o perigo. Diferentemente do que ocorre nas outras hipóteses já vista, neste *topoi*, a vítima se autocoloca em perigo por imposição do dever decorrente de sua posição de garantidor ou em cumprimento a um dever geral de

assistência¹²⁴. Apesar de a hipótese não ser aplicável ao erro médico (objeto deste trabalho), entende-se como imprescindível a explanação deste *topoi*, porquanto ele está inserido dentro da Teoria da Imputação Objetiva (debatida neste trabalho). Apesar de não se verificar hipótese do âmbito de responsabilidade do alheio no caso de erro médico, ele é facilmente visualizado na seara do Direito Médico Criminal: imagine que um médico ao tratar um paciente acometido pelo vírus da COVID-19, acabe se contaminando com o vírus e venha a falecer. Neste caso, a morte do médico poderá ser imputada ao paciente? Não, uma vez que, embora exista, de um lado, a norma mandamental (que impõe o dever de salvar) e, de outro lado, a norma proibitiva (veda a produção de efeitos perigosos ou danosos resultantes de uma conduta), deve prevalecer a norma que apresente maior carga de motivação que, no caso, é a norma mandamental, e não a norma proibitiva. Nesta acepção, destaca-se o escólio de Juarez Tavares:

Uma vez que a ordem jurídica deve ser organizada como um sistema comunicativo, suas normas devem estar adequadas a desempenharem a função de elementos de referência de condutas. Se essas normas forem construídas de tal forma que seus marcos referenciais induzam a realização de condutas com consequências contraditórias, deixam de servir de elementos de motivação dessas condutas e perdem, assim, o sentido de coerência que lhes poderia ser imprimido. Este conflito, portanto, deve ser resolvido pela prevalência da norma que apresente maior carga de motivação, que, no caso, deverá ser a norma mandamental e não a norma proibitiva¹²⁵.

2.6.4 Do critério relativo à qualidade da ação

A imputação objetiva do resultado também deve ser excluída quando a ação permanece nos limites do cuidado que era imposto ao agente para o seu empreendimento ou execução. Igualmente, a imputação deverá ser excluída quando, embora haja o descumprimento da norma de cuidado, esta se mantenha nos limites do chamado risco habitual ou quando a violação da norma de cuidado se tenha produzido tão levemente que falte aptidão para a intervenção do poder

¹²⁴ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 416.

¹²⁵ TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 417.

punitivo. Aqui serão debatidos os critérios do risco permitido, do risco habitual e da *culpa levis*.

2.6.4.1 O risco permitido

Em razão do incremento da complexidade das relações sociais e mudanças no cotidiano social, causadas sobretudo pelo avanço da tecnologia, a dogmática jurídico-penal passou a perceber que certas condutas lícitas e socialmente necessárias detinham um potencial lesivo inerente a sua condição.

Segundo Fábio Roberto D'Ávila, no momento em que a própria sociedade reconhece a necessidade de certas atividades absolutamente perigosas como imprescindíveis ao cotidiano, a negligência e o risco tornaram-se elementos necessariamente admitidos no universo social¹²⁶. Por exemplo, percebe-se que, embora o trânsito de veículos seja extremamente perigoso, pois causador de inúmeras mortes por acidentes, não há como conceber a estrutura social à míngua dos benefícios do transporte. Da mesma forma, a Medicina, por si só, já é uma atividade de risco (conforme já debatemos neste trabalho), porém, igualmente, é impossível pensar numa sociedade sem profissionais da saúde.

Visando ao menos minimizar os prejuízos das atividades danosas, tais atividades são regulamentadas. Esta regulamentação, por sua vez, é fundada na compreensão e no reconhecimento do risco inerente a tais condutas, bem como da impossibilidade de sua eliminação. Em outras palavras, a negligência, o risco e o dano passam ser aceitos como um mal necessário socialmente aceito em certos limites e determinadas condições, conforme ensina Fábio Roberto D'Ávila:

Preocupado em, ao menos, minimizar os prejuízos dessa atividade tão importante, o ordenamento jurídico, entre outras esferas, passou a regulamentar detalhadamente a circulação de veículos automotores, como procedeu, igualmente, em inúmeras outras atividades, dentre as quais, v.g., a medicina, a exploração de energia nuclear, o tráfego de aeronaves etc. Tal regulamentação, por sua vez, é fundada na compreensão e reconhecimento do risco inerente a tais condutas, bem como da impossibilidade de sua eliminação, e, reiteramos, trabalha no sentido de minimizar prejuízos. A negligência, o risco e o dano, portanto, passam a ser concebidos como dissidência

¹²⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. Ob. cit., p. 46.

necessária, um mal necessário, socialmente aceito em certos limites e em dadas condições ¹²⁷.

Os limites e condições são aqueles estabelecidos pelo risco permitido, isto é, desde que a conduta se mantenha no limite do risco permitido, não haverá que se falar em delito culposo. A doutrina moderna tem substituído, no tipo dos delitos culposos, a referência à infração à norma de cuidado pela violação do risco autorizado¹²⁸.

Segundo Juarez Tavares, esta substituição não está equivocada, visto que o risco desautorizado se insere na constituição dos delitos culposos como instrumento da argumentação analítica, pela qual se configura esta forma de conduta proibida¹²⁹.

Nesta trilha, o risco permitido funciona como critério limitativo da imputação. Segundo Fernando Velásquez, a conduta que se encontra na órbita do risco permitido implica na ausência de tipicidade¹³⁰.

A atividade médica é tratada no âmbito do risco permitido, porquanto é autorizada de antemão, muito embora possa ser perigosa ou lesiva a bens jurídicos. Nesse caso, a realização de condutas médicas, por profissional habilitado, dentro dos limites, não implica em incursão nos ilícitos penais, uma vez que o que irá caracterizar a conduta como típica não será, propriamente, o fato de ela ser perigosa ou lesiva ao bem jurídico, mas que essa lesão ou perigo decorram do fato de que aquela conduta tenha sido realizada fora dos limites do risco autorizado e, desta forma, lesiva ao cuidado concretamente imposto.

2.6.4.2 O risco habitual

Ladeado ao risco permitido, o risco habitual também deve funcionar como critério limitativo de imputação nos delitos culposos, segundo Juarez Tavares¹³¹. Nesta espécie de risco, não se trata de uma conduta que se tenha mantido nos limites do dever de cuidado, mas de condutas que tenham, inclusive, violado

¹²⁷D'AVILA, Fabio Roberto. Ob. cit., p. 46.

¹²⁸TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 418.

¹²⁹TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 418.

¹³⁰VELÁSQUEZ, Fernando *apud* D'AVILA, Fabio Roberto. Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

¹³¹TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 421.

esse dever. No entanto, pela experiência, a violação a esse dever de cuidado, no caso do risco habitual, é tolerado.

Em outras palavras, seria o que Tavares nomina como “margem de erro aceitável”¹³².

Na seara do Direito Médico, o risco habitual é facilmente visualizado no caso de um médico que opera um tumor, com o consentimento do paciente em estado terminal pela doença, tentando eliminar a moléstia, ainda que a operação fosse manifestamente arriscada. Neste caso, o profissional não poderá ser responsabilizado pela morte do paciente, mesmo que tenha violado certas normas técnicas, porquanto o interesse social preponderante de eliminar o sofrimento do paciente deve prevalecer. Ou seja, a atitude desempenhada pelo médico está inserida, dentro de um contexto, como um risco aceitável.

Importante observar que, pela regra clássica exposta no artigo 13, § 2º, do Código Penal, a fórmula da causalidade superveniente não é suficiente para excluir a responsabilidade do médico, uma vez que o resultado foi consequência da própria conduta do médico, sem interferência de qualquer outra condição que por si só o tivesse causado.

2.6.4.3 A culpa levis ou culpa leve e a culpa temerária ou negligência grosseira

O critério da culpa leve sempre esteve presente na dogmática penal brasileira. No artigo 42 do Código Penal, anteriormente à reforma produzida pela Lei nº 7.209/84, o legislador previa ao magistrado que, ao aplicar a pena, observasse a intensidade do dolo ou o grau da culpa.

Roxin situa este critério fora da questão da imputação objetiva, colocando-o no aspecto da gradação do injusto e da culpabilidade¹³³. No entanto, Juarez Tavares¹³⁴ aborda a questão em análise à imputação objetiva do resultado, como uma de suas formas de exclusão.

¹³² TAVARES, Juarez. Ob. cit. p. 421.

¹³³ ROXIN, Claus *apud* TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423.

¹³⁴ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 423.

Para Tavares, o ponto de partida da questão não é a gravidade do resultado produzido, mas a forma e o modo como a norma de cuidado foi violada¹³⁵. Isto porque, pode ocorrer de o resultado ser extenso e gravíssimo e nem mesmo haver delito culposos (por exemplo, o médico que realiza a excisão de um dos membros do paciente, com a finalidade de evitar a morte).

Em outras palavras, a avaliação é da intensidade da violação normativa, e não do resultado produzido. E como se avalia a intensidade dessa violação normativa? Através dos regulamentos que a disciplinam.

Observe que a questão é de fácil resolução no tocante a normas regulamentares que apresentem gradações de lesões. Por exemplo, o Código de Trânsito Brasileiro contém uma tabela de infrações, graduadas conforme a gravidade da violação (artigos 162 e seguintes). Apesar dessas classificações não vincularem o direito penal, servem para a determinação da variação da culpa, isto é, da violação da norma de cuidado¹³⁶.

