

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO.

ANDRÉ LUIZ DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2017/2

ANDRÉ LUIZ DA SILVA

RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa.

RIO DE JANEIRO

2017/2

ANDRÉ LUIZ DA SILVA

RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º examinador- Presidente da Banca Examinadora
Prof.+ titulação(caso tenha)+ instituição a que pertence – orientador(a)

Nome completo do 2º examinador
Prof.+ titulação(caso tenha)+ instituição a que pertence

Nome completo do 3º examinador
Prof.+ titulação(caso tenha)+ instituição a que pertence

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu forças para prosseguir em meus estudos e obter mais uma conquista.

Aos meus pais Antônio Jaime e Iolanda Freitas pela confiança demonstrada e pela educação recebida a qual formou meu caráter.

Ao meu orientador, Prof. Cezar Augusto Rodrigues Costa pela dedicação e auxílios dispensados.

A toda minha família pelo carinho e a todos os amigos que contribuíram direta ou indiretamente para conclusão de mais esta etapa da minha vida.

RESUMO

A presente monografia aborda a responsabilidade penal do médico, o profissional que pratica crime no exercício da função que estar sujeito às sanções previstas no Código Penal Brasileiro. Na maioria dos casos este profissional responde a título de culpa nos crimes contra a vida provocados por desatenção, desleixo ou descuido. A culpa da qual se fala é caracterizada pela imprudência, imperícia e negligência mencionadas no texto do art.18, inc. II do CP. O médico também poderá responder por dolo, neste caso, o profissional direciona sua conduta voluntariamente com o objetivo de alcançar o erro, o elemento subjetivo presente em crimes contra a fé pública, previstos nos artigos 297, 298, 299 e 302, é o dolo, a norma presente nestes artigos não admite a forma culposa. Neste trabalho acadêmico uma atenção especial é dada ao artigo 302, por ser um crime próprio de médico, pois toda ação do profissional é direcionada a mudar adulterar ou omitir a verdade. Comete uma falsidade ideológica ao atestar um fato ou estado diferente do que acredita ser.

A bibliografia mostra observações inerentes à temática deste trabalho com objetivo de mostrar como o erro médico é agasalhado pelo Direito Penal, a relevância dos institutos do dolo e da culpa para caracterizar o crime, os tipos penais mais frequentes em processos que buscam incriminar o médico e a dificuldade probatória necessária para responsabilizar o médico. Para melhor entendimento, o presente trabalho aborda um breve histórico da Medicina e o Direito; institutos do dolo e da culpa; o crime; o erro médico e a suas implicações penais.

Metodologia empregada neste estudo foi à pesquisa bibliográfica, a qual possibilitou a aplicação de um silogismo, sendo as modernidades da doutrina e da jurisprudência.

Palavras chave: Culpa; erro médico; Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

This monograph deals with the criminal responsibility of the physician. The doctor who practices a crime in the exercise of the function will also be subject to the sanctions provided for in the Brazilian Penal Code. In most cases, this professional responds as guilty in crimes against life caused by inattention, sloppiness or carelessness. The guilt we are talking about is characterized by imprudence, malpractice and negligence mentioned in the text of art.18, inc. II of that code. The doctor may also respond by intent, in which case the professional directs his conduct voluntarily in order to achieve the error, the subjective element present in crimes against public faith, provided in articles 297, 298, 299 and 302, is the malice, the rule in these articles does not admit to guilty. In this academic work, special attention is given to article 30, because it is a crime of the physician, since every action of the professional is directed to change adulteration or omit the truth. He commits an ideological falsehood by attesting to a fact or state different from what he believes to be.

The bibliography shows some observations inherent to the theme of this work, with the aim of showing how medical error is wrapped up in Criminal Law, the relevance of institutes of fraud and guilt to characterize crime, the most frequent types of criminal offenses the evidentiary difficulty required to hold the doctor responsible. For better understanding, the present work addresses a brief history of Medicine and Law; institutes of deceit and guilt; the crime; the medical error and its criminal implications.

Methodology used in this study was the bibliographical research, which made possible the application of a syllogism, being the modernities of doctrine and jurisprudence.

Keywords: Guilt; medical error; Criminal Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA MEDICINA E O DIREITO	12
1.1 Aspectos históricos	12
1.2 Do exercício legal da medicina	14
1.2.1 <u>O Código de Ética Médica</u>	15
1.2.2 <u>A condição de médico para a consumação dos crimes próprios</u>	18
1.3 Da relação médico paciente e os direitos do paciente	19
2. A ESTRUTURA DO CRIME NO DIREITO PENAL	22
2.1. Direito Penal	22
2.2. Do crime	22
2.3. Da conduta	24
2.3.1 <u>Formas da conduta</u>	25
2.3.2 <u>Do dolo e da culpa</u>	27
2.3.3 <u>Conduta dolosa</u>	28
2.3.4 <u>Conduta culposa</u>	30
2.4 Da tipicidade	32
2.5 Da antijuricidade	33
2.6 Da culpabilidade	33
3. ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA	36
3.1 O Erro médico	36
3.2 A responsabilidade penal médica	38
3.2.1 <u>Elementos da culpa e do dolo nos crimes praticados por médico</u>	40
3.2.2 <u>As infrações penais no âmbito da medicina</u>	44
3.2.2.1 <i>Considerações gerais</i>	44
3.2.2.2 <i>Falsidade de atestado médico</i>	45
3.2.2.3 <i>Omissão de notificação de doença</i>	52
3.2.2.4 <i>Homicídio culposo</i>	52
3.2.2.5 <i>Lesão corporal</i>	54
3.2.2.6 <i>Omissão de socorro</i>	54
3.2.2.7 <i>Exercício ilegal da medicina</i>	56

3.2.3 <u>A dificuldade probatória como fator de impunidade</u>	57
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

É oportuno observar a crescente demanda judicial nos tribunais por pessoas insatisfeitas com a conduta do médico que o assistiu. Os crimes provocados por médicos, ou ao menos, a desconfiança destes, é a causa de avalanches de processos jurídicos nos dias atuais. A mídia, através do canal de comunicação difunde o caos na saúde pública, relatando os fatos e acontecimentos, repetidamente, dia-a-dia, e refletem de forma negativa a atividade médica no Brasil. Não que a saúde de pública seja referência de um sistema de saúde eficaz, mas o indivíduo acaba por perder a esperança no Estado e no médico, que é o profissional capaz de proporcionar o bem estar do próprio do indivíduo e da família. A desconfiança torna o paciente em um fiscal particular da profissão médica, seja para reivindicar um tratamento adequado ou encontrar erros que possam lhe beneficiar de alguma maneira na justiça.

O presente estudo aborda as consequências penais resultante da conduta típica do médico conhecida como erro médico, observando as particularidades dos crimes contra a vida, em que o médico responde por culpa na maioria dos casos. E as características dos crimes próprios que só admitem o dolo, como elemento subjetivo da conduta do tipo penal.

No Brasil, a ineficiência do Estado em garantir as condições mínimas de saúde à população, principalmente de baixa renda, associada à corrupção desenfreada e falta de recursos materiais e profissionais, proporcionam um cenário caótico nos hospitais, mais estas condições de trabalho não podem gerar uma espécie de direito ao erro. O médico deve ter plena consciência dos deveres éticos e jurídicos, tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, empregando todo o seu esforço e atenção. Deve utilizar-se das técnicas consagradas e aceitas pela medicina, quando não age com diligência, o médico assume o risco de cometer o erro médico, tornando-o alvo de ações judiciais.

O primeiro capítulo aborda sobre a medicina e o direito, colocando em evidencia os aspectos históricos da medicina, bem como os dispositivos legais que norteiam conduta dos médicos. O segundo capítulo trata o crime e seus elementos constitutivos do crime no direito penal, assunto de extrema relevância para o estudo da criminalização do médico. O terceiro capítulo se dedica ao estudo do erro médico e a responsabilidade penal médica, colocando em destaque os crimes praticados por médicos no exercício da função e suas consequências jurídicas.

Diante da tamanha importância que o tema traduz em nosso sistema jurídico, se definiu por discorrer a respeito da Responsabilidade Penal Médica, nos termos que se expõe, visando não exterminar a polêmica, mas lograr êxito em esclarecer com base em documentos doutrinários e jurisprudenciais.

1. DA MEDICINA E O DIREITO

1.1 Aspectos históricos

A palavra medicina traduz uma ideia de cura, uma arte que emprega padrões e procedimentos usados para a manutenção da saúde, promover o bem estar físico, mental, psicológico e social do indivíduo. O médico é o agente responsável pelo uso desta ciência para cuidar dos indivíduos na sociedade. Nem sempre o médico recebia esta denominação, na medicina primitiva, uma época muito religiosa por sinal, os pajés, curandeiros, feiticeiros e sacerdotes exerciam o papel do médico. E eram reconhecidos como profissionais responsáveis pela saúde, recebendo estas denominações culturais da sociedade a qual viviam.

Na Grécia existiram importantes centros de tratamentos médicos, que recebiam visitantes de longe para cuidar da saúde. Dentre os pioneiros no estudo dos sintomas das doenças destaca-se o mestre, Hipócrates, o pai da medicina ocidental, assim considerado por construir bases da ética médica e princípios de conduta e ação na medicina, realizou o primeiro tratado de saúde pública no mundo.

Genival Veloso de França dispõe sobre a mais importante obra de Hipócrates:

[...] foi em Juramento que a doutrina hipocrática logrou maior relevo e maior transcendência. Mesmo não se assentando em fundamentos jurídicos, seu postulado ético-moral permanece sendo a viga mestra de todo conteúdo dogmático que conduz a Medicina, nos dias de hoje, como sacerdocíociência, merecedor do aplauso e da consagração que a tecnologia moderna não conseguiu destruir. ¹

A interação mundial e os diferentes aspectos observados sobre o estudo da saúde dos povos na medicina culminaram na gama de conhecimentos agregados de civilizações anteriores. Segundo Genival Veloso França, ao penetrar no período científico ou moderno, a medicina apresenta-se como uma instituição de maior necessidade e de transcendental significação. ²

O respeito e admiração da humanidade pelo profissional médico são antigos, assim como o desafeto diante do erro médico, observa-se que mesmo em épocas primitivas, o erro já

1 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11 ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 33.

2 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 755.

era objeto de críticos interessados na responsabilização dos médicos por eventuais prejuízos ou danos, até mesmo como forma de vingança. O código de Hamurabi (2400 a.c.)³ é um dos mais antigos documentos normativos escritos, foi o primeiro estabelecer sanções penais ao médico, como forma de responsabilizá-lo por danos cometidos ao paciente sob seus cuidados. No presente código encontra-se o primeiro registro histórico acerca da responsabilidade penal do médico, como pode ser observado na redação do art. 218 do referido código: “Se um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas”.⁴

Observa-se que na época a aferição da culpa não era difundida, bastando à efetiva participação do médico no tratamento para condená-lo.

O fato de impor ao médico sanções degradantes, em decorrência do erro ou resultado adverso, dava origem desmotivação profissional ao longo de sua trajetória e esta desmotivação era prejudicial à própria sociedade. Segundo Luiz Augusto Coutinho, após o iluminismo a sociedade reconheceu a necessidade de mudança no tratamento dado ao médico, concedendo tolerância ao erro, só assim foi possível reverter este quadro de punição do médico. Aos poucos as punições foram tomando um caráter menos vingativo, pois houve o reconhecimento da ciência médica como sendo imperfeita e que o sucesso no tratamento, não dependeria somente da conduta do profissional.⁵

Atualmente, com a evolução significativa da ciência tecnológica na área médica, as chances de cura aumentaram para o paciente, devido à possibilidade de acelerar o diagnóstico e o início do tratamento da doença. Porém, a necessidade do médico atualizar seus conhecimentos, também aumentou.

Nesse contexto, o paciente acompanha a evolução do mundo moderno e aumentando o seu interesse em conhecer os seus direitos e as obrigações do médico e percebe que ambos são sujeitos de direito na relação médico-paciente. Esta conscientização fez com que o diálogo assumisse uma forma mais franca e aberta.

3 **Código de Hamurabi**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017

4 Idem.

5 COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico**. Curitiba: Juruá, 2006.p.22.

Para Paulo Vinícius Sporleder de Souza “uma boa-relação médico paciente é sempre uma melhor defesa diante de eventuais consequências jurídicas, especialmente as de natureza penal”.⁶

Não que esta relação tenha o propósito tornar os maus profissionais impunes, contudo aumentar a possibilidade de tornar as falhas compreensíveis e facilitar o exercício do perdão pela parte ofendida e contribuir para redução dos excessos de demandas judiciais nos tribunais que colocam em evidência, a conduta destes profissionais. Estes questionamentos nos tribunais contribuem para a prática de uma medicina defensiva, considerada como a atividade médica preocupada com a ocorrência de litígios judiciais.⁷

1.2 Do exercício legal da medicina

No Brasil, existem vários dispositivos legais que norteiam o atoar médico com o objetivo de diminuir os riscos de erro médico. O erro é admissível em algumas atividades profissionais, mas na medicina, o erro pode trazer consequências diferenciadas e devastadoras, como complicações sérias a saúde do paciente ou até mesmo sua morte.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) define que o médico é “o ser humano pessoalmente apto, tecnicamente capacitado e legalmente habilitado para atuar como agente profissional”.⁸ E acrescenta: “a medicina é uma modalidade de trabalho social instituída como profissão de serviço, e uma instituição social da humanidade”.⁹

No Brasil, o indivíduo adquire capacidade técnica para atuar como médico após concluir o curso de Medicina em uma instituição de ensino reconhecida pelo MEC (Ministério da Educação). Porém a habilitação legal para exercer a atividade médica é concedida somente

⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Médico**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.p. 66.

