



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCIANA DE CÁSSIA MACÊDO SERRA**

**RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO**

Salvador  
2013

**LUCIANA DE CÁSSIA MACÊDO SERRA**

**RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Thaís Bandeira

Salvador

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA DE CÁSSIA MACÊDO SERRA

### RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

Mais uma vez, dedico este trabalho ao meu irmão, “Cacau”, que apesar de não estar mais presente nesta vida, sempre esteve ao meu lado, dando-me força e segurança necessárias para que eu prosseguisse na minha caminhada, deixando esta vida tentando realizar este sonho. Muitas saudades.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente devo agradecer ao meu pai, por “sempre” ter me aconselhado a seguir este caminho e por me dar tudo que tenho até hoje; sem ele, nada disso seria possível.

À minha querida mãe, protetora, compreensiva, amada e que dedicou a sua vida a mim, para que eu pudesse me tornar a mulher que sou hoje.

Aos meus filhos, Deco e Léo, pelos momentos de ausência para que eu pudesse me dedicar a este estudo e por compartilhar das alegrias e tristezas nessa difícil e valiosa caminhada em ser mãe.

Ao meu amado companheiro, Annibal, pela compreensão incondicional aos meus objetivos e por acreditar na minha força e capacidade.

A Fábio, pessoa que a vida designou para ser meu irmão, estando ao meu lado quando mais preciso.

À minha prima Larissa e à tia Eliane, por cada dia se tornar um dia a menos para a vitória.

Aos meus tios e tias, primos e primas, por sempre confiarem na minha força e dedicação.

À Bella e Bradock, por não me deixar esquecer que ainda sou Veterinária e que sempre amei essa profissão.

Aos meus amigos da Faculdade Baiana de Direito, por compartilharem meus anseios e rirem das minhas peraltices, principalmente à Camila Sá, por me aguentar durante todos esses anos.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, por compreender as incansáveis caças aos livros e por serem extremamente prestativos e atenciosos.

À minha orientadora, Thaís Bandeira, por confiar na minha capacidade e me apoiar na construção desse trabalho.

A todos àqueles que de alguma forma contribuíram para que essa monografia se desenvolvesse.

Perdi 17 anos da minha vida, mas, às vezes, para a gente ganhar, é preciso perder aquilo  
que nos impede de subir.

Luciana Serra.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de analisar a discussão acerca da responsabilidade penal por erro médico, demonstrando que essa responsabilidade depende da prova de culpa *lato sensu*, trazendo a discussão sobre a possibilidade de existência de erros dolosos, na modalidade dolo eventual, cometidos no exercício da atividade profissional. A história da Medicina advém do sentimento de solidariedade do homem junto ao seu semelhante, sendo uma atividade essencial para a manutenção da vida e saúde do homem e que deve ser exercida com prudência, zelo, cuidado e diligência, a fim de que bens jurídicos relevantes e protegidos pelo Direito Penal, como a vida e a integridade física, não sejam lesionados. Na medida em que a atividade médica se desenvolve, surge também um aumento do número de demandas judiciais que envolvem médicos que cometem erros no exercício da profissão. Diante disso, este trabalho se propõe a analisar os diversos tipos de responsabilidade que pode ser atribuída ao médico quando não atua conforme os deveres profissionais e legais exigidos, abordando, principalmente a responsabilidade penal e seus pressupostos. Como a finalidade do Direito penal é proteger bens jurídico-penais de maior relevância social e os direitos fundamentais que dele emanam, faz-se necessária imputar sanções aos profissionais que causam lesões e a morte de seus pacientes. Sabe-se que a responsabilidade civil traz o dever de reparar o dano através de indenizações, entretanto, na responsabilidade penal existe um interesse público em questão, nascendo o dever do Estado em punir o agente que comete um fato tipificado em lei penal, a fim de assegurar a ordem social. A grande discussão gira em torno da possibilidade de existência do dolo eventual nas condutas médicas que causam danos ao paciente. A conduta culposa é a mais defendida entre os doutrinadores, não admitindo que esses profissionais possam conduzir-se dolosamente na prática médica. Entretanto, outros demonstram a possibilidade da ocorrência do dolo eventual, apesar de admitirem ser uma questão de extrema delicadeza e dificuldade, pois o limiar da prova está no subconsciente do indivíduo. Nesse contexto, de nada adiantaria essa diferenciação e discussão entre a culpa consciente e o dolo eventual, se não fosse para aplicação de penas quantitativa e qualitativamente mais aflitivas, como as penas para os crimes dolosos.

**Palavras-chave:** responsabilidade penal; erro médico; dolo eventual; culpa consciente.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil Brasileiro
CEM	Código de Ética Médica
CF/88	Constituição Federal Brasileira
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Código Penal Brasileiro
CRM	Conselho Regional de Medicina
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 A MEDICINA, O PROFISSIONAL MÉDICO E O PACIENTE</b>	14
2.1 RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE: BREVE HISTÓRICO E A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE MÉDICA	14
2.2 ATO MÉDICO E ÉTICA MÉDICA	19
2.3 BIODIREITO: RELAÇÃO ENTRE A BIOÉTICA E O DIREITO	23
<b>3 RESPONSABILIDADE PESSOAL E O ERRO MÉDICO</b>	30
3.1 CONCEITO DE ERRO MÉDICO	31
<b>3.1.1 Erro Médico x Acidente Imprevisível</b>	35
<b>3.1.2 Erro Médico x Resultado Incontrolável</b>	36
<b>3.1.3 Erro Médico x Omissão de Socorro</b>	37
3.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA	38
3.3 RESPONSABILIDADE ÉTICO-PROFISSIONAL	41
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL	43
<b>3.4.1 Responsabilidade objetiva x Responsabilidade subjetiva</b>	44
<b>3.4.2 Obrigação de meio x Obrigação de resultado</b>	47
3.5 RESPONSABILIDADE PENAL	49
<b>4 O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO</b>	51
4.1 FINALIDADE DO DIREITO PENAL	51
4.2 BEM JURÍDICO-PENAL	53
4.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO	55
4.4 ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA PUNÍVEL (DOLO E CULPA)	59
<b>4.4.1 Responsabilidade Penal por Erro Culposo</b>	61
4.4.1.1 Imperícia	64
4.4.1.2 Imprudência	66
4.4.1.3 Negligência	67
<b>4.4.2 Responsabilidade Penal por Erro Doloso</b>	69
4.5 A DISCUSSÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE	72
<b>5 CONCLUSÃO</b>	80



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado de “Responsabilidade Penal por Erro Médico,” tem o objetivo de investigar o instituto da responsabilidade penal em decorrência dos erros na atividade médica, trazendo informações sobre a evolução da Medicina, da relação médico-paciente e breve visão panorâmica da responsabilidade civil e administrativa deste profissional, indicando, por outro lado, o conceito de erro médico para o Código de Ética Médica e suas distinções com outros institutos, para, em seguida, abordar os pressupostos da responsabilidade penal e a discussão acerca dos erros médicos por culpa ou dolo.