A grande questão está, contudo, nas normas regulamentares que não apresentem essa gradação elencada, como é o caso das normas que disciplinam a profissão do médico (o Código de Ética Médica e os manuais de conduta).

Neste caso, o critério deverá ser o que melhor se ajuste ao sentido da imputação objetiva, isto é, haverá culpa leve ou grave, quando a forma ou o modo de violação da norma de cuidado representar menor ou maior risco para a produção do resultado, conforme sua menor ou maior evitabilidade, segundo Juarez Tavares¹³⁷.

O mesmo autor, ainda considerando o conceito muito fluído, faz o alerta de que deve ser agregado a ele o parâmetro da probabilidade, ou seja, haverá culpa leve quando da forma ou modo da violação à norma de cuidado não se possa concluir que o resultado ocorreria. Havendo dúvida sobre o grau da probabilidade do resultado, mister será a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, nos dizeres de Tavares, excluindo-se a imputação:

[...] convém agregar-se-lhe o parâmetro da probabilidade, ou seja, haverá culpa leve quando da forma ou modo de violação à norma de cuidado não se possa concluir que o resultado ocorreria. Havendo dúvida quanto ao grau de probabilidade da

¹³⁵ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 423.

¹³⁶ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 423.

¹³⁷ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 424.

ocorrência, se remotamente provável ou se simplesmente provável, é de se aplicar o princípio *in dubio pro reo* e concluir pela exclusão da imputação¹³⁸.

Tavares, então conclui que, somente a culpa grave será capaz de caracterizar os delitos culposos, na esteira do que já propunha Gunnar Duttge¹³⁹, podendo ela assim ser definida como:

Uma culpa será grave, na medida que a ação perigosa se tenha realizado com tal intensidade que não apresente dúvida quanto a contrariar ao cuidado objetivamente exigível para evitar o resultado¹⁴⁰.

A despeito da brilhante exposição de Juarez Tavares ao abordar, de forma inédita a questão, compete ponderar que os demais critérios, como a previsibilidade e a evitabilidade do resultado, já podem suficientemente funcionar como critérios de limitação da imputação do resultado, sem necessitar da análise da culpa leve, que pode ser relegada para o momento da dosimetria da pena, à luz do que já foi proposto por Claus Roxin e pelo atual artigo 59 do Código Penal Brasileiro (no momento de o magistrado analisar a circunstância judicial da culpabilidade, na primeira fase dosimétrica).

No entanto, por entender relevante a contribuição de Tavares para a teoria do crime culposo, este critério propugnado por ele, não poderia passar a margem de discussão neste trabalho.

Oposto à *culpa levis*, pode-se afirmar a existência da culpa temerária ou negligência grosseira, definida por Santana como:

[...] um tipo de culpa substancialmente elevado, determinante de uma moldura penal agravada. É indispensável que se esteja perante uma ação particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adotada, mas que se tem de alcançar, ainda, a prova autônoma de que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou de descuido perante o comando jurídico-penal¹⁴¹.

¹³⁸ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 424.

¹³⁹ DUTTGE, Gunnar *apud* TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 424.

¹⁴⁰ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 425.

¹⁴¹ SANTANA, Selma Pereira de. A culpa Temerária. Contributo para uma construção no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

Roxin também define a culpa temerária como uma imprudência substancialmente elevada, situando o instituto em tela como um elemento inerente ao injusto e à culpabilidade, com maior enfoque para o tratamento da temeridade no tipo penal:

O correto é considerar a temeridade como um elemento atinente ao injusto e à culpabilidade. A este respeito, deve outorgar maior importância ao injusto típico; isso justifica o tratamento da temeridade no tipo¹⁴².

Segundo Pereira, a culpa temerária ou negligência grosseira encontra previsão nos Códigos Penais de Portugal e Alemanha, embora faltem aplicações práticas do instituto, mesmo nestes países:

Esta modalidade de culpa possui previsão legal nos Códigos Penais de Portugal e Alemanha, embora seja de consenso que ainda faltam aplicações práticas do instituto, sobretudo as jurisprudenciais. Em nosso país ainda não temos qualquer previsão legal da culpa temerária ou negligência grosseira¹⁴³.

No Brasil, não existe previsão legal do instituto, muito embora existam defensores da necessidade de positivação do instituto, como é o caso de Pereira e Santana. Aquele defende que o instituto seja aplicado como critério de prevenção geral aos indivíduos¹⁴⁴ e, esta última, entende que o fato de o ordenamento jurídico penal brasileiro não realizar qualquer diferenciação quanto aos graus de culpa é anacrônico em relação às novas tendências do Direito Penal moderno¹⁴⁵.

Muito embora o Direito Penal pátrio realmente não preveja o chamado grau de culpa, não se pode olvidar a possibilidade de o magistrado, analisando o caso concreto, valorá-lo na primeira fase da dosimetria da pena, quando da análise das circunstâncias judiciais estampadas no artigo 59 do Código Penal.

Os critérios da culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime permitem ao julgador, na tarefa da injunção penal, punir mais gravemente o

¹⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Civitas, 2008, p. 1.026.

¹⁴³ PEREIRA, A. L.. A culpa temerária nos homicídios de trânsito: uma alternativa ao dolo eventual e culpa consciente. Disponível em URL: https://mp.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/a_culpa_temeraria_nos_homicidios_de_transito_uma_alternativa_ao_dolo_eventual_e_culpa_consciente_-_anselmo_pereira_0.pdf> Acesso em 03 abr. 2022, às 12h47min.

¹⁴⁴ PEREIRA, A. L.. A. Ob. cit.

¹⁴⁵ SANTANA, Selma Pereira de. Ob. cit.

médico que haja com culpa temerária ou negligência grosseira, expondo, de forma objetiva e fundamentada, qual fato concreto ensejou esta interpretação (a fim de balizar o contraditório e a ampla defesa).

2.7 O dever de garante e a omissão

Quando se trata de profissionais da saúde, em razão de previsão contida no artigo 13, § 2º, do Código Penal, o profissional sempre será considerado garante daqueles que estão sob os seus cuidados ou daqueles que se comprometeram a tratar.

Consigne-se que, mesmo em situações que não consistam em ações ativas dos profissionais, mas em omissão do desempenho de conduta esperada pelo profissional, estas devem ser consideradas comissivas por omissão. Em outras palavras, a omissão em agir equipara-se à ação por parte do indivíduo.

Nestes casos, o nexos causal é estabelecido entre o resultado e o comportamento que o agente estava juridicamente obrigado a adotar por força de norma legal impositiva, porém, não o fez¹⁴⁶.

Exemplificativamente, imagine que um médico durante uma cirurgia, verificando que o paciente está sofrendo uma parada cardiorrespiratória, não realize procedimento de reanimação, o que vem a causar o falecimento do paciente. Neste caso, possível concluir ter havido um erro médico, pela não adoção de procedimento recomendado pela *lex artis* e que era esperado do profissional, frente a posição de garante, visto que ele devia e podia agir para evitar o resultado.

Outro erro possível de acontecimento é o chamada “culpa por assunção”, a qual ocorre quando o profissional da saúde opta por assumir o encargo de um paciente ao invés de encaminhá-lo a outro mais competente, especialista naquela questão médica enfrentada pelo paciente ou, ainda, por sentir-se incapaz ou exausto para a realização das condutas necessárias e mesmo assim atuar¹⁴⁷. Esta hipótese de responsabilização do profissional está exposta no

¹⁴⁶ STF, RHC n. 67.286, DJU 5.5.1989.

¹⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 363-364.

artigo 13, § 2º, “b”, do Diploma Penal, pois é a conduta daquele que “de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”.

Dentro do erro médico, a chamada culpa por assunção pode ser verificada, por exemplo, no caso de um médico oftalmologista que assume o encargo de realizar uma complexa cirurgia cardiovascular, ao invés de encaminhar o paciente ao especialista. Ainda, é o caso do médico que, exausto após mais de 12 (doze) horas de serviço, compromete-se a realizar complexa cirurgia cardiovascular, ao invés de encaminhar o paciente a um colega recém-chegado ao plantão e que possui o mesmo grau de especialidade.

Note que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro, o que exclui a responsabilidade daquele que, a princípio, tinha o dever de garantir. Gorga cita como exemplo do ora escandido, as divisões de funções naturalmente existentes em hospitais, no qual se valoriza o princípio da confiança e a limitação da responsabilidade aos setores especificamente competentes, *in verbis*:

É relevante, ainda, que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro, o que exonera aqueles que seriam, a princípio, responsáveis. Tal ocorre, por exemplo, em hospitais, no quadro da divisão de funções naturalmente existentes em tais organizações, razão pela qual se valoriza o princípio da confiança e a limitação da responsabilidade aos setores especificamente competentes¹⁴⁸.

Por outro lado, em pensamento diametralmente oposto, o penalista e médico alemão Eberhard Schmidt sustenta que o médico tem o dever de assistir aos doentes sempre que tal assistência médica lhe seja solicitada, pela simples razão de ter escolhido a profissão médica estabelecendo-se como tal¹⁴⁹.

Segundo o doutrinador alemão, o dever de garantir do médico é demasiadamente amplo, diante da nobreza da profissão, sendo que este dever apenas pode ser excluído nas seguintes situações: a) quando um médico nega-se a atender outro doente, em virtude de estar se preparando para assistir, em caráter de urgência, outro paciente; b) quando o doente que solicitar a intervenção do médico se encontrar em local distante da zona do exercício profissional deste, desde que tenham outros médicos disponíveis para atendê-

¹⁴⁸GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 31.