⁷ GOMES, Júlio César Meirelles e FRANÇA, Genival Veloso. **Erro Médico**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteI/Verromédico.htm. Acesso em: 20 jun. 2017

⁸ Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627_2001.htm. Acesso em 28 jun. 2017

⁹ Idem.

após o indivíduo obter o registro no CRM (Conselho Regional de Medicina) onde pretende exercer a profissão médica. Irany Novah Moraes ensina que “Terminado o curso de Medicina, o jovem, para ingressar na vida prática da profissão, deve registrar-se no Conselho Regional de Medicina do estado onde pretende exercer a medicina”.¹⁰

A atividade médica é exercida com base no Código de Ética Médica (CEM) que tem o objetivo de estabelecer diretrizes para potencializar a assistência à saúde através de um conjunto de normas éticas inerentes à profissão. Sobre a importância do *ato médico específico*, Genival Veloso de França explica:

A utilização de estratégias e recursos para prevenir a doença, recuperar e manter a saúde do ser humano ou da coletividade, inseridos nas normas técnicas (*lex artis*) dos conhecimentos adquiridos nos cursos regulares de medicina e aceitos pelos órgãos competentes, estando quem o executa, supervisiona ou solicita profissional e legalmente habilitado.¹¹

O fato é que a adequada prestação de serviços médicos esta intimamente ligada à capacitação contínua do profissional de saúde.

1.2.1 O Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica, resolução CFM nº 1.246/88, contém os princípios fundamentais e normas éticas a serem seguidas pelos médicos. Dentre estas se destacam os artigos do capítulo II do referido código, dos quais versam sobre os direitos dos médicos:¹²

Art. 7. Tem direito de não atender paciente que não deseje, salvo na ausência de outro médico, em caso de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.

Art. 19. De denunciar os colegas que pratiquem atos que contrariem os postulados éticos, à Comissão de Ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

10 MORAES, Irany Novah. Erro médico e a justiça. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 79.

11 FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 11 ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 80.

12 Conselho Federal de Medicina. Disponível em: Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627_2001.htm. Acesso em 01 jun. 2017

Art. 20 Exercer a Medicina, sem ser discriminada por questões de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, política ou de qualquer outra natureza.

Art. 21. Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas vigentes no País.

Art. 22. Apontar falhas nos regulamentos e normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos Órgãos competentes e, obrigatoriamente, à Comissão de Ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua Jurisdição.

Art. 23. Recusar-se a exceder sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar o paciente.

Art. 24. Suspender suas atividades, individual ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições mínimas para o exercício profissional ou não a remunerar condignamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 25. Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição.

Art. 26 Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina Quando atingido no exercício de sua profissão.

Art. 27. Dedicar ao paciente, quando trabalhar com relação de emprego, o tempo que sua experiência e capacidade profissional recomendarem para o desempenho de sua atividade, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas prejudique o paciente.

Art. 28. Recusar a realização de atos médicos que embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. O médico deve se utilizar de seus direitos a fim de ter uma maior liberdade para diagnosticar e tratar seus pacientes.

O Código de Ética Médica, no capítulo XII, dispõe que é vedado ao médico:

Art. 122. Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos.

Art. 123. Realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e consequência da pesquisa. Parágrafo único: Caso o paciente não tenha condições de dar seu livre consentimento, a pesquisa somente poderá ser realizada, em seu próprio benefício, após expressa autorização de seu responsável legal.

No capítulo III do referido código, estão presente os artigos que versam sobre os deveres do médico, são eles:

Art.1. Tem dever de não praticar discriminação.

Art.5. De manter-se sempre atualizando.

Art.11. De manter sigilo das informações que tomar conhecimento no desempenho de suas funções.

Art.36. De apenas afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo que temporariamente, se deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.

Art.37. De comparecer em plantão em horário preestabelecido e de apenas se ausentar com a chegada do substituto, salvo motivo de força maior.

Art.46. De esclarecer e obter o consentimento do paciente antes de efetuar qualquer procedimento médico (artigo 46°);

Art.59. De informar o paciente do diagnóstico, do prognóstico, dos riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano. E outros...

O livre consentimento do paciente é de fundamental importância para a exclusão da responsabilidade do médico em caso de suspeita de erro médico. A correta informação passada ao paciente a respeito do diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento é direito do paciente assegurado no Código de Ética Médica, que proíbe o médico de “negar ao paciente acesso ao seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar as explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros”.¹³ João Monteiro de Castro segue parafraseando:

A confiança do paciente no médico é dupla: de um leigo em um profissional e de um fraco em um protetor. Mas o médico não pode não é dono do doente. O paciente deve ser objeto de profundo respeito e consideração pelo profissional e tem direito a

¹³ Código de Ética Médica. Artigos. 59 e 70. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocódigo/integra.asp>
Acesso em 16 out.2017

ser informado de seu estado, perspectivas e possibilidades, tratamentos existentes e riscos advindos de cada um salvo quando a comunicação direta puder provoca-lhe dano, devendo, em nome da sua proteção, neste caso, a comunicação deve ser feita ao responsável legal ou familiar (art. 59, Código de Ética Médica). Tem o direito a ter suas dúvidas esclarecidas, antes de formular qualquer consentimento.¹⁴

Neste contexto, João Monteiro de Castro propõe três limites a restringir o direito do paciente à verdade:

- a) A sua fragilidade, pois a revelação do diagnóstico e prognóstico pode agrava-lhe seriamente o estado de saúde. Então, um dos limites do direito à verdade devida ao doente é sua capacidade de sabê-la, sem maior prejuízo;
- b) A sua inépcia para compreender o diagnóstico; e
- c) A sua recusa voluntária, manifestada de forma suficiente clara, quando da celebração do contrato com o médico, em saber a verdade.¹⁵

1.2.2 A condição de médico para a consumação dos crimes próprios

Alguns crimes tipificados no Código Penal são classificados quanto ao sujeito ativo da conduta. Podendo assumir a forma de crime comum ou próprio.

Damásio de Jesus explica: “Crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa. Crime próprio é o que só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal”.¹⁶

Nos crimes próprios do médico, a conduta praticada pelo agente, esta inserida no exercício regular da função, e a ocorrência destes está diretamente relacionada ao exercício da atividade médica. Os crimes próprios são assim conhecidos por exigir uma condição particular do autor na redação da norma do tipo. Neste entendimento, Damásio de Jesus explica que o tipo penal dos crimes próprios limita o círculo do autor, que deve encontrar-se em uma posição jurídica (os funcionários públicos, médicos), profissional (comerciante, empregado, empregador, advogado, médico); de parentesco (pai, mãe, filho); ou natural (gestante ou homem).¹⁷ A denominação crime próprio é surge em razão da condição

¹⁴ CASTRO, João Monteiro. Op. Cit. p.96.

¹⁵ CASTRO, João Monteiro. Op. cit. p.99.

¹⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal** – Parte Geral. V.1. 28 ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 188.

¹⁷ JESUS, Damásio de. OP. Cit. p. 189.

particular do agente. Como pode ser observado na redação do art.302, do Código Penal, “Dar o médico no exercício da função atestado falso”. Trata-se do crime de falsidade ideológica, somente o médico poderá consumir o crime de falsidade de atestado médico previsto no tipo.

Deste modo, a condição específica do agente determinada pela norma, defini a existência do crime próprio ou crime comum.

1.3 Da Relação médico-paciente e os Direitos dos pacientes

Atualmente a relação do médico com o paciente se difere muito da relação assumida em tempos passados, nos quais o médico prestava assistência a todos da mesma família, era quase um atendimento domiciliar afetivo costumeiro.

Genival Veloso de França reconhece o crescente desgaste da relação médico-paciente ao traçar um comparativo entre médico de antigamente, desprovido de recurso e menos contestado do que o médico nos dias atuais que tem diante de si recursos e tecnologias sofisticadas ao seu favor. Para o autor as razões que contribuíram para o desgaste da relação médico-paciente, são:

A morte do médico de família, transferindo seus pacientes a técnicos impessoais e desconhecidos; o homem em si, mesmo dispondo das formidáveis conquistas materiais, é mais contestador e menos feliz, mais ambicioso e menos fraterno; o descompasso entre a Técnica e a Ética; o despreparo de alguns, tão óbvio que o mais desavisado não deixa passar sem reparo; o mercantilismo, entendido por alguém como uma maneira de sobreviver, ante uma situação econômico-financeira cada vez mais grave e mais constrangedora; a socialização médica que, exercida como vem sendo, por uma minoria, despersonaliza o médico e o paciente, colocando a Instituição contra um e contra outro; o desaparecimento paulatino da medicina liberal, entre outras.¹⁸

Bruno Seligman de Menezes ensina que o indivíduo pós-moderno deixou de ser expectador do mundo, passou a ser protagonista ao iniciar a fiscalização ética e técnica da conduta do médico e afirma:

Esta vigilância representou aos incautos e negligentes, o fim da impunidade no meio médico, porém, lamentavelmente desencadeou uma onda de caças as bruxas a toda a

18 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11 ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 92.

classe. O trabalho passou a ser fiscalizado não apenas para elevar a qualidade de seus serviços, mas essencialmente na busca por erros, para que outrora “Deus” fosse punido como o “mortal” também o é, quando incorre na prática delitiva.¹⁹

Dentre os direitos do paciente elencados no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP). Ressalta-se o direito de informação, como pode ser observado a seguir:

O paciente deve receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre hipóteses diagnósticas; diagnósticos realizados; exames solicitados; ações terapêuticas, riscos, benefícios e inconvenientes das medidas propostas e duração prevista do tratamento. No caso de procedimentos diagnósticos e terapêuticos invasivos, deve ser informado da necessidade ou não de anestesia; o tipo de anestesia aplicada; o instrumental a ser utilizado; as partes do corpo afetadas; os exames e as condutas a que será submetido; a finalidade dos materiais coletados no exame; as alternativas, de diagnósticos e terapia existentes, no serviço onde está sendo realizado ou em outros serviços, além do que mais julgar necessário.²⁰

As informações inerentes ao tratamento prestadas pelo médico permite que o paciente autorize o procedimento a ser adotado através de um consentimento por escrito. Este consentimento assinado pelo paciente é uma garantia médica em caso de possíveis litígios judiciais, comprova que o paciente, conhecendo os riscos do tratamento, autorizou a sua execução. O consentimento é um direito do paciente em decidir sobre sua saúde e autoriza o médico a realizar o procedimento esclarecido anteriormente.

O art.146 do Código Penal proíbe a ingerência médica que possa suprimir o direito do paciente, salvo exceções previstas no inciso I, que prevê “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por eminente perigo de vida”.

O Código de Ética Médica, no capítulo de “Direitos Humanos,” disciplina a relação médico-paciente, impondo ao médico a obrigação de informar e assegura o poder de escolha do paciente no tratamento nos seguintes artigos:

19 MENEZES, Bruno Seligman. **O médico, o corpo clínico e o SUS: Uma análise do delito de conclusão frente ao artigo 327 do código penal.** 1. ed. Sorocaba-SP; Minelli, 2007, p. 18.

20 CREMESP. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteacao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=11. Acesso em: 20 de jun. 2017

Art.46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.

Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 58 - Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

A relação médico-paciente problemática e pode ser evitada com um bom diálogo que atenda aos requisitos do dever de informação entre o médico e o paciente ou seus representantes legais. Assim, o consentimento informado torna-se uma ferramenta importante em favor do o médico, comprova o mesmo não foi omissos ao cumprir com seu dever de informar, evitando acusações passíveis de responsabilizá-lo perante a justiça.

12. A ESTRUTURA DO CRIME NO DIREITO PENAL

2.1 Do direito penal

Luiz Regis Prado ensina que o Direito Penal “é parte do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, combinando-lhes determinadas consequências jurídicas, penas ou medidas de segurança”.²¹

Rogério Greco explica que: “depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal”.²²

Portanto, o Direito Penal é um instrumento de controle social, que tem como objeto coibir comportamentos reprováveis para a sociedade e o Estado e proteger os bens jurídicos mais importantes ao indivíduo, necessários para boa convivência em sociedade. Estes comportamentos reprováveis são denominados como crime no Direito penal.

2.2 Do crime

Para Magalhães de Noronha o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Seguindo a maior parte da doutrina. E afirma que a condição para a conduta ser reconhecida como típica, é se adequar objetivamente à ação descrita na norma penal, e o sujeito que a prática incorre em juízo de reprovação social.²³ No âmbito conceitual, o crime assume as seguintes classificações: Formal, material e analítico.

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro**: parte geral. V1. 7. .ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 53.

²² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte geral**. V.1. 1.ed. 2016, p.102.

²³ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**: parte geral. V1. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 1984. p 105.

No conceito formal ou nominal, o crime é observado pela ótica do direito positivo, será crime o que a lei incrimina, ou seja, é a conduta humana antijurídica que ofende a norma penal. Segundo Luiz Regis Prado, “no conceito formal o delito é definido sob o ponto de vista do Direito Positivo, isto é, o que a lei penal vigente incrimina (*sub specie juris*), fixando seu campo de abrangência, função de garantia (art. 1, CP). Tem-se, pois, que o delito é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”.²⁴

No conceito material ou substancial o crime é a conduta que viola os bens jurídicos relevantes para o Estado, o crime está associado ao caráter danoso da ação ou vinculado ao repúdio da sociedade. Para Luiz Regis Prado “o conceito material diz respeito ao conteúdo do ilícito penal, caráter danoso da ação ou seu desvalor social, quer dizer, o que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal. Então, no aspecto material, o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, de caráter individual, coletivo ou difuso”.²⁵

No conceito analítico Luiz Regis Prado explica:

Decompõe-se o delito em suas partes constitutivas, estruturadas axiologicamente em uma relação lógica (análise lógico-abstrata). A questão aqui é metodológica: emprega-se o método analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes. Assim concebido, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável.²⁶

Sobre o conceito analítico de crime, Guilherme de Souza Nucci ensina:

É a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. Na realidade, é o conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência. Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam

24 PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p 241.

25 Ibidem. p 242 e 243.

26 Loc. cit.

imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.²⁷

2.3 Da conduta

A conduta é o comportamento voluntário conscientemente dirigido a uma finalidade, previamente definido na antecipação mental do agente, que motiva um comportamento que vá de encontro ao resultado pretendido. Este comportamento é resultante de uma escolha dos meios e efeitos concomitantes ou necessários e do movimento corporal dirigido a um fim proposto.²⁸

Para Damásio de Jesus²⁹ existem várias teorias a respeito da conduta. Entre elas, as principais são: teoria naturalística, teoria social e a teoria finalista.