A escolha do tema foi impulsionada pelas grandes polêmicas trazidas pela mídia e pelo crescente número de demandas judiciais, envolvendo a atividade médica e o erro médico. No entanto, insta esclarecer que este trabalho monográfico não visa esgotar todo o tema em questão e, tampouco, abordá-lo em sua completude. Trata-se apenas de uma investigação de cunho acadêmico, que tem por finalidade demonstrar aspectos legais e doutrinários do erro médico e sua responsabilidade penal, discutindo, principalmente, a questão da existência de erros médicos culposos, assim como dolosos.

O trabalho foi estruturado em três capítulos, além desta introdução e da conclusão, tendo por início uma breve passagem a respeito da história da Medicina, já que se coaduna com a própria história da humanidade. A atividade médica estava presente na vida de todo cidadão, na busca da cura de enfermidades que atormentavam a vida dos grupos sociais e, nesse contexto, surgiu diante da necessidade de alguns em prestar solidariedade aos seus semelhantes, curando doenças, amenizando a dor e trazendo o bem-estar das sociedades, desencadeando, a partir daí, a tão importante relação médico-paciente.

Nesse primeiro momento, os médicos eram vistos como deuses e sua responsabilidade limitava-se, somente, a livrar a humanidade dos males e trazendo a paz social, sem lhes atribuírem punições por falhas do profissional. Em seguida, com o surgimento das codificações mundiais, começava a se evidenciar a responsabilidade pelos insucessos.

Na sequência, ainda no segundo capítulo, é apresentado o conceito de ato médico, como todo ato da competência e responsabilidade do profissional no exercício de sua profissão, com o intuito de preservar a saúde humana, devendo respeito aos estatutos e princípios que regem a Medicina. É demonstrada também a importância do surgimento da Bioética como uma forma de limitar a atuação da atividade e seus possíveis problemas desencadeados pelo grande avanço da Medicina, o que possibilitou o surgimento do Biodireito, uma nova maneira de disciplinar a relação médico-paciente e apontar os limites do progresso científico na área da saúde.

No terceiro capítulo, abordar-se-á o significado do erro médico segundo o Código de Ética Médica, demonstrando que somente o erro que venha a trazer algum tipo de dano ao paciente, terá amparo pelo Direito Penal. Eis, por conseguinte, a importância em diferenciar, de forma sucinta, o erro médico de outros institutos, como o acidente imprevisível, resultado incontrollável e omissão de socorro, a fim de não ocorrer confusões com o erro médico propriamente dito.

Neste passo, ainda neste capítulo, será estudado o instituto da responsabilidade jurídica pessoal do médico, tendo em vista que a atividade médica envolve uma série de riscos que podem afetar valores fundamentais do homem, como a vida e a sua integridade física, necessitando, com isso, de uma maior proteção por parte do Estado.

Como toda a atividade do homem vai tangenciar o campo da responsabilidade é importante ponderar sobre os diversos tipos de responsabilização que pode ser atribuída ao médico por condutas que causem danos ao paciente. Diante disso, serão expostas, brevemente, a responsabilidade civil e ético-profissional do médico, explicitando, sinteticamente, a responsabilidade objetiva e subjetiva, e as obrigações de meio e de resultado, na área médica.

Por fim, no quarto e último capítulo, após entender o conceito de responsabilidade jurídica, suas formas e sua importância para a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes, será trazida à baila a questão da responsabilidade penal por eventos lesivos ao paciente, perpassando pela responsabilidade penal médica por erros culposos e dolosos.

Primeiramente, será ponderada a finalidade e importância do Direito Penal para dar efetividade ao controle da ordem social, já que constitui a última forma de atuação

do Estado na proteção do equilíbrio social contra as condutas mais perniciosas e mais graves para o homem. Tecidas tais considerações, há de ressaltar, no início do capítulo 4, os diversos bens jurídico-penais por ele tutelado. Para isso, será demonstrado o conceito de bem jurídico-penal inserido no Estado Democrático de Direito, a fim de se construir um sistema punitivo baseado na legalidade, igualdade e dignidade.

Fixada a finalidade do Direito Penal e dos bens jurídicos por ele tutelado, necessária se faz a explanação dos pressupostos da responsabilidade penal, que, nada mais são do que os elementos constitutivos do crime, conceituando tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, na visão de alguns autores.

Dada a devida importância ao estudo dos elementos do crime, convém avaliar, posteriormente, o elemento subjetivo da conduta punível, vale dizer, o dolo ou a culpa, salientando, brevemente, algumas teorias a respeito da ação humana passível de punição.

Por fim, para concluir o entendimento deste trabalho, discorre-se sobre os aspectos da responsabilidade penal por erro médico, buscando-se avaliar os elementos formadores da culpa e do dolo. Ademais, será ressaltada a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da existência ou não do erro médico doloso, na modalidade dolo eventual, ponderando a posição de alguns doutrinadores sobre a discussão entre o dolo eventual e a culpa consciente.

## **2 A MEDICINA, O PROFISSIONAL MÉDICO E O PACIENTE**

É cediça a importância da atividade médica na vida de todo ser humano, visto que cuidar da saúde é algo inerente a sua existência. O binômio médico-paciente traz uma série de elementos que precisam ser estudados e avaliados ao longo da história, a fim de oferecer um melhor entendimento sobre as questões relacionadas ao erro médico, um tema bastante atual e de interesse de toda a sociedade.

Sendo o ser humano o objeto da Medicina, a atividade médica é regida por uma série de princípios que norteiam o Código de Ética Médica, o qual disciplina essa atividade, protegendo-a, mas, além disso, impondo limites e responsabilidades ao profissional que tentar burlar as regras ou que cometer erros, sejam eles dolosos ou culposos, no intuito de proteger a parte mais vulnerável dessa relação, o paciente.

O surgimento da Bioética e do Biodireito, neste contexto, também será abordado brevemente neste capítulo, salientando a Bioética como mediadora da relação médico-paciente, tendo em vista os novos problemas que enfrenta a área da saúde, e demonstrando o Biodireito como agente intermediador para impedir qualquer ato que menospreze a dignidade da pessoa humana.