¹⁴⁹SCHMIDT, Eberhard *apud* RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade Médica em Direito Penal. Coimbra, Editora Almedina, 2007, p. 23

lo; c) quando não existir urgência na situação patológica, a qual deve ser avaliada, segundo o jurista, pelas indicações da pessoa que efetua a chamada do profissional, esclarecendo que, se existir a menor razão para supor que pode tratar-se de um caso grave, é preferível que o médico se disponha a efetuar uma visita desnecessária do que arriscar-se a uma responsabilidade penal por não atender a chamada do doente, supondo, equivocadamente, que o caso careça de importância.

Conforme se viu, da dicção do nosso Código Penal e da doutrina, esta posição de Eberhard Schmidt não mereceu acolhimento, sendo propugnado que a situação de garante do médico tem se verificado em casos de emergência da situação, bem como quando haja lugar uma efetiva assunção do tratamento do doente (independentemente da celebração de qualquer negócio jurídico).

Segundo escreveu Silva Sánchez, nem pelo prisma da política criminal, nem pelo prisma dogmático, seria aceitável tornar garantes, os médicos, da vida ou da saúde das pessoas que tais profissionais não se comprometeram especificamente a tratar¹⁵⁰, pois seria alargar a responsabilidade destes profissionais a limites absurdos e inaceitáveis.

2.8 Atos em equipe

As dificuldades encontradas na verificação de responsabilidade penal por erro médico não se esgotam na responsabilização individual, porquanto é importante ponderar sobre a responsabilização por eventuais erros advindos do trabalho em equipe, comumente visto no cotidiano hospitalar.

Segundo estabelece o artigo 29 do Código Penal, no concurso de pessoas, cada indivíduo responderá sempre nos limites de sua culpabilidade para o resultado.

Neste contexto, no caso de atos executados em equipe (cirurgias, por exemplo) sempre será necessário delimitar a responsabilidade de cada membro na atividade desempenhada.

Segundo Maria Luiza Gorga, no âmbito da atividade médica, existe uma divisão vertical de funções (relação de subordinação dentro da equipe), que pode

¹⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La Responsabilidad Penal del Médico por Omisión, in Avances de la Medicina y Derecho Penal (AA.VV.), Barcelona, p. 126.

ser verificada entre médicos e enfermeiros e, também, existe uma relação horizontal de funções (relação paritária), verificada entre médicos, por exemplo, apurada através da relação entre médico-cirurgião e anestesista, em que ambos possuem responsabilidades autônomas¹⁵¹.

Apesar da acuidade didática da suposta relação hierárquica citada por Gorga, entendemos que, independentemente da hierarquia existente (ou não), é fato que cada profissional deve possuir uma função bem delimitada no atendimento médico, sendo que eventual responsabilidade por erro, será aquilatada de acordo com a função desempenhada por cada profissional.

Esta divisão de trabalho é norteadada pelo princípio da confiança, segundo o qual, é direito daquele que trabalha numa equipe esperar que seus colegas ajam de acordo com o quanto exigido pela *lex artis*, não competindo a cada um dos componentes da equipe vigiar os demais, senão apenas supervisionar a equipe dentro de limites razoáveis.

Em termos esquemáticos, portanto, os erros de um não se comunicam aos demais, desde que tenham se limitado a suas responsabilidades normais. Abrindo breve parênteses, consigne-se que Claus Roxin adere ao entendimento ora exposto, contudo, faz a ressalva que existe um dever de cuidado na supervisão de auxiliares menos experientes¹⁵².

Em suma, portanto, com espeque no princípio da confiança, só haverá infração do dever de cuidado por outros profissionais, se a atuação do errante, em descompasso com a ciência médico e com a *lex artis*, for perceptível.

Ao revés, inexistindo percepção constatável de plano pelos demais, não se pode falar em vulneração ao dever de cuidado pelas ações alheias¹⁵³.

Basicamente, os demais médicos não errantes incorrem no que a doutrina denomina de ações neutras para o Direito Penal. Segundo Gustavo Henrique Rocha de Macedo, as ações neutras estão situadas no campo do concurso de agentes, buscando limitá-lo:

Situado no campo do concurso de agentes, o tema das ações neutras busca limitar hipóteses em que, malgrado haja

¹⁵¹ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 32.

¹⁵² ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General. Madrid: Civitas, 1997, p. 1004-1006.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ. Jesús-Maria. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudência de medico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994, p. 198-199.

colaboração de determinado agente à conduta típica praticada por outrem, essa se resume a algo inerente à determinada profissão ou costume. Trabalha-se com as ideias de ações laborais ou cotidianas, bem como negócios usuais da vida cotidiana (unilaterais ou bilaterais), rótulos também empregados pelos estudiosos do tema. São ações dúbias, porque, ao mesmo tempo em que parecem lícitas, na medida em que se trata de algo corriqueiro, também têm aparência de ilicitude, porque facilitam ou possibilitam superveniência de resultado lesivo¹⁵⁴.

Gunther Jakobs discorre sobre o tema a partir da concepção de funcionalismo sistêmico, sustentando que a função do Direito Penal é a proteção do sistema normativo. A pena é uma reação à quebra de expectativa indispensável ao convívio social. Nesta linha de intelecção, Jakobs afirma existir participação quando autor e partícipe produzem um comportamento que objetivamente seja comum, isto é, quando o partícipe quebrar o papel de cidadão¹⁵⁵. Por exemplo, seria partícipe, o médico que, percebendo que o colega está operando o órgão errado, o orienta a continuar operando.

Tavares Lobato leciona que a expressão ações neutras remonta ao ano de 1985, quando o Tribunal Federal da Alemanha assim qualificou as ações de cumplicidade dos empregados de uma sociedade empresária que colaboraram com os dirigentes na prática de sonegação fiscal¹⁵⁶.

Klaus Lüdersen sustentara que bancários somente poderiam ser punidos por evasão fiscal acaso houvesse a obrigação legal de impedir o resultado, ou seja, se as leis os definissem como garantidores¹⁵⁷.

Neste sentido, adotando-se o entendimento de Lüdersen ao Direito Médico Criminal, possível seria concluir que, existindo a obrigação legal de um dos profissionais da equipe pela assunção do tratamento do paciente, o médico garante poderá ser responsabilizado, igualmente, pelo ato do errante.

No entanto, a questão não é de fácil elucidação e perpassa pela análise de diversas teorias a respeito das ações neutras (critérios objetivos, subjetivos e

¹⁵⁴ DE MACEDO, Gustavo Henrique Rocha. Ações neutras para o Direito Penal. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 1-19, 2020.

¹⁵⁵ JAKOBS, Gunther *apud* 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. Vol. 111. nov/dez 2014.

¹⁵⁶ 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. Vol. 111. nov/dez 2014, p. 114.

¹⁵⁷ LÜDERSEN, Klaus *apud* DE MACEDO, Gustavo Henrique Rocha. Ações neutras para o Direito Penal. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 1-19, 2020.

mistos), a qual deve merecer um trabalho autônomo, sobretudo, à guisa de pesquisar a admissão de contribuição omissiva para crime comissivo do errante, dentro da concepção das ações neutras.

2.9 O erro ensina

O erro em medicina não pode ser encarado como um mal na totalidade das ocasiões. O ensino médico, muitas vezes, apoia-se naquilo que não deu certo. O caso que ficou sem diagnóstico ou aquele que é controvertido são os mais interessantes na área médica.

É hábito em grandes hospitais exercitar o raciocínio dos colaboradores em casos difíceis, cheio de armadilhas para que o médico erre e, assim, exercite o estudo do erro médico. Neste sentido, é evidente que o profissional da saúde, assim como outros profissionais – o ser humano de um modo geral – aprende com os casos mais difíceis, aprende com as complicações e com o erro.

Nesta senda, oportuna é a transcrição das lições de Irany Novah Moraes:

Nem sempre o erro pode ser encarado apenas como um mal. A medicina tem dado exemplos de erros que levaram a descobertas importantes. Para não se falar no fato de o ensino médico apoiar-se sobremaneira sobre o que não deu certo. Haja vista o caso que ficou sem diagnóstico ou que é controvertido, o caso que pairam dúvidas ou aquele que a própria autópsia não esclarece. É hábito, nos hospitais, haver reuniões com debatedores convidados, para a apresentação de casos difíceis, cuja necrópsia revela resultados diferentes do que os que seriam previsíveis em função do raciocínio clínico habitual. Quanto mais duvidoso for o resultado, mais bonito é considerado o caso. Muitas revistas costumam apresentar seções dedicadas a tais casos em que cada participante elabora seu diagnóstico e justifica seu raciocínio, confrontando-o com os resultados dos exames. Tais casos costumam ser mais interessantes quanto mais inesperado for o resultado da autópsia¹⁵⁸.

Obtempera-se que a literatura médica contém uma gama de casos em que a sobrevivência do paciente ou a descoberta de procedimentos e medicamentos se deveu a erro dos profissionais ou pelo emprego de procedimentos cirúrgicos considerados obsoletos atualmente.

¹⁵⁸ MORAES, Irany Novah. Ob. cit., p. 345.