A primeira delas é a concepção causal-naturalista da ação que conceitua a conduta como um comportamento humano e voluntário, que modifica o mundo exterior e consiste em fazer ou não fazer, sendo estranha a qualquer valoração remota. Franz Von Liszt ensina que deveria partir da noção simples do ato, abstraindo-se de sua significação jurídica. A conduta é natural um simples comportamento sem apreciação ou objeções a norma, é aplicada objetivamente. Não há consciência da ilicitude e reprovabilidade, não leva em consideração se na conduta houve dolo ou culpa. Diz-se natural porque introduz a conduta com naturalidade no direito penal.³⁰

A segunda teoria da ação é a social, como a denominação indica. Esta teoria pregoa a ação como toda atividade humana social e juridicamente relevante, deve ser valorada por padrões sociais, dominada pela vontade, é questionada pelos requisitos do direito e não pelas leis da natureza. Damásio Evangelista de Jesus explica a crítica para aplicação desta teoria:

27 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 188.

28JESUS. Damásio de. Op. cit. p. 227.

29 Ibidem, p. 230.

30 Loc. cit.

Em primeiro lugar ela não deixa de ser *causal*, merecendo os mesmos reparos que a doutrina faz a teoria mecanicista: não resolve satisfatoriamente o problema da tentativa e do crime omissivo. Por outro lado, se a ação é a causação de um resultado socialmente importante, como se define a conduta nos crimes de mero comportamento? Esta teoria, como a causal propriamente dita, dá muita importância ao desvaler do resultado, quando o que importa é o desvaler da conduta. Se a ação é causação de um fato juridicamente relevante, então não há diferença entre homicídio doloso ou culposos, já que o resultado é idêntico nos dois casos.³¹

A teoria finalista merece destaque por ser aplicada na legislação brasileira. Damásio Evangelista de Jesus explica:

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também a culpa. O direito não deseja que o homem realize apenas condutas dolosas, mas também que imprima todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à observância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressando no rol de delitos culposos.³²

A teoria da ação finalista surge para combater a teoria da causal da ação, que, por sinal, causa perplexidade ao considerar o desvaler do resultado; pela teoria finalista, é possível dar punição mais rigorosa a um crime doloso do que um crime culposos, o desvalor está na conduta e não no resultado. A ação é o comportamento humano dirigido a uma finalidade.³³

2.3.1 Formas da conduta

Rogério Greco afirma ao dizer que conduta quer dizer ação, comportamento praticado por pessoa humana. Tal ação ou comportamento pode se dá de forma positiva (comissiva) ou negativa (omissiva), dolosa ou culposa.³⁴

31 Loc. cit.

32 JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 154 e 155.

33 GRECO, Rogério. Op. cit. p. 250.

34 Ibidem, p. 251.

De acordo com Damásio de Jesus a ação é a conduta que se apresenta na forma de um movimento corpóreo consciente, voltado a uma determinada finalidade e pode ser expressa no postulado de que não há crime sem ação (*nulun crime sin actione*), chamadas de condutas comissivas ou positivas.³⁵

A conduta pode se apresentar por meio da ação ou omissão. Esta se apresenta sobre dois tipos: omissivos próprios ou omissivos impróprios. O autor afirma que os crimes omissivos próprios ou puros “são os que se perfazem com a simples conduta negativa do sujeito, independente de produção de qualquer consequência posterior”. E esses crimes já se apresentam na norma penal em forma de conduta negativa consistente, num dever de não fazer o que a lei impõe.³⁶

Observa-se que nos referidos tipos não se exige um resultado determinado para caracterizar a omissão, bastando que o sujeito não realize o comportamento exigido e que ele podia realizar. Dessa forma, a omissão consiste em não fazer o que deveria ter feito sem a norma exigir algum tipo de resultado. Na omissão própria os crimes são de mera conduta, ou seja, basta à abstenção, a desobediência ao dever de agir para que o delito se consuma.³⁷

Os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão se caracterizam pela exigência de se evitar determinado resultado. Para isso, o agente deverá estar obrigado a impedir um resultado danoso por se encontrar na posição de garante, tendo, então, a obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância ou que, por outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou, ainda, que com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O texto do art. 13, § 2º CP. Dispõe:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).³⁸

35 JESUS, Damásio de. Op. cit. p 237.

36 Ibidem, p. 238.

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p 171 e 172.

38 Disponível em; <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10638280/paragrafo-2-artigo-13-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940> acesso em 18/08/2016.

Ressalta-se que os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, se caracterizam pela exigência de se evitar determinado resultado. A omissão de socorro caracteriza um erro médico muito discutido no âmbito judicial. Cabe destacar que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria da equivalência das condições, para liame subjetivo entre a ação ou omissão do agente e o resultado naturalístico imputável ao profissional que porventura venha a ser acusado por erro médico.

Nos crimes omissivos próprios, a norma penal determina dever de agir do sujeito ativo, mas não especifica uma exigência de resultado para o crime existir. Já nos crimes omissivos impróprios a norma exige um agir de um determinado indivíduo para evitar um determinado resultado, este indivíduo tem a função de agente garantidor do Estado.

Sobre o dever jurídico de agir, Fernando Capez explica:

Dever legal – quando houver determinação específica prevista em lei. Sempre que o agente tiver, por lei, a obrigação de cuidado, proteção e vigilância, deverá ser responsabilizado pelo resultado se, com sua omissão, tiver concorrido para ele com dolo ou culpa (ex.: mãe que deixa de alimentar filho recém-nascido – a obrigação dos pais de criar, proteger e cuidar dos filhos decorre de lei, de forma que, por exemplo, se deixar seu filho morrer por negligência, responderá por homicídio culposo).³⁹

Ney Moura Teles discorre em uma significativa afirmação que a omissão é a abstenção de um movimento corpóreo final que o sujeito devia e podia realizar para impedir a produção de um resultado lesivo de um bem jurídico. Um fato é crime omissivo impróprio quando, existindo norma penal que imponha a determinado sujeito a obrigação de agir para impedir a ocorrência de resultados lesivos, conferindo-lhes, portanto, uma obrigação de realizar um comportamento positivo de modo a evitar que um bem jurídico seja atingido, ele, podendo, não o realiza, em razão do que ocorre o resultado que deveria ter sido evitado.⁴⁰

A finalidade da conduta pode objetivar um ato lícito ou ilícito. É essa finalidade que vai caracterizar a conduta como sendo dolosa ou culposa. Para melhor compreensão, passa-se ao estudo dos elementos subjetivos da conduta.

2.3.2 Do dolo e da culpa

39 Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABnZOAB/5-direito-penal-fernando-capez?part=2>. Acesso em 29 de outubro de 2016.

40 TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. V1. São Paulo: Atlas, 2004. p 179.

Percebe-se que na maioria dos casos de crime contra a vida, o médico responderá a título de culpa. Genival Veloso de França afirma em sua doutrina que o erro médico é uma conduta profissional imprópria que supõe uma inobservância técnica capaz de causar um dano à vida ou a saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência e negligência.⁴¹

A característica da conduta imprópria do médico citada pelo autor esta em conformidade com inciso II do art.18, o define como crime culposo, segundo Damásio de Jesus no crime culposo o agente não pretende praticar um crime nem sequer expor interesses jurídicos de terceiros a perigo de dano. Falta, porém com dever de cuidado exigido pela norma, o autor sugere ainda que além da inobservância de um dever de cuidado presente na conduta do médico, a falta de previsão também é um requisito para caracterizar a culpa. Nesse entendimento Damásio de Jesus explica que “é necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não estamos no terreno da culpa, mas do dolo. O resultado era previsível, mas não foi previsto pelo sujeito”.⁴²

2.3.3 Conduta dolosa

A conduta dolosa é quando o autor pretende alcançar o resultado típico ou pelo menos assume o risco de produzi-lo, expressando a vontade de concretizar o que a lei proíbe, de forma livre e consciente. Participa deste entendimento, Francisco Muñoz Conde ao afirmar que “para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica”⁴³.

O dolo presente no sujeito ativo é a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado ou, nos termos da lei, assumir o risco de produzi-lo. O dolo é natural quando o indivíduo tem vontade de realizar o tipo, não abrangendo a consciência da ilicitude.⁴⁴

41 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11 ed. rev. Atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.755 .

42 JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 301.

43 MUÑOS CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 57.

44 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 402.

Existem três teorias relativas ao dolo: teoria da vontade, teoria da representação e teoria do assentimento. A primeira, como o próprio nome induz, considera como necessário que o agente tenha vontade de causar um resultado lesivo. Já a teoria da representação, se o agente teve previsão do resultado lesivo e ainda assim insistir na conduta, esta será dolosa. Pela teoria do assentimento, há também a previsão do resultado, mas aqui existe a consentimento do autor pelo risco de produzir possível resultado.⁴⁵

O Código Penal Brasileiro optou pela teoria da vontade e do assentimento. Assim, terá agido com dolo o agente que atua com vontade livre e consciente de produzir um resultado lesivo, ou que pelo menos tenha assumido o risco de produzi-lo.

Sobre os tipos de dolo, Damásio Evangelista de Jesus⁴⁶, explica:

a) Dolo direto: nesse caso, o agente dirige sua finalidade à produção de um determinado resultado descrito na norma penal. Essa espécie de dolo é a regra geral da norma penal.

b) Dolo indireto: este é subdividido em dolo eventual e dolo alternativo que ocorre quando o agente dois resultados de forma alternativa. O primeiro ocorre quando o sujeito, apesar de não querer o resultado, assume o risco de produzi-lo, aceitando, ou seja, consentindo que o resultado danoso venha ocorrer. O dolo eventual se caracteriza pelo o risco assumido pelo sujeito ativo de produzir o resultado. No exemplo abaixo mostrado por Nery Tadeu Câmara Souza expõe uma situação clara de dolo eventual praticado por um médico dermatologista:

[...] um dermatologista que se dispunha a assumir um tratamento, integralmente, de um paciente com insuficiência cardíaca grave (havendo a possibilidade deste trata-se com um cardiologista) e o paciente venha a falecer. Mesmo sabendo que isto poderia acontecer, em face de sua insuficiência técnica para este tipo de tratamento, o que era óbvio devido à sua formação e atuação profissional, especificamente, e apenas em dermatologia como especialidade, o médico, embora prevendo que isto poderia se dar, ou seja, aceita que o resultado morte do paciente possa vir a ocorrer, não se importou que este resultado viesse a acontecer.⁴⁷

c) Dolo Geral: explicado por Damásio de Jesus, ocorre “quando o agente, com a intenção de praticar determinado fato, realiza uma conduta capaz de produzir o efeito desejado, e, logo depois, na crença de que o evento já se produziu, empreende uma nova ação

45JESUS. Damásio de. Op. Cit. p. 286.

46 Ibidem, p. 288.

47 SOUZA, Nery Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. 3ª ed. Campinas: Servanda. Editora, 2008, p. 295.

com finalidade diversa, ocorrendo que o segundo comportamento é o que causa o resultado ‘chama do erro sucessivo’.⁴⁸

d) Dolo Genérico e Dolo específico: dolo genérico é a simples vontade de realizar conduta descrita na norma penal, sem nenhuma apreciação de elemento subjetivo; dolo específico é aquele mesmo dolo dito anteriormente acrescido de finalidade. A doutrina atual entende que tal diferenciação está ultrapassada, posto que em toda conduta deva haver a análise da finalidade do agente, nos moldes da teoria finalista.

e) Dolo normativo: tem origem no psíquico do agente, tem consciência sobre a ilicitude do fato.