Por fim, para viabilizar o estudo desse tema, será feita uma breve passagem sobre a evolução do ato médico ao longo da história, destacando a importância da Medicina e da relação médico-paciente, trazendo as mudanças de paradigmas por conta do desenvolvimento tecnológico e das modificações da vida em sociedade com o passar dos anos.

### **2.1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: BREVE HISTÓRICO E A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE MÉDICA**

É inquestionável que temas relacionados com a vida e a morte já são objeto de estudos desde os primórdios da humanidade. Por isso, Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen (2008, p.51) mencionam corretamente que “a preocupação com o ser humano tem longa tradição”.

A história da medicina e da arte de curar advém da solidariedade, da compaixão, do amor pelo seu semelhante e pelo desejo de suavizar a dor, que, talvez tenha surgido das mãos femininas, pois eram as mulheres que tinham maior intimidade com ervas curativas e tratavam dos doentes, o que as levou às fogueiras da inquisição. (SÉGUIN, 2005, p.10)

Na Grécia Antiga, os mitos da deusa da saúde, Hygéia, e do deus da Medicina, Asclépius, simbolizavam os instrumentos de importância da Medicina naquela época. Para aqueles que tinham a crença em Hygéia, cabia ao médico descobrir como seu paciente poderia se adaptar melhor ao meio social e físico, buscando, para isso, restrições comportamentais e dietéticas. Por outro lado, para os defensores de Asclépius, o médico teria o papel de tratar a doença e buscar a cura através de terapias milagrosas, sem se preocupar com a harmonia do corpo. (QUEIROZ, 1986, p. 311)

Foi ainda na Grécia antiga, por volta do século V a.C, que se pode perceber que da junção desses mitos e do caráter mágico-sacerdotal do médico, que nasceu a Medicina Hipocrática, da qual se pode extrair o juramento hipocrático que deve ser proferido por todos aqueles que almejam e estão aptos a exercer a atividade médica, assim como, também, é o alicerce da Medicina racional-científica desenvolvida a partir da Idade Média, quando deixou de ser apenas uma Medicina empírica, baseada na experiência, para começar a se institucionalizar.

Aqui no Brasil, a Medicina institucional surgiu como uma atividade de caridade por irmandades leigas e religiosas, o que permanece até os dias atuais, por conta da insuficiência do Estado em manter serviços de saúde adequados à população de baixa renda. (SÉGUIN, 2005, p. 14)

Como bem leciona Vicente Barreto (1998, p.17-18), o juramento hipocrático vem representando a primeira forma de normatizar a relação entre a prática médica, com sua constante busca pela cura das doenças, e o respeito aos valores da pessoa humana, principalmente a vida, a liberdade, a dignidade e a integridade física.

Por volta de 2.400 a.C., foi escrito o Código de Hammurabi, na Mesopotâmia, que foi o primeiro documento histórico que trazia cinco artigos destinados à profissão médica em geral e que já evidenciava a responsabilidade pela má prática da

Medicina, estabelecendo as principais obrigações no que diz respeito ao insucesso da atividade (SÉGUIN, 2005, p.12).

Basta dizer que em alguns artigos desse Código já era exigido do cirurgião muita perícia e atenção no exercício profissional, pois, caso contrário, severas penas eram aplicadas, como a amputação da mão do médico imperito. Desde esse momento, já se percebia a cominação de penas para os médicos que causassem danos graves ao paciente, por imperícia ou negligência.

Durante a Antiguidade, a atividade médico-cirúrgica, passou a ter uma índole mística e ser considerada como uma atividade intocável, já que fazer o médico responder pelo resultado dano, mesmo existindo grave imprudência, era algo muito difícil de ser alcançado. Desde os primórdios da vida em sociedade, a figura do médico estava presente no dia a dia de todo ser humano, mas, na Antiguidade, esse profissional era considerado um ser superior, mágico e religioso, cuja atividade estava acima de qualquer erro ou falha, sendo o destino sobre a vida e a morte um desígnio de Deus. (KFOURI NETO, p.32-33)

Sergio Cavalieri Filho (2012, p.405) demonstra que, durante a Idade Média (século V ao XV), a situação inverteu-se e penas severas foram aplicadas aos médicos que causavam danos letais, sendo-lhes imputado culpa, muitas vezes, em situações em que existia apenas um estado de precariedade da arte do Esculápio, ou seja, da arte de curar. Foi com o surgimento do Iluminismo, através das pregações de Montesquieu, que se passou a reconhecer a necessidade de maior tolerância com os erros médicos, sob o argumento de que os médicos erram porque também são pessoas.

A *Lex Aquilia*, que nasceu no Direito Romano por volta do ano de 468, foi uma das primeiras leis que cogitava a questão dos erros profissionais, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico que causasse dano ao paciente pela falta de habilidade ou conhecimentos. (KFOURI NETO, p.35)

Com o passar dos tempos e já, no século passado, surgiu a figura do médico de família, uma relação ainda baseada na confiança, dedicação e no respeito mútuo, que não trazia nenhuma espécie de dúvida ou desconfiança com relação à atividade exercida por ele, sustentando uma linha de total compreensão aos erros cometidos pelo profissional médico. (SÁ; NAVES, 2009, p. 79)

Como ciência milenar que é, a Medicina encontra-se em toda a evolução histórica da humanidade. Sempre serão observados, em estudos da evolução do homem, um grupo de pessoas que se dedicavam à arte de curar as doenças, como pode ser percebido, não tão distante assim, na história dos índios, na qual o pajé tinha um papel importante na aldeia como um ser dotado de poderes para tratar as enfermidades. Da mesma forma, têm-se os curandeiros, benzedeiros, parteiras e os alquimistas da Idade Média. Mas com o passar dos séculos, a profissão foi se aperfeiçoando e se institucionalizando, sendo hoje praticada em toda parte do mundo.

Durante a evolução histórica da Medicina, apesar do maior distanciamento entre médico e paciente, a preocupação pela constante busca pela cura das enfermidades e o alívio da dor não cessou, e os avanços tecnológico e científico têm se mostrado extraordinários nos dias de hoje, até como forma de preservar a própria vida humana. (SPITZCOVSKY, 2006, p.6-7)

No Brasil, desde 1932, com o surgimento do Decreto nº 20.931, ainda em vigor, que o exercício da Medicina foi regularizado e passou a ser fiscalizado por um órgão devidamente qualificado para tal atribuição. Somente seria permitido o exercício da Medicina se o profissional fosse devidamente registrado perante o Conselho Regional de Medicina – CRM, ou seja, o direito de praticar qualquer ato médico estava vinculado ao registro no órgão competente, o qual tem a obrigação de zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance para o perfeito desempenho ético da Medicina.