Provavelmente um dos casos mais marcantes para o bem da humanidade foi o do médico escocês Alexander Fleming que, em 1928, após cometer um erro de técnica, descobriu a penicilina. O mencionado médico ao estudar substâncias capazes de combater bactérias em feridas esqueceu o material de estudo sobre a mesa, enquanto saía de férias. Ao retornar, ele percebeu que as culturas de *Staphylococcus aureus* estavam contaminadas por mofo e que, nos locais onde havia a presença do fungo, existia halos transparentes em torno dele, indicando que poderia conter alguma substância bactericida. Ao estudar as propriedades desse mofo, o identificou como pertencente ao gênero *Penicillium*, que fornecia uma substância capaz de eliminar diversas bactérias, como as Estafilococos, causadora de diversas doenças. Esta substância recebeu o nome de Penicilina.

Ainda, no ano de 1951, foi aprovado um dos melhores medicamentos usados para o tratamento do alcoolismo, a Dissulfiram, que nasceu do fato de dois suecos terem usado um mesmo medicamento como antiparasitário, terem tido um forte mal-estar no dia seguinte a uma reunião em que ingeriram bebida alcoólica. O quadro clínico de ambos os suecos foi de tamanha monta que os levou a diligenciar em pesquisas que demonstraram que o único ponto comum era o uso da droga no mesmo dia em que ingeriram a bebida alcoólica. Atualmente, esta droga não tem qualquer efeito como antiparasitário, mas é considerado um dos melhores medicamentos para o álcoolatra largar o vício, pois bloqueia o metabolismo do álcool e, por conseguinte, produz enorme mal-estar, vasodilatação, taquicardia, cefaleia, náusea e vômito¹⁵⁹.

Outrossim, procedimentos cirúrgicos que, no passado, eram vistos como regulares e corriqueiros, transformaram-se em obsoletos e prejudiciais, conforme a observação. Exemplo clássico, citado por Irany Novah Moraes em sua obra, era do Professor Alípio Corrêa Neto, único cirurgião brasileiro que tinha autorização para operar soldados americanos na Segunda Guerra Mundial. O citado profissional contava que, dentro das normas técnicas adotadas pelo Exército Americano estava, por ocasião da grande armada, a recomendação de pulverizar sulfa na cavidade abdominal toda vez que ela fosse aberta cirurgicamente ou não. Esta prática, atualmente, é proibida, sendo certo que o médico que assim proceda pode estar sujeito a incorrer em imperícia.

¹⁵⁹ MORAES, Irany Novah. Ob. cit., p. 346.

Com estas considerações não se objetiva vangloriar o erro, mas apenas e tão somente demonstrar que o acerto de hoje pode ser considerado um erro amanhã ou vice-versa. Ainda, o erro deve ser visto sob o ponto de vista científico, a fim de corrigi-lo ou encontrar outra forma de tratamento.

Sem embargo, visa demonstrar que é sempre delicada a questão da responsabilização do profissional da saúde pelo Direito Penal, vez que o excesso de responsabilização ou a ausência dela promovem um clima de desconfiança, conforme sustenta Maria Luiza Gorga¹⁶⁰.

Eis, portanto, a importância de criar balizas uniformes para a responsabilização.

¹⁶⁰ GORGA, Maria Luiza. Direito médico criminal – 1. Ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 19.

3. MITIGAÇÃO DOS RISCOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL POR ERRO MÉDICO

Segundo o estudo desenvolvido pelo Instituto de Medicina Americano por intermédio do projeto “*Quality of Health Care in America*”, no ano de 1999, verificou-se que para maus resultados na assistência à saúde serem evitados, deve-se criar mecanismos de intervenção que dificultem o engano e que facilitem o acerto¹⁶¹.

O estudo em tela constatou que até 10% dos pacientes internados em hospitais sofriam com algum tipo de mau resultado e, por isso, foi desenvolvida pesquisa que investigou a natureza do erro. Desses trabalhos, observou-se que o erro pode ser individual, porém, com frequência, a influência sistêmica (exaustiva jornada de trabalho, profissionais sobrecarregados de tarefas, sem o adequado apoio institucional, dentre outros) é decisiva para o resultado.

Portanto, as instituições de assistência à saúde devem contar com instrumentos capazes de criar as salvaguardas necessárias para frear as ações de risco que surgem no cotidiano hospitalar.

O compliance médico tem exatamente essa função. Por um vértice, ele permite a identificação das áreas e ações críticas de uma instituição e, por outro, possibilita a criação de protocolos e intervenções que favoreçam a prevenção do erro.

Por consequência, evitando-se o erro, previne-se que profissionais da saúde sejam levados ao banco dos réus e sofram as agruras de um processo e, por outro lado, e ainda mais importante: permite que o paciente tenha segurança no tratamento.

Obtempera-se que o cuidado seguro ao paciente, embora fundamental para o atendimento à saúde, apenas começou a ser valorizado nas últimas décadas, a partir do relatório *To err is human – Building a safer health care system*. Conforme Wagmar Barbosa de Souza, o estudo em questão demonstrou que apenas nos hospitais norte-americanos morriam anualmente entre 44 mil e 98 mil pacientes em decorrência de erros evitáveis, número maior que desastres automobilísticos, câncer ou Aids:

¹⁶¹ GORGA, Maria Luiza. Direito médico preventivo: compliance penal na área da saúde. 1. Ed., 2 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 11.

A segurança do paciente, embora fundamental para o atendimento à saúde, só começou a ser valorizada nas últimas duas décadas, a partir do relatório *To err is human – Building a safer health care system*. O documento explicitou que apenas nos hospitais norte-americanos morriam anualmente entre 44 mil e 98 mil pacientes em decorrência de erros evitáveis, mais do que desastres automobilísticos, câncer ou Aids. Desde então, é cada vez maior a conscientização sobre a importância do tema para o sistema de saúde. Como diz o postulado hipocrático *primum non nocere*¹⁶².

Nesta trilha, a segurança do paciente é um tema que deve ser discutido no âmbito hospitalar e, sobretudo, no espaço acadêmico, quando da formação dos profissionais da saúde.

Segundo Laura Schiesari, as qualidades da formação dos profissionais da saúde e dos cenários de prática favorecem o cuidado adequado ao paciente¹⁶³. Não por outro motivo, as Diretrizes Curriculares do Ministério da Educação e Cultura (2014) inseriram a segurança do paciente nos cursos de graduação em Medicina.

Nesta trilha, o compliance médico mitiga os riscos de uma demanda judicial, uma vez que cria um parâmetro mínimo de condutas a serem seguidas, o qual resguarda os profissionais em eventuais investigações, bem como fornece segurança ao paciente.

Imperioso destacar que compliance *médico* não se trata da chamada “medicina defensiva”, prática que inclui a não adoção velada de procedimentos ou tecnologias, a solicitação exagerada de exames complementares, o encaminhamento frequente de pacientes a outros especialistas, tudo fruto do receio de demandas judiciais, já que tais procedimentos constituem verdadeira renúncia do profissional às melhores práticas da medicina¹⁶⁴.

Segundo José Guilherme Minossi e Alcino Lázaro da Silva, a medicina defensiva, além de ineficiente em proteger o médico, traz consequências graves ao paciente e à sociedade:

A Medicina Defensiva é um desvio da prática médica sensata, induzido, principalmente, pela ameaça de processos por negligência profissional. Além de ineficiente em proteger o

¹⁶²DE SOUZA, Wagmar Barbosa. Segurança do Paciente é cada vez mais essencial. Revista Ser Médico, n. 97, ano XXIV, p. 1, out/nov/dez 2021.

¹⁶³SCHIESARI, Laura MC. Prática do cuidado seguro é diversa e desigual. Revista Ser Médico, n. 97, ano XXIV, p. 18-21, out/nov/dez 2021.

¹⁶⁴GORGA, Maria Luiza. Op. cit., p. 23/24.

médico, ela traz consequências graves ao paciente e à sociedade, já que gera um custo adicional incalculável ao exercício da medicina, determina um maior sofrimento ao doente e faz com que haja uma deteriorização na relação médico-paciente, que sempre foi pautada pela confiança, respeito e pessoalidade. A maneira mais efetiva para se evitar os conflitos entre o médico e seu paciente, certamente, não passa pela utilização desta prática médica, mas sim pelo cultivo de uma boa relação médico-paciente-familiar, pelo conhecimento dos deveres de conduta do médico, evitando assim a possibilidade de cometer erro¹⁶⁵.

Apesar disso, um estudo do Reino Unido realizado no ano de 1995, citado por Almada, mostrou que a maioria dos médicos (63,8%) realizava práticas defensivas, por exemplo, encaminhar pacientes desnecessariamente para outros médicos, realizar exames de controles não indicados em mais da metade das vezes (63,4%) e solicitar exames complementares não justificados (59,6%)¹⁶⁶. Igualmente, um estudo realizado no México, também apontou a adoção da medicina defensiva por 61% dos médicos¹⁶⁷.

Especificamente neste trabalho, a mitigação dos riscos de erro médico será verificada à luz do *compliance* médico, uma vez que, como dito anteriormente, a chamada “medicina defensiva” se afasta das melhores práticas médicas, sendo um desvio da prática médica sensata e, por isso, não deve ser incentivada (ao contrário das regras de *compliance* médico, consoante será demonstrado adiante).