2.3.4 Conduta culposa

O Código Penal, art.18, inc. II prevê que haverá crime culposos quando o agente der causa ao resultado por imprudência, imperícia ou negligência. A culpa se caracteriza por imprevisão do resultado causado pelo sujeito ativo, o qual age de modo voluntário e consciente, porém desatento. A palavra culpa é muito usual, em seu sentido amplo, tem origem na culpabilidade, ambas empregadas, por vezes, como sinônimas, para designar um dos elementos estruturais do conceito de crime. Até mesmo as crianças a empregam para apontar a alguém um fato condenável. Na culpa o comportamento do agente é direcionado a um objetivo, que pode ser de qualquer natureza, mas por desatenção alcança resultado ilícito, não desejado, mas previsível.⁴⁹

O conceito do artigo supracitado é insuficiente, coube à doutrina conceituar de forma mais detalhada. O vocábulo culpa em sentido amplo, “a Lato senso” é o mesmo que culpabilidade, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito, “stricto senso.” Neste sentido Fernando Capez esclarece sobre a definição insatisfatória dada pelo legislador:

48 JESUS. Damásio de. Op. cit. p. 295.

49 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

(...) não está descrita, nem especificada, mas apenas prevista genericamente no tipo. Isso se deve ao fato da absoluta impossibilidade de o legislador antever todas as formas de realização culposa, pois seria mesmo impossível elencar todas as maneiras de se matar alguém culposamente. É inimaginável de quantos modos diferentes a culpa pode apresentar-se na produção do resultado morte. (atropelar por excesso de velocidade, disparar inadvertidamente arma carregada, ultrapassar em local proibido, deixar criança brincar com fio elétrico etc.). Por esta razão, sabedor dessa impossibilidade, o legislador limita-se a prever genericamente a ocorrência de culpa, sem defini-la. Com isso para a adequação típica será necessário mais do que simples correspondência entre a descrição típica e a conduta. Torna-se imprescindível que se proceda com juízo de valor sobre a conduta do agente no caso concreto, comparando-a com que um homem de prudência média teria na mesma situação. A culpa decorre, portanto entre o comportamento realizado pelo sujeito no pano concreto e aquele que uma pessoa de prudência normal, mediana, teria naquelas mesmas circunstâncias.⁵⁰

Segundos o Damásio de Jesus, os elementos do fato culposos que determinam a aferição da culpa são:

a) Conduta humana voluntária de fazer ou não fazer; O agente inicia uma ação voluntária, não pretende praticar o fato ilícito, mas falta com o dever de diligência exigido pela norma, que corresponde à imputação objetiva.

b) Inobservância do cuidado objetivo (imputação objetiva) manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia;

c) previsibilidade objetiva; significa a possibilidade de antevisão do resultado.

d) ausência de previsão; é necessário que o agente não tenha previsto o resultado se previu, responderá por dolo.

e) resultado involuntário; involuntário porque não desejado e nem querido pelo agente; previsível numa análise objetiva, quando o agente é substituído homem médio e por isso, controlável, dominável, ou evitável. É bom observar que, excepcionalmente, há crime culposos sem resultado naturalístico;

f) Nexos de causalidade; Juízo de desaprovação do resultado: ofensa concreta e intolerável;

g) Imputação objetiva: assim, deverá haver conexão direta entre o resultado jurídico e o risco proibido criado e, ainda, que esse resultado esteja previsto na norma. Seria, então, o nexos de imputação entre o risco criado e o resultado efetivamente produzido. Observemos que

50 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2003, p.192

o resultado é obrigatório, posto que o art. 18. Inciso II do Código Penal o exige, assim, deve haver um resultado naturalístico.

h) Tipicidade: só se punirá a conduta quando a lei de forma expressa faz referência à modalidade culposa. Segundo Damásio de Jesus, não é preciso que a lei cite a palavra culpa, basta que pela definição típica se conclua pela existência da modalidade;

No entanto, o elemento primordial para a caracterização da conduta culposa é a inobservância de um cuidado objetivo manifestado pela imprudência, negligência ou pela imperícia.

No que tange a previsibilidade do agente, a culpa pode ser consciente ou inconsciente. Na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas, por questões pessoais, como autoconfiança, acreditou que não aconteceria. É importante ressaltar a diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual. Enquanto na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas acredita que o mesmo não ocorrerá, no dolo eventual o agente também prevê o resultado, mas a sua ocorrência não importa. O agente fatalmente assume o risco de produzir o resultado.

Na culpa inconsciente o resultado é previsível, mas não pelo agente, responsável pela conduta causadora do resultado danoso. As características que diferenciam a ocorrência da culpa inconsciente, a culpa consciente e o dolo eventual, requerem do julgador, uma análise cuidadosa no caso concreto.⁵¹

2.4 Da tipicidade

Segundo Damásio de Jesus a tipicidade, em um conceito preliminar, “é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”.⁵²

A tipicidade está apoiada ao princípio da reserva legal ou legalidade, visto que “não há crime sem lei

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 223.

⁵² JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 260.

anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, assim a descrição do crime deve estar estritamente prevista na lei. Damásio de Jesus ensina:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.⁵³

Fernando Capez define o tipo penal como:

(...) um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, de modo que as pessoas sabem que só cometerão algum delito se vierem a realizar uma conduta idêntica à constante do modelo legal. O tipo penal é composto dos elementos: o núcleo, que é o verbo do tipo e tem-se como exemplo matar, subtrair, ofender, etc. e os elementares, que são certos requisitos exigidos em alguns casos como o sujeito ativo (funcionário público) e o sujeito passivo (alguém) ou referência ao tempo, lugar, ocasião ou modo de execução e possui duas espécies: o tipo permissivo, que são os tipos penais que não descrevem fatos criminosos e o tipo incriminador, que são os tipos penais que descrevem as condutas proibidas.⁵⁴

Pra Fernando Capez a diferença entre a tipicidade e a adequação típica: “é a sutileza terminológica. Enquanto a tipicidade é a correspondência integral entre a conduta e o fato típico, a adequação típica é a operação de enquadramento da conduta no tipo penal (subsunção). Logo, a tipicidade é a consequência da adequação típica”.⁵⁵

2.5 Da antijuricidade

A antijuricidade é o antijurídico, o injusto não admitido pelo direito; por muitas das vezes o tipo penal qualifica uma conduta como crime, a conduta é típica, mas não ilícita ou

⁵³ Idem. **Direito Penal**: Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 1991.p.183.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. V2. 7. ed. ver atual. São Paulo: Saraiva. 2007, p 172.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABnZ0AB/5-direito-penal-fernando-capez?part=3>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

antijurídica. Motivo pelo qual as circunstâncias em que ocorre a conduta do agente descrita na norma incriminadora encontra-se amparada pelas causas que excluem a antijuricidade e justificam a conduta do agente. Estas causas excludentes de ilicitude estão presentes no art. 23, CP ou normas permissivas encontradas na parte especial ou em leis especiais.⁵⁶

De acordo com Juarez Cirino dos Santos “o conceito de antijuridicidade é o oposto ao de juridicidade: assim como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito”.⁵⁷

René Ariel Dotti explica: “segundo alguns escritores, a ilicitude comportaria a divisão em: a) formal; b) material. A ilicitude seria formal posto revelar a contrariedade entre a conduta e a norma; e seria material ao tomar em consideração o bem jurídico protegido pela norma protetiva”.⁵⁸

2.6 Da culpabilidade

Para Damásio de Jesus a culpabilidade “é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico”.⁵⁹

Juarez Cirino dos Santos afirma que a culpabilidade é “um juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não justificada de um crime, fundado no poder de agir conforme a norma, em condições de normalidade do fato”.⁶⁰

Diante do citado, para o fato típico ser antijurídico, basta apenas que recaia o juízo de reprovação sobre o autor que teve a possibilidade de agir diferente, sem contrariar a norma. A culpabilidade não é requisito para existência do crime, é uma condição para impor a pena ao agente por praticar a conduta típica e antijurídica. Para Luiz Flávio Gomes somente a culpabilidade não é pressuposto de pena, o conjunto formado pela tipicidade, antijuricidade e culpabilidade são pressupostos de pena.⁶¹

56 JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 155.

57 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p 127.

58 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p 333.

59 JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 155.

60 SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p 173 e 174.

61 GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Direito Penal: parte geral**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 545.

O Código Penal adotou a teoria normativa para a culpabilidade, e os três elementos que compõe a culpabilidade são:

- a) Imputabilidade;
- b) Potencial de consciência de ilicitude;
- c) Exigibilidade de conduta adversa.

Para Júlio Fabbrini Mirabete⁶², a imputabilidade “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se segundo esse entendimento”.

O indivíduo é imputável quando é capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. A doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez completa provenientes de caso fortuito ou força maior, quando presentes no momento da ação ou omissão do crime, são causas de exclusão de imputabilidade previstas no Código Penal (art.26, 28, § 1º).

Para Luiz Regis Prado⁶³ a chamada potencial consciência de ilicitude “é o elemento intelectual da reprovabilidade, sendo a consciência ou o conhecimento atual ou possível da ilicitude”.

Para René Ariel Dotti “a consciência da ilicitude é potencial quando o agente, embora não tendo a percepção da ilicitude do fato, deveria tê-la em face de sua capacidade de culpa resultante da idade (igual ou superior a 18 anos) e a integração no meio social”.⁶⁴ Diz respeito à falta de consciência da ilicitude do fato.

O erro de proibição presente no art. 21, CP, exclui a culpabilidade, pois neste momento o agente acredita estar executando uma conduta lícita. O erro de proibição não se confunde com o desconhecimento da lei, pois esta significa não ter conhecimento dos artigos, leis, entre outros.

Por fim, Exigibilidade de conduta diversa é o caso em que se pode exigir do autor uma conduta diversa (conforme o direito).

Nesse entendimento Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

62 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2005, p.197.

63 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002, p.353.

64 DOTTI, René Ariel. Op.cit. p. 347

É necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tomam inexigível conduta diversa do agente. É o que se determina exigibilidade de conduta diversa.⁶⁵

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt⁶⁶ ensina: “consiste em o autor dever e poder adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não a resolução de vontade antijurídica”.

Neste terceiro capítulo buscou-se tratar dos elementos do crime em termos gerais, apresentando conceitos e institutos que terão grande relevância no próximo capítulo, que tratará do erro médico e responsabilidade penal do médico.

3. Erro médico e a responsabilidade penal do médico

3.1 Do erro médico

65 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit. p.197.

66 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 304.

No direito, o erro médico é um assunto polêmico que tem despertado interesses desde os tempos remotos até os dias atuais. A atividade profissional médica deve beirar a perfeição por lidar diretamente com a vida, o bem jurídico tutelado pela CRFB de 1988, art. 5º. O erro pode trazer consequências sérias ao paciente. Antes de pontuarmos a definição de erro médico é fundamental analisar a diferença entre o erro profissional e o erro técnico na observação de João Monteiro de Castro:

Os erros ocorridos nos casos duvidosos ou controvertidos não podem pura e simplesmente, ser colocados no rol dos cometidos por imperícia, imprudência ou negligência. O profissional, tendo escolhido a técnica que não se mostrou boa para aquele caso específico, e foi zeloso e criterioso na aplicação, terá cometido erro profissional, não culposo, pois não poderia antecipar a reação do organismo do paciente, pelo qual não responde. Erro profissional é escusável quando se trata de técnica conhecida, usual e aceita. Por outro lado haverá imperícia quando a técnica é adequada, mas a sua aplicação for desastrosa, ou deficiente.⁶⁷

João Monteiro de Castro entende que o erro profissional não deve ser discutido no âmbito da responsabilidade do médico, é isento de culpa, mesmo nos casos em que a opção técnica escolhida pelo do profissional não for a mais indicada, porém usualmente aceita pela medicina, não há de se falar em responsabilidade penal. Somente os erros técnicos na execução do médico poderão estar sujeitos à responsabilidade penal, quando for caracterizada a culpa. Segundo o autor, os erros médicos podem decorrer de quatro circunstâncias principais: a) diagnóstico; b) escolha das explorações e do tratamento; c) tratamento; e d) cuidados e atenção ao paciente;⁶⁸

O erro médico é um tema tão importante e controverso na sociedade que, o Conselho Federal de Medicina sistematizou o seu conceito como a falha no exercício profissional, o mal resultado ou resultado diverso do pretendido, decorrente da ação ou inação do profissional da medicina, por inobservância de conduta técnica.

Assim, a doutrina em sua maior parte entende que o erro médico é o procedimento falho no atuar do médico, precisamente, um erro técnico na prestação do serviço médico, caracterizado por negligência, imprudência ou imperícia do profissional da medicina.

Para Júlio Meirelles Gomes e de Genival Veloso França⁶⁹ o erro médico é:

⁶⁷ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo - método, 2005.p.139.

⁶⁸ Loc. cit.

⁶⁹ http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromédico.htm Acesso em 24 de agosto 2016.

O dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. Esta, a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito. Isto traduzido em linguagem mais simples.

Outra definição de erro médico encontra-se no Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina:

Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.⁷⁰

Ressalta-se que nem todo resultado adverso ou mau resultado advém da inadequada conduta do médico. Por exemplo, o médico que se utilizando dos meios disponíveis cientificamente válidos, ou seja, com a indicação técnica aplicável por ter o reconhecimento da ciência médica, e o paciente não obtém sucesso pretendido no tratamento, não poderá ser responsabilizado por erro médico. Laércio de Castro ensina que na investigação de existência de erro médico excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões provocadas pelo médico para tratar de um mal.⁷¹

De acordo entendimento de Genival Veloso de França o erro médico no campo da responsabilidade:

Pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É considerado pessoal quando o ato lesivo se deu na ação e na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais relacionados às suas condições físicas ou emocionais. No que diz respeito à ordem estrutural, o erro pode ser proveniente de falhas, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta positiva.⁷²

Jurandir Sebastião assevera que:

Erro médico é a conduta voluntária ou involuntária, direta ou indireta, caracterizada como conduta profissional imperita, imprudente ou negligente, que cause dano ao

⁷⁰<http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte3d.htm>. Acesso em: 13 de jun. 2016.

⁷¹ CASTRO, Laércio. **Erro médico o que é?** (22/06/2010). Disponível em: http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=184>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁷² FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 755.

paciente. Em caso de erro médico, três consequências distintas, concomitantes ou isoladas, poderão ocorrer, a saber: (a) punição administrativa; (b) reparação civil; (c) punição criminal.⁷³

A punição administrativa é exercida pelo Conselho regional de Medicina em que o médico estiver credenciado e independe de danos patrimoniais ou morais do paciente. A punição será submetida à análise do Conselho Federal de Medicina.

Para Paulo Miguel de Campos Petroni, “quem for punido perante o Conselho correrá risco sério, mas não fatal, se ser também condenado em juízo, tanto no campo civil como no criminal”.⁷⁴

A natureza da atividade profissional exercida na medicina torna o médico mais propenso a responder por certos acontecimentos fáticos. Porém, caracterizar a conduta do médico como erro, não é tarefa fácil, devido às limitações impostas pela complexidade da ciência médica. Logo, a frustração do paciente, leigo, em não ter seu objetivo alcançado no tratamento, o faz acreditar que este é o motivo suficiente para questionar a conduta do médico, responsabilizando-o pelo dano. Como pode ser observado nos ensinamentos de Irany Novah Moraes que existem outros fatores que contribuem para o insucesso no tratamento. Na existência de erro médico o mesmo fato pode gerar responsabilidades distintas e concomitantes, como também foi observado nos ensinamentos do autor Jurandir Sebastião.