A Medicina se desenvolveu e ainda caminha para mais progressos, e esse desenvolvimento, principalmente tecnológico, trouxe uma renovação no modo de agir e decidir dos envolvidos nessa relação – médico e paciente. Aliado a isso, a socialização do atendimento médico e conseqüente desaparecimento do médico de família, e a emancipação do paciente e o conhecimento sobre seus direitos fundamentais, proporcionaram essa mudança de paradigmas dentro dessa relação, passando a ser respeitado o consentimento livre e informado do paciente no que concerne ao diagnóstico, prognóstico e tratamento. (DINIZ, 2011, p.27-28)

Com base nestes aspectos, observa-se que aquele modelo inicial baseado na amizade e devoção tornou-se obsoleto, dando lugar, nos dias de hoje, ao modelo

participativo/integrativo, no qual o médico mantém a sua autoridade, enquanto detentor de conhecimentos específicos e assume a responsabilidade pelas decisões técnicas tomadas, e o paciente passa a participar ativamente no processo de tomada de decisões, ou seja, passa a ter autonomia nessa relação, criando, com isso, um vínculo interpessoal baseado no acordo de vontades, como num contrato bilateral.

Segundo o médico Marcelo de Souza Tavares (2008, p.1-2), essa relação interpessoal é, no mínimo, assimétrica, pois o médico é o detentor do conhecimento técnico e o paciente é a parte vulnerável da relação, pois, em decorrência de uma doença, procura a ajuda do profissional por não conseguir, por si só, resolver os seus problemas de saúde.

Acrescentando a isso, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2012, p.37), mencionam que a vida remete à autonomia, principalmente baseado no fundamento legal da dignidade da pessoa humana, através do qual todos são livres e iguais em direitos, reconhecendo, com isso, a existência de uma nova relação dialógica, na qual o paciente tem a capacidade do consentimento livre e esclarecido, tendo a chance de optar pelo tratamento médico mais conveniente a ele.

A consolidação da autonomia do paciente foi uma conquista nos dias atuais, trazendo a possibilidade do direito do paciente em decidir livremente sobre sua saúde, participando ativamente da relação médico-paciente. Entretanto, Dalmir Lopes Jr. (2012, p.34-35) menciona sobre a confusão que pode ser estabelecida entre o consentimento livre e esclarecido ou consentimento informado com o chamado Termo de Consentimento Informado, o qual trata de um documento formal de ciência dos riscos relativos a determinados procedimentos. Para ele, esse termo acaba sendo uma forma do médico se eximir de quaisquer responsabilidades.

Esse binômio formado por médico e paciente, com bem leciona Sylvia Vendramini e Wagner Dias (2002, p.21), deve ser entendido como elemento que contém as principais figuras da relação de cura, um representando o aplicador dos conhecimentos técnicos, conferindo um diagnóstico e tratamento e, o outro, destes necessitando para encontrar a harmonia e a cura da enfermidade que acomete o seu organismo, conferindo uma relação de dependência do paciente.

É certo que essa relação deve ser gerida por uma série de regras, princípios e normas, a fim de que tanto o médico quanto o paciente desenvolvam um bom, eficaz e confiável diálogo, trazendo benefícios a esta relação e ao tratamento desenvolvido pelo profissional que atua de forma correta e que segue os princípios e fundamentos da ética médica.

## 2.2 ATO MÉDICO E ÉTICA MÉDICA

A base da prática clínica está diretamente relacionada com a relação médico-paciente, que será sempre exercida em favor do paciente. O ato médico é o procedimento dirigido a essa prática e corresponde a uma ação praticada por um médico com objetivo primordial de prestar assistência médica, através da profilaxia, diagnóstico, tratamento e reabilitação, de modo que traga mais conforto e dignidade a vida dos pacientes.

De acordo com Joffre M. Rezende (2001, p.1), o ato médico pode ser definido como:

Todo procedimento da competência e responsabilidade exclusiva do médico no exercício de sua profissão, em benefício do ser humano individualmente ou da sociedade como um todo, visando à preservação da saúde, a prevenção das doenças, a identificação dos estados mórbidos, o tratamento e a reabilitação do enfermo.

A despeito destas considerações, qualquer prática de tais atos por pessoa não médica, será configurada o exercício ilegal da medicina, tipificado no Código Penal no art. 282, portanto, condutas criminosas de interesse da Saúde Pública, que merecem sanções das autoridades públicas competentes.

A atividade médica, através do ato médico, possui um papel extremamente importante no mundo atual, tendo em vista que o número de moléstias que acomete o ser humano tem crescido a cada dia, principalmente por conta do ritmo de vida que obriga o homem a cuidar cada vez menos da sua saúde.

O exercício da medicina não deve ser entendido como uma manifestação isolada e independente de vontade do médico, pois se trata de uma relação formada por dois elementos e, dentre eles, a autonomia do paciente está presente, necessariamente, fazendo com que o ato do profissional médico também se submeta ao crivo do paciente. (VENDRAMINI; DIAS, p.21-22)

A existência dessa autonomia do paciente não exige a presença de certos requisitos de validade da autonomia privada. Nesse diapasão, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p.85-86), entendem que existem requisitos que precisam ser cumpridos, como a informação e o discernimento do paciente, além da ausência de condicionadores externos, que devem complementar os requisitos dos atos jurídicos em geral presentes no Art. 104/CC, fazendo que o paciente seja esclarecido de todas as manobras realizadas pelo médico, seja capaz de compreender a situação e tenha maturidade na decisão, sem nenhum tipo de influências externas.

A Constituição Brasileira vigente traz em seu art. 5º, XIII, a instituição do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no qual o “atuar” depende do atendimento a certos requisitos legais. O profissional médico está inserido nesse contexto, por conta da importância dos bens jurídicos tutelados, a vida e a integridade física, cujo exercício ilegal ou insucessos decorrentes de tais condutas trazem consequências punitivas. (SÉGUIN, 2005, p.4-5)

É certo que o objeto da Medicina é o ser humano e, conseqüentemente, o seu bem estar. Entretanto, a Medicina “contratualista” atual, que distancia, cada vez mais, o médico do seu paciente, caminha por trilhas determinadas pela sofisticação tecnológica e pelo comprometimento desse profissional com fenômenos políticos, econômicos e sociais. Isso vem produzindo serviços médicos extremamente caros e, muitas vezes, ineficazes, além de refletir numa crise profunda tanto da prática como do saber médico, mas este não é o objetivo do presente estudo.