3.1 O *compliance* e o *criminal compliance*

O *compliance* é uma figura relativamente nova no Brasil, sendo mais largamente utilizado a partir do advento da Lei nº 12.846/2013, que incentivou a criação e efetiva implantação de programas nas empresas, sobretudo através da previsão expressa que serão levados em conta, na apuração das sanções administrativas, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de

¹⁶⁵ MINOSSI José Guilherme, SILVA Alcino Lázaro da. Medicina defensiva: uma prática necessária? Rev Col Bras Cir. [periódico na Internet] 2013;40(6). Disponível em URL: <http://www.scielo.br/rcbc>> Acesso em 12 jan. 2022, às 22h05min.

¹⁶⁶ ALMADA, Hugo Rodríguez. De la medicina defensiva e la medicina asertiva. Rev méd Urug. 2006;22(3):167-8. Disponível em URL: <http://www.rmu.org.uy/revista/2006v3/art1.pdf>> Acesso em 12 jan. 2022, às 22h20min.

¹⁶⁷ Idem.

integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a ampliação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Em termos esquemáticos, *compliance* significa cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta, referindo-se sempre ao cumprimento estrito e rigoroso, das normas aplicáveis àquele indivíduo ou setor, sejam elas advindas do Estado, de organização de classe, criadas por empresa, etc, em uma orientação comportamental que, cada vez mais, busca abarcar, também, princípios e valores éticos e morais¹⁶⁸.

Conforme Candeloro, Rizzo e Pinho, o *compliance* pode ser definido da seguinte forma:

“é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legal, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”¹⁶⁹.

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad afirmam que o *compliance* tem finalidade preventiva, já que faz previsões de uma série de condutas para diminuição dos riscos da atividade¹⁷⁰. Neste sentido, diferentemente do Direito Penal tradicional, que age posteriormente ao cometimento da infração penal, o *compliance* constitui uma prevenção anterior ao ilícito penal, visando a evitar a conduta indesejada.

Entretanto, o *compliance* não tem como escopo apenas a prevenção, mas, também, a detecção de problemas e a correção destes. Nesta trilha, elucidativa a lição de Wagner Giovanini acerca dos três pilares do *compliance*:

Um Programa de *Compliance* baseia-se em pilares, para definirem a forma da organização atuar no dia a dia. São linhas mestras simples, fortes e abrangentes, sem margem para dúvidas quanto à direção a ser seguida. Esses pilares sustentam o programa e o sucesso da sua aplicação prática depende diretamente do apoio incondicional da Alta direção da empresa. Também se torna salutar o programa ser de fácil entendimento e assimilação por parte de seus funcionários, gerando valores

¹⁶⁸ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 26.

¹⁶⁹ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 30.

¹⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, São Paulo, n. 56, 2012, p. 600.

que o fundamentam e guiam as ações da empresa, de suas pessoas e de todas as partes relacionadas. O modelo mais comum atualmente impõe o foco na prevenção. Todavia, impossível prevenir a totalidade das situações e, dessa forma, detectar assume papel fundamental. A partir daí, a empresa precisa adotar postura consequente e remediar imediatamente, caso algum desvio seja identificado. Dessa forma, ficam consolidados os 3 pilares: prevenir, detectar e corrigir¹⁷¹.

Muito embora a prevenção seja o grande foco dos programas de *compliance*, o estabelecimento de mecanismos de controle e correção são fundamentais para que a implementação seja bem-feita.

Uma das principais regras de qualquer programa desta estirpe é o apoio e a adesão às regras do “número um” da organização, isto é, o dono, CEO, presidente ou equivalente. É o que se denomina, em aforismo de *compliance*, “tone from the top”, o tom vindo da liderança¹⁷². Em outras palavras, o líder da empresa precisa apoiar, engajar-se, desejar e promover as regras de *compliance* e permeá-las por todos os níveis da empresa.

E, mais do que apoiar e promover as regras de *compliance* aos subordinados, a alta direção da empresa deve transformar o discurso em atos concretos, é o chamado “walk the talk”, sendo que, mesmo em momentos críticos, as condutas e decisões dos líderes não poderão sucumbir às regras estabelecidas.

Em regra, o *compliance* é implementado através de um programa, o qual pode possuir diversas formas de abordagem (treinamentos, lembretes frequentes etc.), sendo o mais relevante aquele focado na prevenção. Importante que seja elaborado um manual de conduta, o qual conterà, de forma geral, as condutas que devem ser adotadas pelo profissional, sempre com foco na prevenção dos riscos da atividade.

Sobre o tema, Maria Luiza Gorga cita estudo de Alexandra Abramovicius, em que se constata que a prevenção de erros em hospitais não tem tomado a devida importância:

Quando acontecem, apenas medidas paliativas e transitórias são tomadas. Verificam-se procedimentos adotados e treina-se

¹⁷¹ GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e Anticorrupção: importância e Elementos essenciais. In: SOUZA, Jorge Munhós de; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

¹⁷² GIOVANINI, Wagner. Ob. cit.

peçoal em determinada atividade, mas não se avalia a insegurança inerente aos sistemas complexos que caracterizam o processo de utilização de medicamentos. Fatores como falta de definições hierárquicas, tolerância e práticas individualistas, informação não disponível quando necessária e medo de punição permanecem como obstáculos à melhoria da segurança nos hospitais¹⁷³.

A literatura sobre *compliance* diverge acerca do número exato de pilares que devem compor os programas. Giovanini defende a existência de três pilares: prevenir, detectar e corrigir, conforme já explicitado¹⁷⁴.

Por outro lado, Sibille, Serpa e Faria sustentam a existência de dez pilares: comprometimento e apoio: suporte da alta administração, avaliação de riscos, criação do código de conduta e políticas de compliance, estabelecimento de controles internos, treinamento e comunicação, criação de canais de denúncias, investigações internas, *Due Diligence* terceiros, monitoramento e auditoria, diversidade e inclusão¹⁷⁵.

Feitas tais premissas gerais acerca do *compliance*, importa analisar a questão sob o viés do *compliance* criminal. Muito embora pareça que o *compliance* esteja apenas relacionado à seara administrativa e empresarial, não se pode desprezar a importância do tema quando analisada sob a ótica do Direito Penal, visto que o *compliance* criminal visa ao estabelecimento de padrões de atuação que coloquem a atividade desempenhada a uma distância segura do enquadramento típico penal.

Neste aspecto, Maria Luiza Gorga disserta com clareza:

[...] Esta atuação do Direito Penal na esfera do compliance, contudo, não busca a prevenção através da definição de um padrão de condutas que permita o caminhar no fio da navalha, mas se visa ao estabelecimento de padrões que coloquem a atividade executada a uma distância segura do enquadramento penal¹⁷⁶.

¹⁷³ ABRAMOVICIUS, Alexandra Cruz *apud* GORGA, Maria Luiza. Direito médico preventivo: compliance penal na área da saúde. 1. Ed., 2 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 23/24.

¹⁷⁴ GIOVANINI, Wagner. Ob. cit.

¹⁷⁵ SIBILLE, Daniel. SERPA, Alexandre. FARIA, Felipe. Os pilares do programa de compliance uma breve discussão. In: Legal Ethics Compliance. São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Os-pilares-do-programa-de-compliance.pdf Acesso em 12 abr. 2022, às 22h05min.

¹⁷⁶ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 29.

Outrossim, o *compliance* aplicado ao Direito Penal (*criminal compliance*), pode ser visto como um dos estímulos do Direito Penal Econômico para o não cometimento de infrações penais, o que está de acordo com a *ultima ratio* do Direito Penal¹⁷⁷.

Muito embora a aplicação de programas de *compliance* seja mais comum nas organizações empresariais, tendo como um dos escopos diminuir os custos operacionais a longo prazo¹⁷⁸, o indivíduo também se beneficia da utilização.

Neste sentido, para o emprego de regras de *compliance* não é necessário que uma pessoa pertença a uma organização empresarial, hospital ou clínica médica específica, a aplicação pode ser direta ao indivíduo. Neste caso, ocorre apenas uma inversão de foco, a autorregulação de uma atividade, ao invés de autorregulação de uma empresa.

Isto não impede que, caso o profissional esteja vinculado a regras de condutas de uma determinada organização, a elas se submeta. As regras individuais de *compliance* apenas reforçam e fortalecem a proteção da pessoa e da organização.

3.2 O prontuário médico

No dia 10/07/2002, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução CFM 1638¹⁷⁹ que “define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde”.

O artigo 1º da mencionada Resolução, define o prontuário médico como:

[...] documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência por ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

¹⁷⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge *apud* SAAD-DINIZ, Eduardo. GORGA, Maria Luiza. Direito médico preventivo: compliance penal na área da saúde. 1. Ed., 2 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 30.

¹⁷⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu. Breves linhas de reflexão sobre criminal compliance. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 81, v. 14, p. 109-113, 2013. P. 111-112.

¹⁷⁹ Disponível em: https://www.cremers.org.br/pdf/pj/RES_CFM_1638_2002.pdf. Acessado em 28 ago. 2021, às 20h35min.

No Brasil, o prontuário, geralmente, é físico, muito embora também possa ser virtual ou eletrônico.

Segundo Jenal e Évora, o prontuário médico é uma fonte de informação primária, essencial para o paciente acompanhar a saúde e a doença, bem como estratégico para o serviço de saúde, pois fornece conhecimentos de ordem administrativa, de ensino, pesquisa e aspectos legais¹⁸⁰.

Ainda, conforme leciona Manuela Marcatti Ventura de Camargo Millen, em dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília, o prontuário médico possui múltiplas funções:

Subsidiariamente, ao registro da evolução clínica, um prontuário médico possui várias outras finalidades como a comunicação, faturamento financeiro, educação, histórico, pesquisa, auditoria e documentação probatória em eventuais litígios jurídicos, uma vez que é prova documental produzida de forma bilateral, com colaboração do paciente e do profissional, baseada na relação de confiança médico paciente e na boa-fé objetiva¹⁸¹.