3.2 Da Responsabilidade penal médica

O médico que deve estar sempre pronto a desempenhar suas atividades profissionais em diversos setores hospitalares, mas é no procedimento cirúrgico que a capacidade técnica, poder de decisão e habilidade motora são colocados à prova. Por ser uma atividade médica com um grau de risco muito elevado, exige maior prudência do profissional a conduzir sua equipe médica. Exceto nas cirurgias estéticas, a obrigação do médico é de meio e não de resultado, ou seja, o profissional tem a obrigação de utilizar todos os meios e técnicas

⁷³ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**: comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁷⁴ CARVALHAIS, Cid Célio Jayme e PETRONI, Paulo Miguel de campos. **Medicina e direito**: notas introdutórias, São Paulo, sociedade brasileira de Neurocirurgia/Sindicato dos médicos, 1988, p.16.

consagradas para alcançar o resultado desejado, não se obriga a alcançar o resultado. E ainda que não alcance o resultado desejado, para ser caracterizado o erro médico e exigível o nexo de causalidade entre a conduta e o dano em questão.⁷⁵ Como pode ser observado no entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. MAJORANTE DA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO. ERRO MÉDICO. ABSOLVIÇÃO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL E DO ASSISTENTE À ACUSAÇÃO.

1. O tipo penal culposo exige nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado, o qual ocorre mediante imprudência, negligência ou imperícia.
2. Quanto ao erro médico, verifica-se imperícia quando o agente deixa de se pautar em consonância aos cânones e princípios da medicina vigentes à ocasião, ou quando deixa de atender às exigências básicas recomendadas pela ciência médica. E se verifica negligência quando o agente atua com desleixo.
3. No caso dos autos, o acervo probatório não demonstrou nexo causalidade entre a conduta imputada ao réu e o resultado morte. Ademais, a Doutrina especializada sanou dúvidas acerca da adequação da conduta, não se podendo falar, portanto, em negligência ou imperícia.
4. A manutenção da sentença a quo, pois, é medida imperativa. RECURSOS DESPROVIDOS.⁷⁶

A conduta regular do médico no exercício da função é a conduta realizada em consonância com as normas que regem o exercício atual da medicina. Estas normas chamadas de *lex artis*, servem de referência para a boa prática médica e perícias em ações que teve como causa o erro médico. É um dos critérios que o juiz poderá usar como referência, para adequar da conduta do médico à conduta prevista na *lex artis*. A prudente conduta do médico deve estar em consonância com os padrões de conduta pré-determinados e o dever de cuidado com o paciente poderá excluir a responsabilidade penal do médico, porém o descumprimento da *lex artis*, não determina por si só a existência do erro médico. Não obstante, o

⁷⁵ MARTINS, Jorge H. S. **A responsabilidade penal por erro médico**. Revista jurídica da FURB, Blumenau, n. 3, p. 55, junho 1998, p. 14.

⁷⁶ <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351813991/apelacao-crime-acr-70064100613-rs>, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 08/06/2016.

descumprimento da *lex artis* não estabelece o nexo de causalidade necessário para criar o vínculo entre a conduta e o resultado considerado erro.⁷⁷

3.2.1 Elementos da culpa e do dolo nos crimes praticados por médico

O Código Penal prevê no art. 18 o crime:

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

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

O inciso I prevê tipo doloso é o quando o agente pretende realizar a conduta prevista no tipo, cuja finalidade é alcançar a consumação do fato ilícito, a vontade do agente é o elemento subjetivo que impulsiona a ação de realizar o crime. Júlio Mirabete Fabbrini ensina que “o dolo inclui não só o objetivo que o agente pretende alcançar, mas também, os meios empregados e as consequências secundárias de sua atuação”.⁷⁸

Grande parte dos doutrinadores brasileiros que tratam da responsabilidade penal do médico não faz referência ao dolo nas condutas desses profissionais, se limitando a tratar das condutas culposas presente em sua maioria nos crimes de erro médico. Não obstante que condenações por condutas dolosas oriundas da atuação dos médicos têm feito parte da realidade jurisdicional, ainda que de forma muito discreta.⁷⁹ É o caso, por exemplo, de quando o médico prevê possível resultado fático e assume o risco de produzi-lo. O elemento subjetivo do tipo previsto sete exemplo caracteriza o dolo eventual.

José de Faria Costa citado por Guilherme de Souza Nunci, ensina sobre o elemento subjetivo do tipo e explica:

O não querer aqui avançado nada tem de afirmação positiva da vontade, pretendendo antes expressar a atitude psíquica da passividade com que o agente encara o resultado. Certo é também, cumpre dizê-lo, que o agente sempre poderia dizer não. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal como

77 SCHEREIBER, Simone. **Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7271/reflexoes-acerca-da-responsabilidade-penal-do-medico/2> Acesso em: 24 de jun. 2016.

78 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, V. 1. São Paulo: Atlas, 1996, p.137.

79 COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade Penal do Médico**. 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

que arrasta no seu halo a sujeição à passividade psíquica no que toca ao resultado possível. O que vale por afirmar: o agente quer a ação principal e como que é conivente, diríamos por omissão, com as ações acessórias tão só eventualmente representadas.⁸⁰

Em crimes contra a fé pública, especificamente no artigo 302 do código penal, que será abordado neste capítulo, o médico realiza uma conduta dolosa e a tipificação presente na norma não admite a forma culposa para sua efetiva consumação, somente a conduta dolosa do médico poderá caracterizar o crime.

O inciso II prevê o tipo culposo, é quando o agente não tem intenção de cometer o crime, realiza uma conduta voluntária sem observar um dever de cuidado, assumindo a culpa caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia. O resultado não é desejado, é uma consequência da ação voluntária do agente sem a devida atenção que poderia ser evitado, mas não o faz por falta de atenção. Como pode ser observado na explicação de Magalhães de Noronha: “Diz-se crime culposo, quando o agente, deixando de empregar a atenção ou diligência de que era capaz, em face das circunstâncias, não previu o caráter delituoso de sua ação ou o resultado desta, ou, tendo-o previsto, supôs levianamente que não se realizaria”.⁸¹

A culpa é quando o agente dá causa ao resultado sem desejá-lo, este elemento subjetivo do agente que caracteriza na conduta como culposa. Fernando Capez fala sobre os elementos do tipo culposo ao esclarecer que quebra do dever objetivo de cuidado (por meio da imprudência, imperícia ou negligência).⁸²

Irany Novah Moraes afirma que o erro médico está "caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência".⁸³

80 COSTA, José de Faria. **Tentativa e dolo eventual** (ou da relevância da negação em direito penal). Reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. . Apud COUTINHO, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 261.

81 NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal: parte especial**. V.2. São Paulo: Saraiva. 1990, p.28.

82 CAPEZ, Fernando, Stela Prado. **Código Penal comentado**. 3ed. São Paulo: Saraiva. 2012.p. 324.

83 MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.425.

A imprudência tem o caráter comissivo, pressupõe um agir descuidado, inconsequente, desleixo, afoiteza do sujeito ativo que poderia ter agido da maneira prevista, mas não o faz ensejando no erro que deu causa ao dano. O médico, neste caso, realiza uma conduta perigosa põe em risco a vida da pessoa sobre seus cuidados, poderia ser mais prudente em optar por um método menos arriscado, que não apresentasse perigo, contradiz as normas estabelecidas para evitar a degradação do estado de saúde do paciente.⁸⁴

A imperícia é uma conduta de caráter comissivo, pressupõe uma falta de habilidade ou conhecimento técnico do médico que lhe garante aptidão para exercer atividades específicas da profissão. O médico pode causar lesão, perigo de lesão ou até mesmo a morte do paciente por ignorar ou não fazer o correto uso da técnica escolhida para tratar o paciente. A atualização técnica e intelectual do profissional constitui uma obrigação para os médicos, o despreparo técnico é uma das causas que contribuem para a ocorrência do erro médico por imperícia.⁸⁵

A imperícia é consequência por falta de observação das normas técnicas, por despreparo prático ou falta de conhecimento técnico que teve como causa a falta de interesse do médico em não acompanhar a evolução tecnológica da ciência médica.

É importante ressaltar que a imperícia é a carência de aptidão e se diverge da iatrogenia. Nesta o médico causa a lesão no paciente para alcançar um bem maior, na imperícia o mal é causado por despreparo técnico ou intelectual. Neste sentido Irany Novah Moraes explica:

Iatrogênica é palavra composta, que vem do grego iatrós (médico) + genros (geração) +ia. Assim trata-se de uma expressão usada para indicar o que é causado pelo médico. Numa visão mais abrangente, ela se refere não só ao que ocorreu pelo que o médico fez como também pelo que deixou de fazer e deveria ter feito.⁸⁶

A negligência é uma conduta de caráter omissivo ou comissivo por omissão daquilo que razoavelmente se faz. Geralmente, a falha médica ocorre no momento em que o paciente, precisa de atendimento e o médico se omite, age com desleixo, indiferença. Para Júlio Fabbrini Mirabete a negligência é como “a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental”.⁸⁷

84 COUTINHO, Luiz Augusto. Op. cit. p.57.

85COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade Penal do Médico**. 1 ed. (2006), 3ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2010, p. 55 e 56.

86 MORAES, Irany Novah. Op. cit. p.488.

87⁹⁶MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit. p. 148.

A negligência médica se caracteriza pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo, por exemplo, um médico, antes de certificar-se da presença de seu substituto no local de serviço, abandona o plantão, mas por motivo de força maior o substituto não aparece em seu posto de trabalho, na sequência chega um paciente necessitando de atendimento emergencial, e por ausência de cuidados médicos falece. Este exemplo típico de negligência, um erro médico muito frequente em hospitais da rede pública no Brasil. No referido caso, o profissional não se preocupa com a consequência da sua omissão, a sua conduta negligente dá causa ao resultado morte que o torna alvo em uma ação de responsabilização penal.⁸⁸

Damásio de Jesus esclarece sobre a diferença entre a imprudência e a negligência:

Enquanto na negligência o sujeito deixa de fazer algo que a prudência impõe, na imprudência ele realiza uma conduta que a cautela indica não dever ser realizada. A doutrina ensina que a imprudência é positiva (o sujeito realiza uma conduta) e a negligência, negativa (o sujeito deixa de fazer algo imposto pela ordem jurídica). Nem sempre, porém, é fácil fazer a distinção. Pelo fato do agente deixar a arma ao alcance da criança, não se pode dizer que não agiu. Na conduta de quem dirige veículo em más condições de funcionamento, em que a negligência residiria na inobservância do dever de consertá-lo antes, também está presente a imprudência de dirigi-lo naquelas circunstâncias. Daí a correta observação de Basileu Garcia de que a rigor da palavra “negligência” seria suficiente para ministrar todo substrato da culpa, incluindo a imprudência e a imperícia.⁸⁹

Observa-se nos ensinamentos de Damásio que no crime culposo, além de ter como requisito à exigência do elemento subjetivo do tipo, indicando que o agente não deseja o resultado lesivo indicado na norma, também exige que o sujeito ativo não tenha previsto o resultado, pois tal previsão o responsabiliza por crime no tipo doloso. Após determinar a culpa do agente, observa-se na citação anterior, o cuidado ao analisar o caso em questão para a correta averiguação da classificação da culpa, em determinados momentos as características que delimitam as formas presentes no tipo, estão muito próximas induzindo ao erro.

Hildegard Tagessell Giotri⁹⁰ segue com uma importante observação a respeito da culpa:

As três modalidades de culpa, imperícia, imprudência e negligência, têm características próprias ainda que de limites tênues e, com base nisso, pode haver um

88 KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p 83 a 95.

89 JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 303.

90 STIVANELLO, Gilbert Uzêda. **Teoria da imputação objetiva**. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo 10. pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo%2010.pdf). Acesso em: 10 set. 2016.

momento em que essas espécies se entrelaçam, verificando-se, então, a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada de desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência. Exemplificando, os casos de esquecimento de compressas e tesouras nas cavidades operatórias, durante o ato cirúrgico. Ou, a amputação equivocada de um membro pelo outro.

3.2.2 Infrações penais no âmbito da medicina

3.2.2.1 *Considerações gerais*

O código penal tipifica alguns crimes próprios do médico, mas cabe destacar que não o faz de forma exclusiva. Em nosso ordenamento jurídico, a Lei de Contravenções Penais prevê, no art.66, a contravenção referente à Administração Pública, o médico que se omitir de comunicar crimes passíveis de ação pública que tomou conhecimento no exercício da profissão.

É importante observar uma particularidade no crime próprio de violação de segredo profissional presente no art.154, CP. Quando o médico é assessorado por um partícipe na conduta ilícita, e este indivíduo não é médico, ambos responderão pelo mesmo delito. Damásio de Jesus esclarece como a condição elementar do médico se comunica ao indivíduo por ingressar na esfera do seu conhecimento:

É preciso que o partícipe estranho tenha cooperado acessoriamente na produção do resultado ou tenha de qualquer modo determinado o intraneus a realizar a conduta típica com consciência e vontade de consentir em crime próprio. É imprescindível que o partícipe conheça a qualidade pessoal do autor.⁹¹

Quando o grau técnico necessário envolvido, exige mais de um profissional para sua realização. Quem seria responsabilizado na eminência de erro médico que tenha vitimado o paciente, se todos participaram do procedimento cirúrgico?

O texto do artigo 29 do código penal que prevê o concurso de agentes da seguinte forma: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Este artigo poderia ser aplicado, por exemplo, em um crime

91 JESUS, Damásio de. Op. cit. p. 433.

de aborto ilegal, no qual o médico responsável pela curetagem executa o fato típico e o médico anestesista o auxilia aplicando o medicamento anestésico na vítima. O médico responderá pelo crime previsto na exceção do artigo 128, I, II e o anestesista responderá na regra contida no texto do artigo 29 do Código Penal.⁹²

Segundo Damásio de Jesus⁹³ os requisitos para haver concurso de agentes são:

- a) Pluralidade de condutas;
- b) Liame subjetivo; e
- c) Identidade de infração para todos os participantes.