Como toda profissão que envolve riscos à vida e à saúde do paciente, a Medicina é regida por uma série de normas que compreende o Código de Ética Médica, trazendo aspectos relevantes no que diz respeito ao comportamento do médico com o paciente e regulando o exercício de sua atividade.

Na medida em que a atividade médica cresce, consideravelmente, em níveis tecnológicos específicos, existe também a necessidade do amparo aos interesses coletivos que estão em questão, como a vida, a saúde e a integridade física, deixando de ser estritamente papel da iniciativa privada e passando à esfera do controle estatal, impondo fiscalização, normatização e sanções disciplinadoras da atividade profissional. (REALE, 1977, p.47)

O legislador brasileiro, no art. 197, da Carta Magna, atribuiu a competência ao Conselho Federal de Medicina, uma estrutura autárquica da administração pública dotada de personalidade jurídica, de elaborar o Código de Ética Médica, com um corpo de normas que pudessem regulamentar a conduta médica no que concerne ao bem comum, normatizando e decidindo sobre assuntos referentes à ética médica, impondo penalidades no que for preciso, a fim de zelar pelo bom desenvolvimento profissional daqueles que atuam legalmente na atividade.

Diante desse panorama, existe um elenco de obrigações a que o profissional médico está adstrito, as quais são a base de toda a responsabilidade seja ela civil, ético-profissional ou penal, atribuída a este profissional, pois qualquer inobservância desses deveres pode levar à conseqüente reparação do dano.

Nesse sentido é que o Código de Ética Médica reservou um capítulo especialmente dedicado à Responsabilidade Profissional, trazendo um elenco de deveres gerais, que devem ser seguidos por todos os profissionais da área, independente de especialidade em que atua. O estudo desses deveres chama-se Deontologia Médica, isto é, é o estudo específico dos deveres que são designados aos médicos. Dentre esses deveres, pode-se destacar o dever de vigilância, dever de abstenção de abuso, dever de aprimoramento continuado e o dever de informação. (SANTANA, 2002, p.374-377)

A ética está diretamente relacionada com o comportamento de determinado ramo do conhecimento e de nada adianta reconhecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, se a conduta do profissional não se basear pelos deveres por ela imposta. A ética tem como premissa maior a moral, um conjunto de normas corretas e justas, adquiridas pelos costumes de um povo e que devem ser cumpridas. (NALINI, 2009, p.18-21)

Da mesma forma, entende Sylvia Maria Machado Vendramini e Wagner Inácio Freitas Dias (2002, p.29):

A moralidade e a ética são um preceito fundamental, um guia de toda e qualquer atividade humana e um desiderato a ser atingido pelas normas jurídicas, de modo que o ordenamento positivo visa sempre com seus cânones regradar o agir dos sujeitos, coadunando este agir com o que a sociedade entende por moral e lícito[...]

Diante disso, observa-se que o ato médico pautado na ética é aquele que é livre, consciente e segue algum tipo de norma, pois algo realizado fora desses parâmetros não pode ser considerado como ético, justo e correto.

Os Conselhos de Medicina são órgãos com autonomia financeira e administrativa, destinados à fiscalização do exercício profissional do médico, baseados no Código de Ética Médica, que traz uma série de regulamentos sobre direitos, deveres e princípios fundamentais no que diz respeito às condutas destes profissionais. (SÉGUIN, 2005, p.24-25)

Entretanto, a ética médica, que tem como base o juramento de Hipócrates, vem demonstrando a sua falha e a escassez de respostas no que concerne aos desafios morais e sociais decorrentes dos rápidos e desenfreados avanços tecnológicos e científicos no campo da saúde. (GAMA, 2003, p.26)

É inquestionável que para a preservação da vida humana, o médico, utilizando dos seus conhecimentos, deve respeitar os estatutos que regem a sua profissão e, segundo o Código de Ética Médica, a Medicina tem como objetivo a preservação da saúde do paciente e da coletividade, sendo exercida sem discriminações, agindo, o profissional médico, com zelo, cuidado e atenção na realização de suas atividades e se responsabilizando pelos próprios atos exercidos no desempenho de suas funções.

Sendo a Medicina uma atividade de risco, o médico deve desenvolvê-la com muita atenção, dedicação, perícia, prudência e respeito. Para tanto, já elenca o Código de Ética Médica do Brasil, no seu capítulo I sobre os Princípios Fundamentais:

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

O ato médico é da classe dos atos permitidos, desde que se cumpram os requisitos legais exigidos e, para isso, exige-se certa retidão do agir do médico. Para tanto, o Código de Ética estabeleceu no capítulo II, Art. 21, que o médico deve indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes do País. Da mesma forma, no

capítulo IV, Art. 46, sobre Direitos Humanos, fica vedado ao médico “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida”.

Diante do exposto, vale ressaltar que o pilar da ética médica é salvar a vida do paciente, em qualquer tipo de circunstância, com o emprego de conhecimentos, recursos disponíveis e com o máximo de zelo para preservar a saúde e a integridade física do paciente, respeitando todo principialismo ético e os parâmetros legais definidos no País, agindo sem excessos, de forma a concretizar maiores benefícios ao paciente.

### 2.3 BIODIREITO: RELAÇÃO ENTRE A BIOÉTICA E O DIREITO

Bioética vem de vida e ética, um casamento perfeito para designar a “ética da vida”. Trata-se de uma nova forma de estudo e reflexões sobre os grandes problemas desencadeados pelo desenvolvimento tecnológico na área da saúde a partir do século XX, fruto de uma sociedade que atingiu a democracia, na qual o cidadão passou a entender ser sujeito de direitos e começou a lutar por eles, com pleno exercício da cidadania.

A Bioética, mediadora da relação médico-paciente, está relacionada com a resposta dada pela ética diante das novas situações oriundas no campo da saúde, portanto, um conjunto de reflexões sobre a prática médica, que tem como alicerce os valores supremos da dignidade da pessoa humana, a liberdade, a inviolabilidade do direito à vida e a manutenção da integridade física.