Em outras palavras, o prontuário médico é o documento que deve conter todas as informações importantes relativas ao paciente, desde dados qualificativos até o quadro clínico.

Especificamente em relação aos aspectos legais, pende consignar que o documento em exame é uma importante prova jurídica ou administrativa da ausência ou não de responsabilidade do médico, sobretudo em relação a eventual erro, uma vez que, no prontuário, deverá constar todas as ações desempenhadas pelo profissional da saúde, os medicamentos ministrados, com detalhamento dos dias e horários, bem como outras informações relevantes.

Com efeito, o Código de Ética Médica prevê quais informações deverão constar do prontuário de um paciente e como os profissionais devem preenchê-lo.

O artigo 87 do referido regramento prevê que os prontuários médicos devem ser individuais e não podem conter escrita ilegível, além disso, devem

¹⁸⁰ JENAL, Sabine. Évora, Yolanda Dora Martinez. Revisão de literatura: Implantação de Prontuário Eletrônico do Paciente. *Journal of Health Informatics*. 2012. Disponível em: <http://www.jhi-sbis.saude.ws/ojs-jhi/index.php/jhi-sbis/article/view/216/141>. Acesso em 06 set. 2021, às 8h44min.

¹⁸¹ MILLEN, Manuela Marcatti Ventura de Camargo. A importância do prontuário médico na apuração da responsabilidade civil do médico. Dissertação (Mestrado em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas) – Universidade Santa Cecília. Santos, p. 51. 2020.

conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica, com data, hora, assinatura e número de registro profissional.

Ainda, a Resolução nº 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina, também estabelece a legibilidade das informações contidas nos prontuários médicos, bem como a correta identificação dos prestadores do atendimento de saúde.

Obtempera-se que a identificação de todos os prestadores de atendimento à saúde é de suma importância na esfera criminal, pois é extremamente comum que um paciente tenha tido contato com mais de um médico e que, portanto, todos eles tenham sido responsáveis pelo tratamento do doente de alguma forma.

A correta identificação dos responsáveis pelo atendimento e o registro da conduta de cada qual permite a individualização de responsabilidade e, desta forma, a correta imputação criminal a quem deu azo ao erro e, de outro lado, permite a defesa do profissional que atuou corretamente.

A despeito da importância deste documento médico legal, o correto e adequado preenchimento tem sido negligenciado pelos profissionais, conforme demonstram estudos.

Pesquisa realizada em quatro municípios do Estado do Rio de Janeiro, selecionados por apresentarem características distintas quanto ao contexto político, porte populacional, renda per capita, cobertura do Programa Saúde da Família (PSF), Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) e à estrutura assistencial na atenção básica, demonstrou resultado desalentador quanto ao preenchimento dos prontuários pelos profissionais da saúde:

Os achados do presente estudo apontam para uma prática clínica e do cuidado prestado precários em todos os municípios estudados. Tal precariedade independe das características do município, seja o valor do IDH-M, seja o tamanho da população ou a extensão da cobertura do PSF. A pequena presença de registro de características do processo de atendimento na amostra, como peso, pressão arterial ou glicemia sugere dificuldades na continuidade da prestação do cuidado e baixa qualidade técnico-científica. Note-se que essa continuidade relaciona-se a arranjos dos serviços para que a atenção oferecida apresente uma sucessão ininterrupta de eventos, incluindo mecanismos que caracterizam o prosseguimento da assistência, como o registro em prontuários, e que aquela qualidade técnico-científica corresponde à adequação das

ações ao conhecimento vigente. Registre-se que somente dez estabelecimentos informaram possuir comissão de avaliação ou revisão de prontuário, sendo oito deles no município 3 e dois localizados no município. Além disso, o baixo registro da data de abertura nos prontuários analisados impediu a identificação dos prontuários abertos recentemente, prejudicando uma análise mais ampla da continuidade do cuidado, conforme preconizado nos protocolos dos programas do Ministério da Saúde. Desse modo, não foi possível analisar a data dos três últimos atendimentos realizados e as condições do registro de suas características, coletadas na aplicação do instrumento ¹⁸².

Outro estudo, realizado em três hospitais de ensino do Estado do Rio de Janeiro também atestou a ausência de qualidade nos prontuários médicos:

A qualidade dos prontuários foi considerada ruim, no conjunto dos pacientes. As variáveis que apresentaram maior proporção de ausência de informação foram: “Avaliação inicial da enfermagem” (63,9%) e “Avaliação do paciente pelo assistente social” (80%). O hospital 3 apresentou melhor qualidade dos prontuários e o hospital 1 apresentou o pior resultado. Os pacientes com EA (eventos adversos) apresentaram melhor qualidade dos prontuários do que aqueles sem EA ¹⁸³

Outrossim, de acordo com pesquisa realizada em cento e cinco hospitais filiados à Associação Brasileira de Hospitais Universitários e de Ensino (Abrahue), desenvolvido pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia, a maioria dos prontuários estudados possui qualidade reduzida:

Neste estudo, foram avaliados os modelos de prontuário utilizados em 77 (73,3%) dos 105 hospitais filiados à Associação Brasileira de Hospitais Universitários e de Ensino (Abrahue), sendo estudados pela estimativa de escores para vários de seus itens ou de partes referentes à história clínica e à evolução do paciente. O tipo predominante dos prontuários (92,2%; n = 71) era em suporte de papel e nenhum no formato eletrônico. Comparados aos prontuários dos hospitais filantrópicos (n = 23), os dos públicos (n = 54) alcançaram maiores escores (p < 0,05), mas em ambos a totalidade dos itens estudados teve baixa pontuação. Nos itens componentes da anamnese, por exemplo, enquanto o escore máximo esperado era 22, a média foi 4,3 (± 3,7), com limites de 0 e 15 e mediana de 4. Em conclusão, além da reduzida qualidade da maioria dos prontuários estudados, a quase totalidade ainda

¹⁸² VASCONCELLOS, Miguel Murat. GRIBEL, Else Bartholdy. DE MORAES, Ilara Hammerli Sozzi. Registros em saúde: avaliação da qualidade do prontuário do paciente na atenção básica, Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/vrxXdwpMDZ7vRz5mZVQR8Qc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 06 set. 2021, às 10h58min.

¹⁸³ PAVÃO, Ana Luiza Braz. ANDRADE, Daniel. MENDES, Walter. MARTINS, Mônica. TRAVASSOS, Cláudia. Estudo de incidência de eventos adversos hospitalares, Rio de Janeiro, Brasil: avaliação da qualidade do prontuário do paciente. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tF95SQRXHW7TGTQ5JskbqG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 06 set. 2021, às 11h21min.

não incorporou as modernas tecnologias disponibilizadas pela ciência da informação¹⁸⁴.

Neste sentido, possível verificar que a ferramenta mais importante para que o profissional da saúde possa atuar com zelo e qualidade no atendimento ao paciente, bem como permita se defender de eventuais acusações infundadas ainda não garante do melhor e completo preenchimento.

3.3 Termos de Consentimento Informado

Segundo José Fábio da Silva Neves, o consentimento informado é o processo dialógico pelo qual os pacientes expressam seu consentimento ou recusa às intervenções terapêuticas com base em informações fornecidas pelo profissional da saúde em relação à natureza e as potenciais consequências da medida proposta¹⁸⁵.

Maria Luiza Gorga acrescenta a esta definição o fato de que o consentimento pode ser revogado a qualquer instante a desejo do paciente:

Podemos definir o consentimento informado como um processo de comunicação entre médico e paciente, de forma bilateral, a qual abrange as informações a respeito de riscos dos procedimentos, benefícios, e alternativas, possibilitando ao indivíduo tomar uma decisão autônoma sobre se deseja ou não submeter-se ao tratamento ou procedimento diagnóstico proposto, sendo este revogável a qualquer instante, a desejo do paciente¹⁸⁶.

Importante destacar que o processo do consentimento informado necessita ser registrado na documentação clínica do paciente, no prontuário médico, devendo conter os seguintes dados mínimos, conforme preconiza Neves¹⁸⁷: informação suficiente, dados de qualidade, competência do paciente

¹⁸⁴ SILVA, Fábica Gama. TAVARES-NETO, José. Avaliação dos prontuários médicos de hospitais de ensino do Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/jnDQZyDMDbK9LHNdy3ZpPXS/?format=html&lang=pt>. Acesso em 06 set. 2021, às 11h25min.

¹⁸⁵ NEVES, José Fábio da Silva. Legibilidade dos Modelos de Termos de Consentimento Informado Aplicados na Assistência à Saúde. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34991/1/2018_Jos%c3%a9FabiodaSilvaNeves.pdf. Acesso em 06 set. 2021, às 11h46min.

¹⁸⁶ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 116.

¹⁸⁷ NEVES, José Fábio da Silva. Ob. cit.

para a tomada de decisão (validade/autenticidade) e liberdade de escolha (voluntariedade).

Nesta trilha, o consentimento informado ou não, para um certo procedimento diagnóstico ou terapêutico, que é emitido por um paciente que não age voluntariamente, não é aceitável do ponto de visto legal ou ético¹⁸⁸. Neste contexto, para Símon-Lorda e Carro, a limitação da liberdade pode apresentar-se de três formas possíveis: persuasão, coação e manipulação¹⁸⁹.