Portanto, se tratando de concurso de pessoas no erro médico cada indivíduo responderá por sua ação para devida responsabilização penal, na medida de sua culpabilidade, observado o tratamento dado pelo código penal nos artigos 29, 30 e 31.

3.2.2.2 *Falsidade de atestado médico (de saúde, de doença ou de óbito).*

Uma breve análise dos crimes contra a fé pública

No que tange ao elemento subjetivo dos crimes por erro médicos, os crimes contra a fé pública se diferem dos anteriores. Quase sempre o médico responde por culpa nos erros médicos, contudo, os crimes contra a fé pública não admitem a modalidade culposa, o sujeito ativo sempre age com dolo, sua conduta livre e consciente é direcionada a cometer o ato ilícito. O Código Penal abrange os crimes contra a fé pública nos artigos 297, 298, 299 e 302, porém, somente o artigo 302 constitui crime próprio do médico, ou seja, somente o médico poderá ser o sujeito ativo do delito. Os crimes contra a fé pública tem uma particularidade importante, a fé pública de qual se fala, é bem jurídico tutelado pelo tipo, é a sentimento de veracidade em relação aos documentos públicos e privados, que são indispensáveis nas relações sociais cotidianas.

92 BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte. Del Rey. 1999, p. 19.

93 JESUS. Damásio de. Op. cit. p. 420.

Para Guilherme de Souza Nucci:

A fé pública trata-se da confiança estabelecida pela sociedade em certos símbolos ou signos, que, com o decurso do tempo, ganham determinada significação, muitas das vezes impostas pelo Estado. Esse é o papel, por exemplo, da moeda, que possui um valor econômico a ela atrelado. Os signos gozam de crédito público e são, também, meios de prova. Sem a fé pública não se poderia desenvolver a contento os negócios jurídicos em geral.⁹⁴

Em documentos particulares, escritos e assinados, ou apenas assinados, presumem-se verdadeiros em relação ao signatário até que se prove ao contrário. Portanto um documento reconhecido com fé pública emitido médico que não corresponda com a verdade enseja em crime de falsidade de atestado médico.

Atestado ou certificado é uma manifestação verbal ou escrita particular sobre um determinado fato ou estado que ocorre. O atestado médico é um dos documentos médico-legais mais emitidos na atividade médica. Está relacionado diretamente com as convicções do médico no regular exercício de suas funções, sobre a existência de um estado ou um fato médico e suas possíveis consequências. O atestado não se confunde com declaração. Esta, apenas relata um testemunho, não tem fé de ofício capaz de provar, reprovar ou comprovar como o atestado é sempre reconhecido como verdadeiro.⁹⁵

A Resolução CFM nº10 de 199015, que dispõe sobre o atestado médico:

Atestado é o instrumento utilizado para se afirmar a veracidade de certo fato ou a existência de certa obrigação. É o documento destinado a produzir, com idoneidade uma certa manifestação do pensamento. Assim o atestado passado por um médico presta-se a consignar o quanto resultou do exame por ele feito em seu paciente, sua sanidade, e as suas consequências. É um documento que traduz, portanto, o ato médico praticado pelo profissional que se reveste de todos os requisitos que lhe conferem validade, vale dizer, emana de profissional competente para a sua edição – médico habilitado – atesta a realidade da constatação por ele feita para as finalidades previstas em Lei, posto que o médico no exercício de sua profissão não deve abster-se de dizer a verdade sob pena de infringir dispositivos éticos, penais, etc. O atestado médico, portanto, não deve "a priori", ter sua validade recusada porquanto estarão sempre presentes no procedimento do médico que o forneceu a presunção de lisura e perícia técnica, exceto se for reconhecido favorecimento ou falsidade na sua elaboração, quando então, além da recusa, é acertado requisitar a instauração do competente inquérito policial e, também, a representação ao Conselho Regional de Medicina para instauração do indispensável procedimento administrativo disciplinar.⁹⁶

94 Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.1154.

95 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 144.

Para Genival Velosa França o atestado médico tem por finalidade:

[...] sintetizar, de forma objetiva e singela, o que resultou do exame feito em um paciente, sugerindo um estado de sanidade ou um estado mórbido, anterior ou atual, para fins de licença, dispensa ou justificativa de faltas ao serviço, entre outros. É, assim, um documento particular, elaborado sem compromisso prévio e independente de compromisso legal, fornecido por qualquer médico que esteja no exercício regular de sua profissão.⁹⁷

O autor ensina sobre a classificação de atestado médico, quanto a sua procedência ou finalidade, podendo ser:

Oficioso: quando o atestado tem a finalidade de atender o interesse de pessoa física ou jurídica privada, por exemplo, nas redes de ensino o atestado médico é usado justificar faltas, impossibilidade física para prática de certas atividades físicas, etc.

Administrativo: quando a finalidade é atender a exigência feita no serviço ou servidor público, geralmente solicitado pelo empregador para justificar, abonar faltas no serviço, ou mesmo, ajustar o empregado em alguma atividade profissional que satisfaça sua condição física no momento de incapacidade para o tipo de trabalho a ser executado.

Judiciário: quando o atestado é solicitado pela justiça, tem a finalidade de apurar informações relativas a processos em juízo.⁹⁸

Não há uma formalidade definida para redigir um atestado médico, porém Irany Novah de Moraes afirma:

Deve ser redigido em papel timbrado da instituição em que está trabalhando ou, no caso de clínica particular, com seu nome, endereço e número de registro no Conselho Regional de Medicina, no qual o profissional atesta, após indicara o nome do paciente e a finalidade para a qual é expedido, a condição de saúde ou de doença avaliada por exame clínico completo, bem como eventual capacidade ou restrição, com a responsabilidade que sua qualificação lhe confere, indicando a cidade, a data com assinatura sobre carimbo com seu nome, número de inscrição no CRM e no CPF.

A partir deste contexto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.658/2002, que normatiza a emissão de atestados médicos e dá outras providências, estabelecem em seu

96 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 10/1990, que dispõe sobre o atestado médico e outras disposições.

97 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. Cit. p 145.

98 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 146.

art. 3º, os procedimentos a serem observados pelo médico neste documento médico-legal, quais sejam:

- I- especificar o tempo concedido de dispensa à atividade, necessário para a recuperação do paciente;
- II- estabelecer o diagnóstico, quando expressamente autorizado pelo paciente;
- III- registrar os dados de maneira legível e;
- IV- identificar-se como emissor, mediante assinatura e carimbo ou número de registro no Conselho Regional de Medicina.⁹⁹

É notável a importância do atestado elaborado pelo médico. Esse documento contém informações tão relevantes que delimitam, definitivamente ou não, a capacidade física do paciente de exercer suas atividades físicas em face à enfermidade que possui e assim, obter vantagens e obrigações diferenciadas. É um documento de extrema relevância para a sociedade, embora seja elaborado sem compromisso prévio legal de quem o subscreve, é capaz de produzir efeitos jurídicos interessam à sociedade por gozar de presunção de veracidade em decorrência da fé pública.

Portanto, atestado médico possui em sua função, o interesse social. A utilidade e a segurança deste documento estão vinculadas à certeza de sua veracidade. Hermes Rodrigues de Alcântara (Deontologia e diceologia: normas éticas e legais para o exercício da medicina, São Paulo: Organização Andrei Editora, 1979) citado por Genival Veloso de França¹⁰⁰ classifica o atestado médico, quanto ao seu conteúdo ou veracidade, em: idôneo, gracioso, imprudente e falso.

O atestado médico idôneo expõe a dedução do médico sobre um determinado assunto ao declarar um ato no exercício da profissão, é elaborado de forma clara, breve e concisa. O atestado gracioso é o documento improcedente expedido pelo médico e nem sempre contempla a verdade a qual se espera de um documento que detém fé pública, o relato presente no documento objetiva agradar o paciente ou beneficiá-lo, com uma declaração que atenda a sua necessidade pessoal particular em troca de algum benefício, como estender a clientela, por exemplo. O atestado imprudente é o atestado fornecido em favor de terceiros sem a devida avaliação médica, tem como base apenas o crédito da palavra de quem o solicita. O médico o concede afirmando um estado do paciente, mas não solicita exame para obter diagnóstico determinado da enfermidade, grau de limitação, deficiência física ou mental que o paciente apresenta.

99 CFM. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627_2001.htm. Acesso em 20 out. 2017

100 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 146

Dentre as classificações dos atestados médico quanto ao seu conteúdo, ressalta-se o atestado médico falso, que em sua natureza constitui fator elementar para o crime previsto no art.302, CP. Quando se sabe do seu uso indevido e criminoso configura o caráter doloso da conduta. Para melhor compreensão há necessidade de diferenciar a falsidade ideológica da falsidade material.

Cezar Roberto Bitencourt, explica a diferença ao afirmar que “a falsidade material, com efeito, altera o aspecto formal do documento, construindo um novo ou alterando o verdadeiro; a falsidade ideológica, por sua vez, altera o conteúdo do documento, total ou parcialmente, mantendo inalterado seu aspecto formal”.¹⁰¹

Genival Veloso França ensina sobre a falsidade ideológica relativa ao atestado médico:

A falsidade do atestado médico está na sua falsidade ideológica. Está fraudado na sua substância, no seu conteúdo. A sua irregularidade, portanto, está no seu teor, na sua natureza intelectual, praticada por um agente especial que é o médico, quando subverte o exercício regular de um direito. Na sua essência material ele pode até ser correto, pois foi firmado por alguém habilitado a fazê-lo. A falsidade material diz respeito apenas à sua falsificação, quando, por exemplo, ele é expedido por alguém que não possui habilitação legal nem habilitação profissional, ou seja, por alguém que não é médico.

A falsidade pode ser na existência ou na inexistência de uma enfermidade, na falsa condição de higidez pretérita ou atual, num tipo de patologia, na causa mortis e no seu agente causador, ou em qualquer informação dessa ordem que não seja verdade.
102

O autor continua afirmando que: “Fica o médico, portanto, no dever de dizer a verdade sob pena de infringir dispositivos éticos e legais, seja ao artigo 73 do Código de Ética Médica, seja por delito de falsidade de atestado médico por infração ao artigo 302 de nossa legislação penal”.¹⁰³

O Código Penal Brasileiro prevê no artigo 302, o crime de falsidade de atestado médico. Que traz em a seguinte redação: “Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso. Pena - detenção, de um mês a um ano. Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

101BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. , p. 551.

102 Idem. p 147.

103 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 146.

Para Fernando Capez explica sobre o crime:

Consubstancia-se no verbo dar (fornecer) o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso. O atestado, portanto, deve necessariamente relacionar-se às atividades médicas. Deve a falsidade recair sobre fato juridicamente relevante. Se recair sobre circunstâncias secundárias ou acidentais, não haverá a configuração do crime em estudo.¹⁰⁴

Para Genival Veloso França,¹⁰⁵ “O crime da falsidade de atestado exige a condição de o agente ser médico, no exercício regular de suas funções. Uma afirmação de um fato estranho à sua profissão não pode constituir-se no delito de falsidade de atestado médico, mas outra infração”. O autor segue afirmando:

O que se pune nessa forma de crime é tão somente a não veracidade que o documento pretende provar. Se a falsidade, no entanto, incide sobre circunstâncias secundárias, não se configura o delito. Assim se o médico, ante uma enfermidade real, afirmar que seu paciente necessita de trinta dias para convalescer, quando, na verdade, apenas cinco ou dez dias são necessários, a antijuridicidade torna-se insustentável, pois o que o atestado deseja provar, antes de tudo, é a enfermidade do paciente. A falsidade, portanto, recai sempre sobre um fato que se quer provar, e não sobre uma convicção ou juízo de circunstâncias acidentais daquele.¹⁰⁶

É um crime próprio e consuma-se no momento em que o médico entrega o documento a outrem e a previsão de pena é de um mês a um ano de detenção. Trata-se de fraudar um documento jurídico que tem fé pública, por ser um documento que admite várias modalidades, as aplicações são diversas, pode ser usado para um simples abono de falta no trabalho ou até mesmo ser usado para ocultar ou possibilitar a prática de outro crime. A norma penal exige a condição do sujeito ativo de ser médico para configurar o crime em tela, por ser um crime próprio. Contudo, o médico ao afirmar em atestado um fato não correspondente à constatação patológica e seus reflexos ou versar falsamente sobre circunstâncias secundárias, estranhas à constatação da enfermidade, o crime de falsidade de atestado médico não estará configurado. O crime consumasse com a entrega do documento falsificado a outrem. Embora, seja de difícil comprovação a tentativa é perfeitamente admissível.

104 Capez, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez, Stela Prado. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.p.762

105 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 148.

106 Idem.

Sobre o assunto Fernando Capez assevera:¹⁰⁷

O sujeito passivo principal é o Estado, podendo ser subsidiariamente, um terceiro prejudicado pela conduta criminosa. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, pois o crime de falsidade não tem previsão na modalidade culposa, a ofensa se dá a fé pública, um bem juridicamente protegido.

Quanto à forma, o crime é simples quando a falsificação não tem o objetivo de vantagem econômica, quando o crime é cometido com o propósito de obter vantagem econômica, assume a sua forma qualificada prevista no parágrafo único do referido artigo. Genival Veloso França explica:

Se esse atestado falso é dado com a finalidade lucrativa, acrescenta-se à pena uma multa. Sente-se que em tal situação foi a lei demasiadamente benigna, pois é bem claro que existe uma diferença assaz distinta entre o profissional que, sem nenhum interesse, fornece um atestado sem maiores consequências e aquele que se serve de seu nobre mister para vender atestados.¹⁰⁸

Se o médico é funcionário público e em razão do seu ofício a conduta prevista na redação do art.302 na forma qualificada, poderá responder por corrupção passiva prevista no art.317 do Código Penal. Por exemplo, se um médico funcionário do SUS, solicita dinheiro de um determinado paciente para fornecer atestado médico.