Nesse mesmo caminho, a Bioética pode ser entendida como uma forma de preocupação ética, decorrentes do desenvolvimento de novas práticas na área das ciências biológicas após a segunda metade do século XX, tornando-se um tema obrigatório nos dias de hoje, principalmente nos comitês de pesquisas que envolvem seres humanos. (SÁ; NAVES, 2009, p.2-5)

A Bioética é tema de discussão em diversos Congressos de Medicina e dentre os temas mais abordados pode-se destacar: a bioética e a saúde pública, a ética clínica, a ética das pesquisas, a ética da legislação na saúde, etc. São temas de

extrema relevância para a classe médica, assim como para a melhoria da relação médico-paciente, tendo em vista que os novos problemas que surgem na área de saúde precisam de respostas imediatas e estudos específicos. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2009, p.15)

Tendo em vista que se vive num Estado Democrático de Direito, a Bioética deve ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, um valor supremo, maior do que qualquer tipo de avanço tecnológico e de condutas que possam diminuir o ser humano à condição de coisa. Para isso, o Direito deve atuar para impedir qualquer ato que menospreze o homem, pois a ciência está presente para melhorar a qualidade de vida em sociedade e trazer mais dignidade ao meio em que vive, e não desencadear atos que sejam moral e juridicamente inadmissíveis. (DINIZ, 2011, p.40-41)

É certo que diante de tantas pesquisas e novas propostas terapêuticas em busca de soluções que afetam o corpo humano, os profissionais da área de saúde, ávidos pelo sucesso pessoal e profissional cada vez maior, muitas vezes, confundem o atendimento clínico com um mero encontro em que os preceitos da bioética não são aplicados, pois o profissional mal olha no rosto do paciente, desrespeitando a vida e a dignidade ali diante dele.

A máxima da ética médica, "*primum non nocere*", consiste em não causar o mal ao paciente, ou seja, é um princípio básico de servir e fazer o bem durante a atividade profissional, no qual o médico se propõe à obrigação de não causar nenhum tipo de dano intencional ou de enganar o seu paciente. (ALMEIDA; MUÑOZ, 2009, p.2)

Percebe-se que este princípio é uma espécie de guia, não só dos médicos, mas de todos os profissionais da área de saúde, na busca do exercício da profissão de forma cautelosa, alerta e prudente, a fim de que danos maiores aos pacientes não venham a ser causados.

Os princípios da bioética são vetores orientadores que devem guiar o profissional médico no exercício de suas atividades, como regras de prudência. O principialismo defendido por consultores da Comissão de formação das bases éticas sobre pesquisas em seres humanos requer que a ação humana seja movida por quatro princípios básicos: o da beneficência, o da não-maleficência, o da justiça e o da autonomia. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p.15-18)

O princípio da autonomia, já mencionado anteriormente, possibilita uma maior participação do paciente no processo de tomadas de decisões no que concerne ao tratamento a ser escolhido, atuando com conhecimento e consentimento livre de tudo aquilo que se passar na relação médico-paciente, transformando-a numa relação dialógica respeitosa e confiável do ponto de vista social e ético. (DINIZ, 2011, p.38)

Tal princípio veio consagrar o fenômeno da humanização da relação médico-paciente, na qual a parte mais vulnerável dessa relação, o paciente, titular de direitos inalienáveis, tem uma participação mais democrática quanto às informações e decisões relacionadas com a enfermidade que o acomete. (GAMA; 2003, p. 35)

No que diz respeito a esse princípio, pode-se entender que decorre da liberdade do homem de agir, de pensar, de tomar suas próprias decisões, mas sem esquecer a importante racionalidade, ponderando aquilo que for de melhor para a sua vida e não deixando de respeitar a autonomia alheia, o que o torna diferente dos animais. Nas próprias palavras de Kant citado por Léo Pessini e Christian Barchifontaine (2009, p.59): “a autonomia é, portanto, o solo indispensável da dignidade da natureza humana ou de qualquer natureza racional.”

Ao analisar o princípio da beneficência, Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen (2008, p.18) entendem que o médico deve agir em prol do interesse do paciente, utilizando-se de todos os meios possíveis para dar-lhe maior conforto e diminuir-lhe o sofrimento diante da doença que lhe acomete.

Já o princípio da não-maleficência, diz respeito ao ato médico em si, ou seja, a busca o bem comum na atividade, sendo exigível dele regras de conduta, de dever profissional, que se não cumpridas, serão aplicadas medidas coercitivas. Na verdade, propõe-se a obrigação de não infligir dano intencional, evitando produzir malefícios e minimizando os riscos possíveis ao paciente. (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p.445-446).

No que concerne ao princípio da justiça, Elida Séguin (2005, p. 42) entende ser um princípio quase utópico, tendo em vista que o mesmo propõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios entre os profissionais de saúde, o que repercute diretamente nas desigualdades sociais, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. Mas reconhecer a liberdade e a igualdade como valores fundamentais

numa sociedade, na qual a isonomia é um ideal ainda não alcançado, é algo um pouco utópico.

Desse modo, pode-se perceber que tais princípios são diretrizes para as questões investigativas da nova realidade da prática médica, devendo sempre serem complementadas com avaliações das circunstâncias em que ocorreu a atividade médica e as consequências trazidas por ela. O profissional médico deve estar sempre atento a esses princípios norteadores da Bioética, assim como aos princípios do próprio Código de Ética Médica, fazendo prevalecer sempre os benefícios ao paciente.

Ao se tratar de uma atividade essencial para a vida humana, o médico atua livremente, desde que legalmente, conferido pelo estado e pela sociedade, para desenvolver sua atividade e atribuir um diagnóstico e tratamento, a fim de solucionar o problema do paciente. Entretanto, essa liberdade não está relacionada com imunidade aos problemas que possam advir dessa relação, devendo o médico estar atento ao Código de Ética Médica e zelar pelos benefícios ao seu paciente. (LEAL, 1994, p.290)

Algo realizado fora desses padrões deve ser considerado um desvio de conduta médica, ultrapassando a seara médica e entrando na seara jurídica, tornando-se uma questão biojurídica e que envolve a relação médico-paciente. A partir daí, surge o vínculo traçado com a Justiça, ou seja, nasce o Biodireito e o seu objetivo de assegurar ao paciente o respeito à sua vida e à integridade física, buscando o equilíbrio e a proteção do vulnerável dessa relação.

É certo que, apesar de se tratar de profissionais preparados para cuidar da vida humana, antes de mais nada, esses mesmos profissionais são seres humanos que possuem suas próprias limitações e, portanto, passíveis de erros, imperfeições e contradições. É preciso ficar atento a esse aspecto, pois ao burlar o seu regimento ético, exercendo condutas antiéticas e juridicamente recriminadas, causando danos à vida do paciente, muitas vezes, irreversíveis, o médico estará sujeito às penalidades de natureza corporativa (Conselho Federal e Regional de Medicina), assim como poderá também está submetido à justiça estatal, seja no âmbito civil como no âmbito criminal.