A persuasão, segundo Símon-Lorda e Carro, é a mais frequente de todas as limitações exercidas pelo profissional da saúde em detrimento do paciente, porquanto induz em submissão da pessoa a um procedimento sem dar-lhe a oportunidade de efetuar qualquer tipo de escolha¹⁹⁰.

A coação, conforme elucida Símon-Lorda e Carro, se dá quando o consentimento é obtido por meio de ameaça explícita ou implícita pelo médico, enfermeiro ou familiar com interesses diversos ao do paciente. A coação terá mais força quanto maior o grau de poder entre o coator e o coacto, vez que, quanto maior o poder de alguém, maior credibilidade terá a ameaça deste¹⁹¹.

Por sua vez, a manipulação ocorre quando o médico ou outro profissional da saúde, através dos conhecimentos e influência psicológica, se encontrando numa posição de respeito que lhe capacite apresentar uma informação de tal maneira que induza o paciente a tomar uma determinada decisão, assim o faz. Esta conduta, se praticada intencionalmente e baseada em distorção de informações, pode caracterizar motivo para a anulação do requisito de voluntariedade¹⁹².

Ademais, para que um consentimento seja considerado válido, não basta que ele seja apenas voluntário, mister também que ele seja informado, ou seja, deve ser emitido após um processo de avaliação de certa quantidade de informações relacionadas à decisão a ser tomada¹⁹³.

¹⁸⁸ . NEVES, José Fábio da Silva. Ob. cit.

¹⁸⁹ SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. El consentimiento informado: teoría y práctica (I). Med. Clin., Barcelona, v. 100, n. 17, p. 659-663, 1993. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260909012_El_consentimiento_informado_Teoria_y_practica_I. Acesso em: 06 set. 2021, às 12h59min.

¹⁹⁰ SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. Ob.cit.

¹⁹¹ SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. Ob.cit.

¹⁹² SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. Ob.cit.

¹⁹³ NEVES, José Fábio da Silva. Ob. cit.

Portanto, segundo José Fábio da Silva Neves, Símon-Lorda e Carro, devem ser fornecidas as seguintes informações ao paciente: descrição do procedimento proposto, objetivos e o modo como será realizado; riscos, desconfortos e possíveis efeitos colaterais; benefícios a curto, médio e longo prazo; procedimentos alternativos com seus respectivos riscos, desconfortos e efeitos colaterais, além da explicação dos critérios que orientaram o médico para tomar a decisão de recomendar tal estratégia; efeitos previsíveis do não cumprimento de qualquer dos possíveis procedimentos; comunicação ao paciente da disposição do médico em estender todas as informações, caso seja necessário, e sanar todas as dúvidas presentes; e, comunicação ao paciente de sua liberdade de reconsiderar a qualquer momento a decisão tomada¹⁹⁴¹⁹⁵.

Ainda, os pacientes competentes possuem o direito de aceitar ou rejeitar um procedimento proposto. No caso de pacientes inaptos à tomada de decisão outra pessoa deve tomar a decisão ou decisões em seu lugar (é a chamada decisão de substituição).

Acerca da validade/autenticidade das decisões, esta tem relação com o estado de espírito do sujeito, porquanto a decisão tomada fora de um estado de espírito que possibilite uma ação sensata e que reflita os desejos e valores do paciente não pode ser considerada válida, mesmo sendo o indivíduo competente do ponto de vista ético-legal, conforme sustenta Couceiro¹⁹⁶.

Importa observar que estas questões não são alvo da legislação penal brasileira, sendo que, na seara cível, estas são tangencialmente tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁷. Portanto, o que se tem sobre o assunto são construções doutrinárias.

O Código de Ética Médica, o qual possui normas que são levadas em consideração para a verificação da responsabilidade do profissional, aborda a questão dos Termos de Consentimento Informado de forma clara, dispondo que as seguintes condutas são vedadas ao médico:

¹⁹⁴ NEVES, José Fábio da Silva. Ob. cit.

¹⁹⁵ SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. Ob. cit.

¹⁹⁶ COUCEIRO, Vidal *apud* SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. El consentimiento informado: teoría y práctica (I). Med. Clin., Barcelona, v. 100, n. 17, p. 659-663, 1993. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260909012_El_consentimiento_informado_Teoria_y_practica_I. Acesso em: 06 set. 2021, às 12h59min.

¹⁹⁷ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 116.

Art. 22. Deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

[...]

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

[...]

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

[...]

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

O artigo 4º do referido regramento também dispõe que o profissional não pode se eximir de sua responsabilidade, mesmo quando estes tenham sido consentidos:

Art. 4º. Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou seu representante legal.

Obtempera-se que, mesmo que obtido o consentimento informado, este não exclui o erro médico quando houver imperícia, negligência ou imprudência no atuar do agente, servindo apenas para afastar a responsabilização nos casos em que o evento danoso era consequência possível do método, mesmo quando aplicados todos os cuidados e técnicas adequados¹⁹⁸.

3.4 Red Rules

A adoção das chamadas *red rules* ou *red flag rules* (regras da bandeira vermelha) consiste, segundo Maria Luiza Gorga, na pré-determinação de alguns procedimentos considerados essenciais, e cuja violação acarreta duas consequências: em primeiro lugar, todo o procedimento é paralisado e, em

¹⁹⁸ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 120.

segundo lugar, há uma tentativa de compreender o ocorrido e, se necessário, responsabilizar aquele que violou a regra¹⁹⁹.

Em outras palavras, trata-se de um padrão de segurança para redução das falhas humanas. Muito embora esta regra seja aplicada em outras áreas profissionais, para Gorga, ela é perfeitamente aplicável no âmbito da medicina.

As regras são facilmente apreendidas em outros setores, por exemplo, um funcionário de uma obra de engenharia que adentre ao canteiro de obras sem o capacete de proteção. Se a empresa seguir o padrão de segurança, todos os trabalhos serão paralisados até que o funcionário sem proteção se retire do canteiro ou coloque o equipamento de segurança, à guisa de evitar resultados indesejados (como a violação da integridade física do funcionário).

Na seara da medicina, da mesma forma, a aplicação das *red rules* pode resultar na redução de eventos indesejados (tal qual o erro médico). Exemplificativamente, a contagem de material antes e depois de cada procedimento médico; o ensaio do procedimento cirúrgico antes de ele ocorrer ou a citação do nome do procedimento antes da ocorrência; a ausência de submissão de paciente a procedimentos, exames ou medicamentos sem que ele esteja com um bracelete de identificação.

Além disso, a criação de comissões de ética dentro dos hospitais, para que sirva de instância superior de deliberação sobre os casos que a equipe médica não consiga chegar a consenso sobre o diagnóstico, também poderá funcionar como uma proteção aos profissionais e evitar o erro quando não se tem consenso.

¹⁹⁹ GORGA, Maria Luiza. Ob. cit., p. 122.

CONCLUSÃO

O estudo da responsabilidade criminal por erro médico foi importante para verificarmos que o caminho para aferição da viabilidade ou não de uma ação penal contra um profissional da saúde é tortuoso, pois carece de critérios objetivos claros. Espera-se do médico, a fim de evitar o erro, a avaliação e diagnóstico preciso do problema, especialização e técnica apurada, escolha da melhor opção de tratamento e que ofereça o menor dano possível à integridade do paciente. Entretanto, na prática, muitas vezes isso não é possível, diante da conhecida falibilidade do ser humano. Portanto, cabe ao operador do Direito a missão de verificação da legitimidade da responsabilidade criminal para cada caso concreto.

No estudo em apreço, traçamos alguns critérios objetivos para a responsabilidade criminal por erro médico. Vimos que se faz necessária a verificação de um proceder imprudente, imperito ou negligente do profissional, uma vez que, não é todo mau ou indesejável resultado que pode ser considerado erro médico.

Concluiu-se a diferença entre erro médico e erro profissional, este considerado fato atípico, visto que não revela falha profissional, mas decorre das limitações naturais da Medicina.

Apurou-se que o mero descumprimento da “lex artis” não implica em responsabilidade criminal por erro médico no caso de um resultado adverso, pois mister apurar a “lex artis ad hoc” e as circunstâncias do caso concreto, à guisa de prescrutar se legítima eventual ação penal.

Dentro dos critérios de verificação do erro médico, necessária se faz a análise do nexos causal, através da teoria da equivalência das condições, complementada (e não substituída) pela teoria da imputação objetiva.

Na seara da imputação objetiva, vimos a necessidade de análise da previsibilidade do resultado sob a ótica da capacidade objetiva do profissional da saúde, em face dos fatores causais existentes no momento do fato em prever o resultado, não havendo que se proceder a uma comparação entre o médico e o imaginário homem médio.

Concluiu-se que deve ser analisado o caso concreto sob o viés da evitabilidade do resultado, isto é, se o resultado não puder ser evitado a despeito

da adoção de conduta conforme o cuidado, irrelevante a análise da lesão ao dever de cuidado.

Vimos que quando a conduta diminui o risco do resultado, quando não aumentou o risco do resultado, quando a conduta não se concretizou no risco proibido e quando a conduta arriscada não se inclui no âmbito do respectivo delito, não será possível a imputação de erro médico, já que são situações que não criam um risco proibido.

Apurou-se que não poderá ocorrer a responsabilidade criminal por erro médico quando, embora haja o descumprimento da norma de cuidado, esta se mantenha nos limites do chamado risco habitual ou quando a violação da norma de cuidado se tenha produzido tão levemente que falte aptidão para a intervenção do poder punitivo.