Entende-se também, se o médico é funcionário público, e o fornecimento de atestado falso, se dá com o fim de habilitar alguém a obter vantagem de natureza pública, responderá somente pelo crime previsto no art. 301 do CP. Pois, este artigo aborda o tema sobre o crime de falsidade de atestado médico em seu conteúdo, como pode ser observado no conteúdo da redação do artigo:

Art. 301, § 1º - Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que

107 Capez, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez, Stela Prado. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.p.763

108 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p 148

habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem.

Genival Veloso França explica: “o médico, ao conceder conscientemente um atestado de óbito falso, alterando assim a verdade no Registro Público, comete crime de falsidade ideológica em documento público e não falsidade de atestado médico, inclusive com pena muito mais grave”.¹⁰⁹

O médico que comete crime previsto no artigo 302 CP, concomitantemente poderá ser também responsabilizado administrativamente pelo Conselho de Ética Médica.

3.2.2.3 *Omissão de notificação de doença*

O art. 269, CP, contempla esta conduta omissiva quanto o médico deixar de comunicar às autoridades sanitárias as doenças listadas na relação de notificação compulsória. A obrigação se dá por motivo de prevenção a proliferação de doenças infectocontagiosas. O objetivo é preservar a saúde pública, aplicando os protocolos inerentes à doença para evitar o contágio de outros indivíduos. O sujeito passivo é a coletividade. A pena para este crime é de seis meses a dois anos de detenção, e multa.¹¹⁰

Fernando Capez explica:

Trata-se de um crime omissivo próprio, a conduta típica do médico consiste em deixar de denunciar, isto é, não comunicar, à autoridade pública competente, geralmente a autoridade sanitária, doença cuja notificação é compulsória, como cólera, febre amarela, varíola, difteria, entre outras.¹¹¹

3.2.2.4 *Homicídio culposo*

¹⁰⁹ França, Genival Veloso de. Op. cit. p. 158.

¹¹⁰ SEBASTIÃO. Jurandir. Op. cit. p. 88.

¹¹¹ CAPEZ, Fernando, Stela Prado. **Código Penal comentado**. 3ed. São Paulo: Saraiva. 2012.p. 699.

Art.121- Matar alguém.

O tipo culposo é previsto no 3º parágrafo, a conduta voluntária e indevida se consuma com a morte da vítima, a pena de reclusão, de seis meses a 20 anos. O médico, por lidar profissionalmente com a vida humana, estar mais propenso a causar a morte ou lesão de outrem por consequência do erro na conduta a qual foi responsável.

Os crimes culposos mais frequentes em ações nos tribunais são os de homicídio culposo e lesão corporal culposa. Irany Novah Moraes ensina sobre a conduta do médico que contribuem para a causa destes crimes:

(...) o que ele fez e não deveria ter feito, o que ele não fez e deveria ter feito, o que ele não disse e deveria ter dito, e ainda, o que disse e não deveria ter dito. Acrescenta-se a isso tudo a oportunidade do momento certo de fazer, de espera, de falar ou de silenciar. (...) não se apele para condições de trabalho, a quantidade maior de doentes a serem atendidos ou qualquer outro dos fatores já referidos. Nem sequer atribua-se a culpa a escola que não preparou o médico, está o homem que se encontra dentro do médico e que, seja qual for o seu conhecimento técnico, deve ter sentimento de respeito humano. Nesse ponto, a responsabilidade do médico deve ser igual a de qualquer um, acrescida do fato de que ele deve saber de antemão, antemão a importância do tempo na tomada de certas decisões, bem como o grau de sofrimento do paciente e ainda sequelas do retardo do socorro.¹¹²

O §4º do artigo 121, apresenta em seu texto, o crime de homicídio culposo na forma qualificada, situação na qual o infrator terá sua pena é aumentada de um terço, nos seguintes termos: “se o crime resulta de inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante”. A possibilidade do erro médico enquadra-se na norma supracitada pode facilmente ser observada na decisão do Tribunal de justiça de Santa Catarina, no qual cita o referido artigo:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. ART. 121, §§ 3º E 4º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MÉDICO GINECOLOGISTA DO POSTO DE SAÚDE MUNICIPAL QUE, MESMO CIENTE DA GESTAÇÃO DE RISCO, PORQUE A PACIENTE ERA CARDIOPATA, HIPERTENSA E COM HISTÓRICO DE DIABETES, TUDO ISSO ALIADO AO AVANÇAR DA IDADE (40 ANOS), A ACOMPANHA NO PRÉ-NATAL DESPREZANDO TÉCNICAS PRIMÁRIAS DE SUA PROFISSÃO E INOBSERVANDO CUIDADOS INDISPENSÁVEIS DIANTE DOS SINTOMAS APRESENTADOS PELA

112 MORAES, Irany Novah. Op. cit. p.175

VÍTIMA. NÃO SOLICITAÇÃO DE EXAMES IMPORTANTES NO ÚLTIMO TRIMESTRE DA GRAVIDEZ, NEM INDICAÇÃO DE CESARIANA PRECOCE OU ENCAMINHAMENTO A HOSPITAL ESPECIALIZADO. MORTE MATERNO-FETAL DA VÍTIMA EM DECORRÊNCIA DE EMBOLIA PULMONAR, ECLÂMPSIA MATERNA E DESLOCAMENTO PREMATURO DE PLACENTA. CONDUTA NEGLIGENTE EVIDENCIADA ESTREME DE DÚVIDAS. COMPROVAÇÃO, ADEMAIS, DO NEXO CAUSAL ENTRE O ÓBITO DA PACIENTE E A CONDUTA DO PROFISSIONAL. RECONHECIMENTO DA CULPA LEVÍSSIMA. IMPOSSIBILIDADE. FATO MORTE QUE ERA PREVISÍVEL E PODERIA TER SIDO EVITADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹¹³

3.2.2.5 Lesão Corporal

Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

A pena para o crime é de detenção de três meses a um ano, consequência da conduta que modifique a anatomia corporal do corpo humano. O tipo prevê as modalidades dolosas e culposas. A dolosa se divide em leve, grave e gravíssima. A modalidade culposa está prevista no §§ 6.º e 7.º, neste último, se apresenta também na forma qualificada, em uma forma semelhante a que se apresenta no texto do art.121, §4º. O código penal não faz distinção no tipo culposo quanto o grau da lesão. Nesse sentido Fernando Capez esclarece sobre o tema:

Ao contrário das lesões corporais dolosas, o Código Penal não faz distinção quanto à gravidade das lesões, ou seja, se leves, graves ou gravíssimas. Assim, aquele que culposamente provoca um pequeno machucado no braço da vítima, deverá sujeitar-se às mesmas penas de quem deu causa à amputação do braço. A gravidade das lesões deverá ser levada em conta no momento da fixação da pena base pelo juiz, pois dizem respeito às consequências do crime.¹¹⁴

A atividade médica, no que tange principalmente em procedimentos invasivos como cirurgias envolvem a lesão corporal como uma prática rotineira ou a necessidade de alcançar a

113 <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20201090/apelacao-criminal-acr-469597-sc-2010046959-7>. Primeira câmara criminal. Rel. Marli Mosimann Vargas. Julgado em 9 de agosto de 2011. Acesso em: 31 de mai. 2017.

114 CAPEZ, Fernando. Op. cit. p 135.

cura, faz o paciente autorizar a ocorrência ou o perigo de uma lesão com o objetivo de lhe salvar a vida, é o caso de procedimentos realizados em doenças iatrogênicas. Em situações deste tipo não há de se falar em configuração de crime. Ressalta-se a importância do consentimento do paciente, já visto no início deste trabalho, adquirido com uma boa relação médico-paciente exclui a ilicitude do exercício regular do direito. A ausência de consentimento é cabível e muito frequente em atendimentos em que a vítima encontra-se desacordada, a ilicitude estaria excluída por caracterizar-se estado de saúde em favor de terceiro (art. 146, parágrafo terceiro, I, CP).¹¹⁵

3.2.2.6 *Omissão de socorro*

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

É a assistência imposta pelo tipo penal frequente na medicina, qualquer pessoa pode praticar este crime, prestar socorro a quem necessita é um dever moral de todos, mas também quando for possível realiza-la com a ressalva de não colocar em risco de perigo a própria vida e sem violar interesses maiores. O Código Penal transforma o dever moral em um dever legal no texto do referido artigo e prevê pena de detenção, de um a seis meses, ou multa.¹¹⁶

Sobre o tema, Fernando Capez explica:

O Código penal prevê uma espécie de crime de perigo em seu artigo 135, o crime de omissão de socorro. Cuida o dispositivo de um dever a todos imposto de prestar mútua assistência. Antes de constituir um dever jurídico, constitui, sobretudo, um dever ético de solidariedade. Quem se omite em prestar assistência àqueles que correm perigo, quando lhe seja possível fazê-lo, responde pelo crime em tela.¹¹⁷

Nota-se que o código não faz menção a risco pessoal de terceiro, ou seja, se a omissão colocar em risco a vida de terceiro a conduta ainda será típica, mas não ilícita por caracterizar estado de necessidade de terceiro previsto no art. 24, CP.

Para o direito penal, a forma de omissão que mais importa é deixar de prestar assistência àquele que tem o dever legal de assistir. No campo da saúde, o Código de ética médica regula a matéria no artigo 56, observa-se que o médico costumeiramente estará sujeito

115 CAPEZ, Fernando. Op. cit. p 134 e 135.

116 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p.247.

117 CAPEZ, Fernando. Op.cit. p 205 a 237.

a praticar este crime por lidar com a gestão de atendimentos em clínica médicas, ambulatórias e hospitais. O texto do referido artigo dispõe: “Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.¹¹⁸

Jurandir Sebastião discorre sobre o tema: “Em relação ao delito de omissão de socorro, quando praticado por médico, mais que dever legal de socorrer o ferido, na Medicina é conduta institucional”.¹¹⁹

O autor segue afirmando:

Nesse quadro, em processo judicial criminal preenchido os requisitos da materialidade, da autoria e da imputabilidade, e havendo alegação de impossibilidade de assistência à vítima, mas sem prova desse fato e, ao contrário disso, existindo nos autos elementos razoáveis de prova da omissão, a punição se imporá, com elevada dosagem da pena, pela conjugação do art. 59 com a agravante da letra g do art. 61, tudo do Código Penal ainda na página 227.

Por fim, Rogério Greco¹²⁰ esclarece que “violação de dever inerente à profissão é a infração a norma estrutural ou essencialmente informativa do exercício da atividade em si mesma”.

3.2.2.6 *Exercício ilegal da medicina*

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites.

A pena prevista para este crime é detenção, de seis meses a dois anos. Geralmente quem enseja neste crime objetiva o lucro, e o parágrafo único acrescenta multa a pena quando o crime é praticado com fins lucrativos.

Genival Veloso de França esclarece:

Por exercer entende-se praticar, exercitar, levar a efeito, dedicar-se, desempenhar. Esse ato, é claro, há de ser contínuo, tendo como princípio a mesma sistemática da profissão, que no caso em foco é a medicina. Essa habitualidade não está condicionada apenas à pluralidade de pacientes, mas, da mesma forma, aos sucessivos atos de tratamento em uma só pessoa. Não se pode considerar infração

¹¹⁸ SEBASTIÃO, Jurandir. Op. cit. p.225

¹¹⁹ Ibidem, p. 227.

¹²⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9ª ed., ver, ampl. e atual. Até 1º de janeiro de 2015. Niterói, RJ. Impetus, 2015, p. 203.

delituosa quando a prática está justificada pelo estado de necessidade. Sendo assim, se um indivíduo, com certa vivência em serviços médico-hospitalares, tentasse salvar um paciente em iminente perigo de vida, usando de meios médicos, não poderia tal situação ter a característica de crime.¹²¹

Irany Novah Moraes¹²² explica sobre o médico no exercício ilegal na medicina, afirmando que “não é só o leigo que pode exercer ilegalmente a Medicina, podendo também o médico incorrer em tal condição, bastando, para tanto, não ter completada a regularização de sua documentação, como no caso daquele que, embora tenha o diploma de médico, esteja exercendo a profissão sem registrar-se no Conselho Regional de Medicina”.

Observa-se que o crime não prevê o tipo culposo e se consome independente da realização do resultado causar dano, ou seja, o crime se constitui em uma sucessão de atos, os quais não poderiam ser executados por alguém não credenciado para tal. Mesmo que o paciente não sofra dano algum ou até mesmo obtenha êxito no tratamento, o crime estará configurado.

É comum ocorrer o concurso material entre o exercício ilegal da profissão e outros crimes. Para Damásio de Jesus o concurso material “ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (art.69)”.¹²³ Há título ilustrativo, segue o entendimento do Tribunal de Justiça da Paraná:

EMENTA: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido Excelentíssimo Senhor Desembargador MIGUEL KFOURI NETO, com declaração de voto. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. RÉU QUE RECEBIA VALORES MENSIS PARA REALIZAR INTERNAMENTO E TRATAMENTO MÉDICO DE DEPENDENTES QUÍMICOS. VANTAGEM ECONÔMICA INDEVIDA. FRAUDE. CONFIGURAÇÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. (ART.47, LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAS). EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA. CÁRCERE PRIVADO. INTERNOS ACORRENTADOS. CONDENAÇÕES MANTIDAS. RECURSO DESPROVIDO.¹²⁴

121 FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 76.

122 MORAES, Irany Novah. Op. cit. p 161.

123 JESUS. Damásio de. Op. cit. p. 230.

124 <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/82304933/cristiane-cortes-de-jesus>. TJPR - 1ª C. Criminal - AC - 1215874-8. Foro Regional de Campo Largo da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Rel.: Naor R. de Macedo Neto, por maioria. Julgado em 9 de outubro de 2014.

Por fim, ao observar as jurisprudências sobre o tema, em sua maioria, o crime em tela apresenta-se em concurso com outros crimes.