Não só a Bioética se atem à criação de regras que possam conduzir corretamente a atividade médica, mas o Biodireito também trouxe a possibilidade de aplicação de normas jurídicas dotadas de atributos de obrigatoriedade, generalidade, coercibilidade e imperatividade. (BARRETO, 2003, p. 105)

O Biodireito como ciência, entre os novos direitos do Brasil, surge após o advento da Bioética e seus princípios, disciplinando as relações médico-paciente, médico-família do paciente, médico-sociedade e médico-instituições de saúde, associadas aos diversos aspectos jurídicos decorrentes dessas relações. O médico assume os riscos dessa relação, apesar do poder de decisão do paciente nos dias de hoje, mas nos insucessos dessa relação terapêutica é o Poder Judiciário que intermediará esse conflito desenvolvido por conta de atividades agressoras, imprudentes, negligentes, invasivas e iatrogênicas. (SÉGUIN, 2005, p.63)

Como bem leciona Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato (2009, p.79):

[...] apesar de toda a preocupação bioética, a sanção estatal para aquele que descumprir algum de seus princípios fica a cargo do Direito enquanto ciência dogmática, eis que possui caráter prescritivo, de dever-ser, porquanto se utiliza da teoria da imputação.

Isto quer dizer que qualquer desrespeito ao Código de Ética Médica e aos seus princípios basilares trará consequências jurídicas, tendo em vista a importância da preservação da integridade física do paciente e a busca pela efetividade de uma sanção aplicada pelo Judiciário, órgão competente para resolver tais conflitos decorrentes do erro de conduta médica.

A civilização atual precisa tomar conhecimento dessas espécies de condutas do profissional médico, desrespeitando o Código de Ética Médica, sob pena de tais procedimentos não controlados produzirem consequências imprevisíveis. E, justamente por isso, que princípios e fundamentos bioéticos surgiram ao longo dos anos, com o objetivo de disciplinar as condutas de profissionais médicos, cientistas e pesquisadores da área de saúde, de modo que em conjunto com o Código de Ética Médica e com o Biodireito, estes profissionais sejam punidos diante danos causados aos seus pacientes.

Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz (2008, p.42) mencionam que “a dificuldade de produzir normas diante de situações novas e angustiantes não é novidade da história do direito”. Diante das novidades da biomedicina, surgindo

técnicas terapêuticas numa velocidade inexplicável nos dias de hoje, é certo que essas descobertas são acompanhadas de crises, as quais, na verdade, deverão ter o amparo de toda a sociedade, da classe médica e da classe jurídica, para encontrar a solução mais adequada, imediata e prática ao problema.

O Biodireito, na atualidade, não tem só como objeto de estudo aspectos relacionados à responsabilidade do profissional da área de saúde quando averiguadas condutas errôneas, mas também disciplina questões no que diz respeito aos direitos e deveres do profissional da área de saúde e dos direitos e deveres do paciente, assim como as relações entre eles; ao tratamento das doenças e os problemas que dele decorrerem; aos processos relacionados às técnicas de reprodução assistida; às medidas de interrupção da vida; às experiências com os seres humanos, etc. (CASABONA, 2005, p.15-16)

Atendendo aos direitos humanos do respeito à vida, à sua dignidade e à sua integridade física, é que a Bioética e o Biodireito, como bem leciona Maria Helena Diniz (2011, p.43), “passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça”. Havendo qualquer conduta médica que lesione esses bens jurídicos fundamentais, ela deverá ser punida por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos.

Diante disso, por ser o paciente a parte mais frágil e vulnerável dessa relação é que se demonstra a necessidade de uma maior aproximação do magistrado de conceitos extrajurídicos e conhecimento de técnicas e condutas médicas, ou seja, trazer uma perspectiva interdisciplinar, como forma de guiar a conduta do profissional do direito e dar um tratamento jurídico mais adequado a essas situações biojurídicas que encontram lacunas na lei.

Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen (2008, p.49-50) atentam a esse aspecto de omissão da lei, quando relembram do Art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), sobre o dever do juiz em decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Mesmo não havendo uma lei específica para o caso, o juiz deve encontrar uma solução para o litígio, baseando-se no bom senso, na racionalidade e nos fins sociais e morais a que a lei se destina.

Como adendo necessário, traz-se aqui a colocação de José Roberto Moreira Filho (2012, p.29), que menciona sobre a intensa e desenfreada evolução tecnológica na

área da saúde, que traz uma série de novos problemas sociais, éticos, econômicos e jurídicos, os quais não são acompanhados pelo mesmo crescimento no que diz respeito às legislações que abordem tais circunstâncias. Muitas questões ainda estão obscuras e desamparadas por legislações específicas com relação aos procedimentos modernos que envolvem a medicina, mas essa omissão só não é total por conta do próprio Conselho Federal de Medicina, que termina fazendo o papel do judiciário, editando resoluções e estabelecendo diretrizes da atividade que envolve médico e paciente.

Nesse contexto, mister observar que tanto a Bioética como o Biodireito são matérias que tratam de questões que envolvem a crescente evolução tecnológica na área da saúde e a relação médico-paciente decorrente desse desenvolvimento, preocupando-se com a manutenção da dignidade da pessoa humana e da integridade física do paciente, levando-se em conta condutas éticas e benéficas ao paciente. Apesar do Direito e da Medicina estarem interligados nesse aspecto, ambos possuem formas diferentes de solucionarem tais problemas: o Direito busca a sanção de condutas ilícitas, atribuindo responsabilidades, seja ela civil ou criminal, enquanto que a Medicina intervém fiscalizando a atividade médica e impondo seus limites.

Entretanto, existem diversos temas da Bioética que precisam de soluções imediatas, com criação de legislações pertinentes, específicas e eficazes, que servirão de base para posturas mais enérgicas e embasadas por parte do Judiciário. Faz parte da função do Biodireito apontar os limites do progresso científico, a fim de compatibilizá-los com os direitos fundamentais e impedindo que malefícios ao ser humano continuem sem respostas, respeitando-se, com isso, a inviolabilidade do direito à vida.