Verificamos que, por previsão do artigo 13, § 2º, do Código Penal, o profissional da saúde sempre será garante daqueles que estão sob os seus cuidados ou daqueles que se comprometem a tratar. Outrossim, esse dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro, o que exclui a responsabilidade daquele que, a princípio, tinha o dever de garante.

Concluimos que, no caso de atos em equipe, o erro de um dos profissionais não se comunica aos demais, exceto se o erro for constatável de plano pelos demais.

Apuramos que o *Criminal Compliance*, ao lado do prontuário médico bem elaborado, dos Termos de Consentimento Informado e da adoção das chamadas *Red Rules*, constitui importante forma de mitigação dos riscos de uma denúncia criminal contra o profissional da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, H.R. **De la medicina defensiva e la medicina asertiva**. Rev méd Urug. 2006;22(3):167-8. Disponível em URL: <http://www.rmu.org.uy/revista/2006v3/art1.pdf>> Acesso em 12 jan. 2022, às 22h20min.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. Ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUONICORE, B.T. **Breves linhas de reflexão sobre criminal compliance**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 81, v. 14, p. 109-113, 2013. P. 111-112.

CANDELORO, A.P.P.; RIZZO, M.B. M. de; PINHO, V. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

CASABONA, C.M.R. **A responsabilidade penal do médico por má prática profissional**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 9-33, 2003.

CASTAÑON, J.M.P. **El riesgo permitido en Derecho Penal**. Madrid: Ministerio e Justicia e Interior – Centro de Publicações, 1995.

COSTA JÚNIOR, H. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

CROCE, D. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

CUNHA, R.S. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** 6. ed rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

_____. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** 8. ed rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

D'AVILA, F.R. **Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DE AMORIM, A.L.; DE PONTES, S.P. **Teoria da imputação objetiva: panorama doutrinário e jurisprudencial brasileiro**. Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, v.1, n. 3, 2008. Disponível em: <http://revistajuridica.mppb.mp.br/index.php/revistajuridica/article/view/127>> Acesso em 18 jan. 2022, às 15h10min.

DE MACEDO, Gustavo Henrique Rocha. **Ações neutras para o Direito Penal**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 1-19, 2020.

DE JESUS, D. **Direito Penal**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1.

_____. **Direito penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1.

_____. **Momento de verificação da presença da imputação objetiva**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal, Brasília, jan-jun, 2007, p. 13. Disponível em: <https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/RevistaCNPCP20.pdf#page=29>> acesso em 18 jan. 2022, às 17h08min.

DE SOUZA, W. B. **Segurança do Paciente é cada vez mais essencial**. Revista **Ser Médico**, n. 97, ano XXIV, p. 1, out/nov/dez 2021.

DOTTI, R.A. **Curso de direito penal: parte geral**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

FIGUEIREDO DIAS, J.de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FRANÇA, G.V. de. **Direito Médico**. São Paulo: Editorial Byk-Prociencx, 1978.

GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, Tomo I, 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GALVÃO, F. **Direito Penal: parte geral**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, I.A. **O Risco Permitido Como Critério de Imputação do Erro Médico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 59/2006, p. 37-89.

GIOVANINI, W. Programas de Compliance e Anticorrupção: importância e Elementos essenciais. In: SOUZA, Jorge Munhós de; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____. **Pilares de um mecanismo de integridade e sistema de compliance**. In: GIOVANINI, Wagner. **Compliance Total**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.compliancetotal.com.br/compliance/pilares>. Acesso em 12 abr. 2022, às 21h39min.

GOMES. J.C.M. **Erro Médico: Reflexões**. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/459/342. Acesso em 11 set. 2021, às 07h38min.

GORGA, M.L. **Direito Médico Criminal**. 1ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____. **Direito médico preventivo: compliance penal na área da saúde**. 1. Ed., 2 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

JAKOBS, G. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, R. **Código Penal Comentado**. Niterói: Editora Impetus, 2019.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**. Niterói: Editora Impetus, 2015.

JENAL, S; ÉVORA, Y.D.M. **Revisão de literatura: Implantação de Prontuário Eletrônico do Paciente**. Journal of Health Informatics. 2012. Disponível em: <http://www.jhi-sbis.saude.ws/ojs-jhi/index.php/jhi-sbis/article/view/216/141>. Acesso em 06 set. 2021, às 8h44min.

LADRIÈRE, J. **Os Desafios da Racionalidade**. Petrópolis: Vozes, 1979.

MAGALHAES NORONHA, E. **Do crime culposo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MASCARENHAS JÚNIOR, W.A. **Aspectos gerais do risco na imputação objetiva**. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2008.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1**. São Paulo: Método, 2016.

MILLEN, M.M.V.de.C. **A importância do prontuário médico na apuração da responsabilidade civil do médico**. Dissertação (Mestrado em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas) – Universidade Santa Cecília. Santos, p. 51. 2020.

MILHOMENS, E.B.A. **Conduta negligente, atividade de risco e imputação objetiva no erro médico**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MINOSSI, J.G.; DA SILVA, A.L. **Medicina defensiva: uma prática necessária?** Rev Col Bras Cir. [periódico na Internet] 2013;40(6). Disponível em URL: <http://www.scielo.br/rcbc>> Acesso em 12 jan. 2022, às 22h05min.

MIRABETE, J. F.. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral – arts. 1º ao 120 do CP**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 135

MORAES, I.N. **Erro médico e a lei**. 3.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, J.F.da.S. **Legibilidade dos Modelos de Termos de Consentimento Informado Aplicados na Assistência à Saúde**. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34991/1/2018_Jos%c3%a9FabiodaSilvaNeves.pdf. Acesso em 06 set. 2021, às 11h46min.

OLIVEIRA, E. **Deontologia, erro médico e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PACELLI, E. CALLEGARI, A. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2018.

PAVÃO, A.L.B; ANDRADE, D; MENDES, W; MARTINS, M; TRAVASSOS, C. **Estudo de incidência de eventos adversos hospitalares, Rio de Janeiro, Brasil: avaliação da qualidade do prontuário do paciente**. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tF95SQRXHW7TGTQ5JskbqG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 06 set. 2021, às 11h21min.

PEREIRA, A. L.. **A culpa temerária nos homicídios de trânsito: uma alternativa ao dolo eventual e culpa consciente**. Disponível em URL: https://mp.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/a_culpa_temeraria_nos_homici

dios_de_transito._uma_alternativa_ao_dolo_eventual_e_culpa_consciente_-_anselmo_pereira_0.pdf> Acesso em 03 abr. 2022, às 12h47min.

POLICASTRO, D. **Erro Médico e suas Consequências Jurídicas**, 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PRADO, L.R; DE CARVALHO, E.M. **A Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro**. Ciências Penais, vol. 3/2005, p. 81-110, Jul – Dez/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

QUEIROZ, P.de S. **Direito Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 133.

RODRIGUES, A.da.C.G. **Responsabilidade Médica em Direito Penal**. Coimbra, Editora Almedina, 2007.

ROXIN, C. **A teoria da imputação objetiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 38, v. 10, p. 11-31, 2002.

_____. **Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Civitas, 2008.

_____. **Finalidad e imputación objetiva**. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990.

SANTANA, S.P.de. **A culpa Temerária. Contributo para uma construção no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHIESARI, L.M.C. **Prática do cuidado seguro é diversa e desigual**. Revista **Ser Médico**, n. 97, ano XXIV, p. 18-21, out/nov/dez 2021.

SIBILLE,D. SERPA, A. FARIA, F. **Os pilares do programa de compliance uma breve discussão**. In: **Legal Ethics Compliance**. São Paulo. Disponível

em:http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Os-pilares-do-programa-de-compliance.pdf> Acesso em 12 abr. 2022, às 22h05min.

SILVA, F.G; TAVARES-NETO, J. **Avaliação dos prontuários médicos de hospitais de ensino do Brasil.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/jnDQZyDMDbK9LHNdy3ZpPXS/?format=html&lang=pt>. Acesso em 06 set. 2021, às 11h25min.

SILVA SÁNCHEZ. J.M. **Aspectos de la responsabilidad penal por imprudência de medico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo.** Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994, p. 198-199.

_____. **La Responsabilidad Penal del Médico por Omisión, in Avances de la Medicina y Derecho Penal (AA.VV.),** Barcelona.

SILVEIRA, R.de.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro.** Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, São Paulo, n. 56, 2012, p. 600.

SIMÓN-LORDA, P.; CARRO, L. C. **El consentimiento informado: teoría y práctica (I).** Med. Clin., Barcelona, v. 100, n. 17, p. 659-663, 1993. Disponível em:https://www.researchgate.net/publication/260909012_El_consentimiento_informado_Teoria_y_practica_I. Acesso em: 06 set. 2021, às 12h59min.

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teoria do Crime Culposos.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVARES LOBATO, J.D. **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. Vol. 111. nov/dez 2014.

TELES, N.M. **Direito Penal Parte Geral I (arts. 1º a 31 do Código Penal)**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

VASCONCELLOS, M.M.; GRIBEL, E.B.; DE MORAES, I.H.S. **Registros em saúde: avaliação da qualidade do prontuário do paciente na atenção básica, Rio de Janeiro, Brasil.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/vrxXdwpMDZ7vRz5mZVQR8Qc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 06 set. 2021, às 10h58min.