3.2.3 *Dificuldade probatória do erro médico como fator de impunidade.*

Muitas são as razões que justificam um olhar mais investigativo no estudo da responsabilidade penal do médico. Dentre as quais, a existência de diversas decisões dos tribunais que o mérito não foi julgado e a responsabilização do acusado suprimida por falta de elementos que comprovem a existência do erro médico. A prova é um instrumento essencial formar a convicção do juiz a respeito da existência dos fatos alegados pelas partes no processo, sem esta convicção o juiz fica impossibilitado de julgar de forma justa e coerente.

O juiz pode valer-se de todo tipo de prova possível presente no processo, segundo Miguel Kfoury Neto as provas mais utilizadas são; o depoimento pessoal do médico, a inquirição de testemunhas, prova documental, informes em geral, inspeção judicial, presunções e prova pericial. Entre os documentos probatórios, o de mais importância é o prontuário médico para fins de investigação. O prontuário médico completo contém registros dos atendimentos prestados ao paciente, assim como todo tipo de informação sobre a saúde do paciente desde a primeira consulta até o óbito, se for o caso. É um documento de extrema importância para o paciente, o médico e a justiça, em caso de investigação e análises judiciais.

125

Não obstante, a complexidade da ciência médica contribui para a falta de conhecimento das diferentes qualificações médicas pelos profissionais do direito. Cabe ressaltar, diante da dificuldade de entendimento ou interpretação técnica do julgador, salvo em casos de erro crasso, o mesmo poderá solicitar o assessoramento por um perito que analisará o caso em questão e emitir um laudo com o relato das circunstâncias em que aconteceu o fato, observadas sobre o ponto de vista técnico.

Nesse sentido, vale observar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do crime de homicídio culposo:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA MÉDICA. OFENSA AO ART. 158 DO CPP.

OCORRÊNCIA. EXAME PERICIAL. DELITO NÃO TRANSEUNTE. IMPRESCINDIBILIDADE. PLEITO FORMULADO OPORTUNAMENTE. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ERRO MÉDICO. COMPLEXIDADE QUE RECOMENDA EXAME PERICIAL. NEXO DE CAUSALIDADE. QUESTÕES TÉCNICAS DE MEDICINA LEGAL. NECESSIDADE DE PERÍCIA. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 564, III, B, DO CPP. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. "À luz do sistema de direito positivo vigente, nas infrações penais intranseuntes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea 'b')". (HC 22.899/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 23/06/2003) 2. Como a necessidade do exame técnico decorre de expressa previsão em lei, o indeferimento do pleito defensivo pelo juiz de primeira instância configura manifesto cerceamento de defesa. 3. As peculiaridades do caso concreto - imputação de homicídio culposo perpetrado por suposto erro médico - recomendam, em razão de sua complexidade, a realização de exame técnico pericial, a fim de se verificar a presença de algum dos elementos da culpa, imprudência, negligência ou imperícia, na conduta do profissional de medicina sobre o qual recai a acusação. 4. Em termos de imputação sobre suposto erro médico, a realização de exame pericial mostra-se especialmente necessária à aferição do nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o resultado lesivo ocorrido, já que a conclusão a ser alcançada perpassa necessariamente por questões técnicas, afetas exclusivamente ao ramo da medicina legal, que reclamam por respostas a serem dadas por experts no assunto. 5. Recurso especial provido.¹²⁶

As limitações por falta de conhecimento técnico constituem um obstáculo ao julgador do mérito, mas ao proferir uma decisão judicial que teve como base um parecer técnico de um médico (perito), pode gerar desconfiança devido ao corporativismo da classe, em muitos casos, o juiz solicita o laudo médico para esclarecer as possíveis dúvidas e embasar sua decisão de um ponto de vista técnico mais abrangente e percebe a presença de vícios ou informações incompletas na documentação ou omissão do que realmente se deseja saber. Comprovado a omissão dolosa nesses casos o código penal prevê o crime de falsa testemunha ou falsa perícia no seguinte artigo:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. 2º O fato deixa de ser punível se, antes da

¹²⁶ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450146214/recurso-especial-resp-1621950-sp-2015-0323883-2>. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14 de fevereiro de 2017, Dje 22/02/2017. Acesso em 29/05/2017.

sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Observe que o perito também pratica crime ao agir em prol de esconder a verdade, exaurindo a confiança depositada pelo juiz, assim como expõe o próprio caráter e a carreira ao praticar o crime na tentativa de esconder outro crime. Este corporativismo ilegal mancha a imagem do profissional médico.

Diante das circunstâncias apresentadas, é possível que a emissão de laudos médicos por peritos que contenham vícios que favorecem a impunidade provocada por um sentimento corporativista com o da classe. Este tipo de comportamento faz com que as informações cedidas ao julgador, construam uma insegurança ao analisar um laudo duvidoso. É fundamental que o médico reconquiste seu prestígio na sociedade, para isso, não se prestará a acobertar aqueles médicos que praticam crimes de erro médico por não observar o dever de cuidado.¹²⁷

Neste contexto vejamos alguns julgados a seguir:

Ementa: Homicídio culposo com causa de aumento da inobservância da regra técnica de profissão Erro médico Absolvição por falta de provas decretada na sentença Recurso da acusação que busca a condenação nos termos da denúncia Provas documentais e testemunhais que não conduzem a um juízo de certeza acerca do crime imputado ao apelado Aplicação do consagrado princípio in dubio pro reo Recurso não provido Sentença absolutória, com fulcro no art. 386, VII do CPP, mantida.¹²⁸

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - ABSOLVIÇÃO - ERRO MÉDICO - IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA NÃO COMPROVADAS - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO MÉDICO E O ÓBITO DA VÍTIMA - INVIÁVEL A CONDENAÇÃO. Não havendo nexo causal, não há que se cogitar de responsabilidade penal. Diante dos depoimentos colhidos, in casu, na instrução processual, constato que as provas testemunhais não comprovam a existência de negligência ou imperícia capaz de caracterizar a culpa do réu. Apesar de o quadro da vítima se encontrar estável no momento em que foi avaliada pelo Apelado, este ainda recomendou que no dia seguinte a paciente procurasse o ambulatório de Neuro para realizar mapeamento do cérebro. A paciente não realizou o procedimento recomendado. Sendo assim, verifico que inexistiu qualquer negligência ou imperícia médica. Na dúvida é melhor o “non liquet”, ainda que com isto se esteja brindando o réu com imerecida absolvição, não que exista a certeza de inocência do Apelado,

127 MORAES, Irany Novah. Op. cit. p.458.

128 <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115730035>. Apl. 7676420088260129-SP-0000767-6420088260129. Relator: Ivo de Almeida. Segunda câmara de direito criminal. Julgamento em 25/04/2013. Acesso em: 01 mai. 2017

mas pela aplicação do consagrado princípio “in dúbio pro reo”. Decisão mantida. Recurso improvido. Unânime.¹²⁹

CONCLUSÃO

O trabalho de pesquisa desenvolvido permite concluir que atividade médica é de extrema importância para o bem estar da vida humana, o médico deve executar as técnicas profissionais no limiar da perfeição, a falha no ato médico poderá trazer consequências desastrosas para o paciente e, por consequência, o sofrimento dos familiares.

O médico, como todo ser humano não é um ser perfeito, livre de erros. Porém, a atividade médica exige um alto grau de responsabilidade do profissional, independente da área de atuação na medicina, a obrigação do médico em aprender e estar sempre atualizado é um fator determinante para poder exercer a profissão com segurança. Este conhecimento lhe dar a capacidade necessária para identificar os próprios limites intelectuais, determinantes para conduzir o tratamento.

É importante ressaltar que a baixa qualidade na prestação de serviço médico, também estar relacionada à massificação da formação de médicos que traz um risco para a sociedade. Por isso torna-se necessário um mecanismo de avaliação que tenha como objetivo um padrão na formação dos médicos, tais como exame de qualificação e especialização

¹²⁹ <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342469774>. Apl. 00210572220068140401. Relator: Leonam Gondim da cruz Junior. Terceira câmara criminal isolada. Julgamento em 03/09/2015. Acesso em: 01 mai.2017

permanente. Saber como atuar, iniciar, continuar e terminar constitui momentos cruciais de decisão, fundamentais para diminuir a ocorrência dos crimes médicos.

Diante crime, a responsabilidade penal do médico surge quando pratica um crime que exige a condição de médico para existir. Porém não é o único requisito, como pode ser observado nas definições de erro médico mostradas no trabalho, somente as condutas condenáveis praticadas pelo profissional no exercício legal da atividade médica caracterizam o crime próprio. Portanto, as condutas dolosas e culposas previstas no artigo 18 são criminosas, somente se houver perfeita adequação das mesmas condutas praticadas por médico ao tipo penal correspondente. Observamos que o médico responsabilizado criminalmente poderá, concomitantemente, ser passivo de responsabilização civil e administrativa, motivadas pelo mesmo delito.

Nota-se, a definição de erro médico fornecidas por diversos autores citados, o enquadrar no crime culposo previsto no art.18, II, do Código Penal. Com visto, o médico responsável pelo erro poderá ser incriminado por negligência, imperícia ou imprudência, porém comprovar a existência do erro não é uma tarefa fácil. Motivo pelo qual a sociedade se frustra ao provocar um aumento significativo das demandas judiciais que objetivam a punição dos médicos responsáveis pelo dano sofrido e observar-se com facilidade nas jurisprudências, o insucesso da ação penal motivado pela dificuldade em estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o resultado indesejado.

Demonstrou-se que a grande dificuldade na obtenção de provas para instruir a ação penal é um fator determinante para o seu arquivamento e quando esta dificuldade atinge a parte prejudica, a jurisprudência tem invertido o ônus da prova como forma de resolver este problema, assim caberá ao médico à apresentação dos documentos probatórios.

Observamos que corporativismo da classe também constitui um meio duvidoso na obtenção de provas, assim como, a obtenção de documentos técnicos elaborados corretamente pelos médicos peritos que auxiliam o juiz. Por estas e outras questões apresentadas neste trabalho, o julgador deve cercar-se de cuidado ao analisar as provas, principalmente se a prova pericial constituir o único meio probatório possível de fundar sua decisão.

Portanto, o sofrimento causado por morte de um ente querido é muito grande para os familiares, o médico deve ter total consciência disto e observar dever de cuidado com paciente. Ninguém melhor que o médico para saber se realmente tem condições de agir com segurança e total diligência com intuito minimizar os riscos do tratamento adotado para

paciente. Os crimes praticados por médicos não podem se banalizados e aceitos diante das dificuldades enfrentadas no cotidiano profissional ou irresponsabilidade pessoal, o médico adquiriu conhecimentos necessários para lidar com um bem jurídico de tanta relevância, a vida, não pode ficar impune ao causar dano ao paciente ou cometer crimes dolosos em benefícios próprios em função da profissão que exerce.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. Ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, Erro médico e Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11. ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Direito Penal Médico**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal** – Parte Geral. V.1. 28 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. V. 1. São Paulo: Atlas, 1996.

- NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**: parte especial. V.2. São Paulo: Saraiva. 1990.
- MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MENEZES, Bruno Seligman. **O médico, o corpo clínico e o sus** - Uma análise do delito de conclusão frente ao artigo 327 do código penal. 1. ed. Sorocaba-SP; Minelli, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro**: parte geral. V1. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Vol 1, ed. 2016.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. V1. São Paulo: Atlas, 2004.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MUÑOS CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris. 1988.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Saraiva. 1995.
- . NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2003.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 15a ed. São Paulo: Saraiva. 1991.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. V2. 7ed. ver atual. São Paulo: Saraiva. 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan. 2002.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Direito Penal**: parte geral, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2005.
- SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**: comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CARVALHAIS, Cid Célio Jayme e PETRONI, Paulo Miguel de campos. **Medicina e direito**: notas introdutórias, São Paulo, sociedade brasileira de Neurocirurgia/Sindicato dos médicos, 1988.

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

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte. Del Rey. 1999.

CAPEZ, Fernando, Stela Prado. **Código Penal comentado**. 3ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

CÓDIGO HAMURABI. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016

GOMES, Júlio César Meirelles e FRANÇA, Genival Veloso. **Erro Médico**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm. Acesso em: 20 jun. 2016

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627_2001.htm. Acesso em 01 jun. 2016

CCÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Artigos. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 16 out. 2016

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em:

<http://www.cremesp.org.br/?>

siteacao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=11. Acesso em: 20 de jun. 2016

CASTRO, Laércio. **Erro médico o que é?** (22/06/2010). Disponível

em: <http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=184>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SCHEREIBER, Simone. **Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico**.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7271/reflexoes-acerca-da-responsabilidade-penal-do-medico/2> Acesso em: 24 de jun. 2016.

COELHO. Eduardo de Souza. **Erro Médico e Erro Pericial**. Disponível em:

<http://www.erromedico.org/erro_pericial.htm> Acesso em: 04 mar. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Câmara Criminal. APL 12158748 PR 1215874-8 (Acórdão). Rel.: Naor R. de Macedo Neto. Julgado em 09/10/2014. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/148894765/apelacao>. Acesso em 31/05/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1621950-SP-2015-0323883-2. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 14/02/2017, Dje 22/02/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450146214/recurso-especial>. Acesso em 29/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Primeira câmara criminal. Apl. 469597-SC-2010046959-7 Rel. Ministra Marli Mosimann Vargas. Julgado em 09 /08/2011. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20201090/apelacao-criminal-acr-469597-sc-2010046959-7>. Acesso em 31/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara Criminal. Apl. 7676420088260129-SP-0000767-6420088260129. Relator: Ministro Ivo de Almeida. Segunda câmara de direito criminal. Julgamento em 25/04/2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115730035>. Acesso em: 01/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Terceira câmara criminal isolada. Apl. 00210572220068140401. Relator: Ministro Leonam Gondim da cruz Junior. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342469774>. Julgamento em 03/09/2015. Acesso em 01/05/2017.