### 3 A RESPONSABILIDADE PESSOAL E O ERRO MÉDICO

Como já foi dito anteriormente, a responsabilidade do médico por insucessos no exercício da arte do Esculápio, não é coisa do mundo moderno. Evidencia-se que existia, em todo momento histórico, a prática da Medicina de forma negligente, imprudente e imperita, no entanto, numa dada época, com maior preocupação em atribuir uma sanção e, em outra, eximindo o médico da culpa por condutas danosas. Mas, o certo é que a responsabilidade pessoal do médico tornou-se uma discussão com bastante evidência e preocupação nos dias atuais, tendo em vista o crescente número de fatos ocorridos em hospitais e clínicas espalhadas pelo país, ganhando destaque no meio jurídico e na mídia, desencadeando um aumento considerável de demandas judiciais em busca de justiça.

A conscientização do paciente e seus familiares tem ocasionado uma grande preocupação dentro da classe médica, pois, muitos desses profissionais, também desconhecem o ordenamento jurídico e não se preocupam com o tipo de responsabilidade que a eles pode ser atribuída.

Nesse contexto, torna-se relevante o conhecimento do que efetivamente é o erro médico, tanto do ponto de vista doutrinário como do Código de Ética Médica, a fim de trazer conhecimentos técnico-jurídicos para os agentes dessa relação. Posteriormente, serão abordados os diversos tipos de responsabilidade que pode ser atribuído ao médico por condutas danosas, seja na seara administrativa, civil ou penal.

Tecidas tais considerações, faz-se mister entender a delimitação da responsabilidade da atividade pessoal do médico, trazendo aspectos constitucionais, civis, penais e administrativos. Além disso, é importante distinguir a responsabilidade objetiva e subjetiva, analisando onde se encaixa a responsabilidade pessoal do médico, fazendo também uma breve distinção entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado, tendo em vista que a atividade médica realizada por cirurgias plásticas podem ser considerada como obrigação de resultado, diferentemente das demais especializações.

Por fim, demanda-se explicar rapidamente sobre a responsabilidade penal e as diferenças entre erro médico, acidente imprevisível e resultado incontrollável, a fim

de trazer elementos suficientes para o entendimento do estudo a que se propõe esse trabalho.

### 3.1 CONCEITO DE ERRO MÉDICO

O erro médico, observando o que diz o art. 29 Código de Ética Médica (CEM), pode ser considerado um dano ao paciente por ação ou omissão, caracterizável por imperícia, imprudência e negligência. Analisando que o ato médico é todo procedimento de competência e responsabilidade do médico no exercício de sua profissão, pode-se perceber que ao optar por este ofício, fazendo, inclusive, o juramento sagrado, o profissional assumiu também desempenhar uma atividade de risco diante da vida humana, tendo consciência que poderá vir a produzir um resultado indesejável se não agir com a devida cautela e ser responsabilizado administrativamente, civilmente e penalmente por este evento danoso, sejam por condutas culposas ou dolosas.

Já é de conhecimento que, no passado, o médico era considerado como um ser mágico, perfeito, livre dos erros e suas responsabilidades. Todavia, nos dias de hoje, até por conta do distanciamento da relação médico-paciente, ocasionado pela vida corrida que todos levam e pelos avanços científico-tecnológicos, mesmo com aplicação dos princípios Bioéticos, esse ser intocável e místico não existe mais. Os insucessos desses profissionais sempre existiram, mas, atualmente, não têm sido mais tolerados por seus pacientes, até por conta da grande disponibilidade de tecnologia de que dispõem no exercício de suas atividades profissionais cotidianas. (DINIZ, 2011, p. 738-739)

Muito se discute na doutrina sobre uma definição específica do que vem a ser “erro médico”, pois a celeuma se debruça sobre a questão de que poderá ocorrer um erro médico que não cause lesão ao paciente. Muitas vezes, a conduta foi imprudente, imperita ou negligente, mas que por sorte do profissional, não gerou prejuízos ao seu paciente. (SANTOS, 2008, p.161)

É certo que a conduta humana que tem relevância para o Direito Penal é aquela que tem como consequência um dano tipificado em lei penal, e que se demonstra de

duas formas: a conduta dolosa e a culposa. Ocorre que, o presente trabalho enfoca na responsabilidade penal, portanto, o erro médico deverá ter causado algum dano que está tipificado no Código Penal para ensejar uma sanção, já que o objetivo do Direito Penal é proteger bens de maior relevância para a sociedade, como a vida, a integridade física e a saúde.

O erro médico pode ser considerado como uma falha de conduta do profissional médico, no exercício legal de sua profissão, que acarrete dano à saúde, à integridade física ou à vida do paciente. Por ser a Medicina uma atividade de risco, o profissional médico deve estar preparado para se defrontar com as enfermidades e suas complicações no decorrer do tratamento adotado, as quais, muitas vezes, são decorrentes de atos mal aplicados e desenvolvidos pelo profissional, caracterizando, portanto, o erro médico. (MARTINS, 1998, p.2).

Da mesma forma, Francisco Paulo Cerqueira Mota (1999, p.86) ainda salienta que não se pode deixar de levar em consideração, ao analisar o erro médico, o local do atendimento ao paciente, se existe de fato a necessidade do ato e os meios utilizados pelo médico para o tratamento.

Como será melhor abordado posteriormente, o ato médico tem uma obrigação de meio, ou seja, o médico tem o dever de se empenhar com o máximo de zelo, cuidado e segurança, utilizando-se das melhores técnicas disponíveis e apropriadas ao tratamento, a fim de trazer benefícios ao paciente, mas não pode garantir a cura e nem se obrigar com os resultados do tratamento proposto, portanto, se alguma conduta desvirtuar desse padrão do dever de cuidado, preconizado pelo CEM, e vier a causar um dano ao paciente, configura-se o erro médico. (JÚNIOR, 2005, p.66-67)

Nesse contexto, cabe mencionar que nos casos dos médicos, cuja atividade está vinculada a especialização em cirurgia plástica, o profissional tem uma obrigação de resultado, portanto, nesse caso, a culpa pelo seu erro será presumida.

De acordo com João José Leal (1994, p.291), a atividade médica é essencial para a vida humana e, portanto, o médico deve atuar com liberdade para encontrar soluções técnicas e científicas adequadas para a cura do seu paciente, desde que atue com ética e respeito à vida que está em suas mãos. Mas salienta, em verdade, que esse mesmo profissional é um ser humano como outro qualquer, que possui suas próprias limitações, portanto, passível de erros, negligências, imprudências,

imperícias e, até mesmo, condutas dolosas, que merecem sanções ético-jurídicas e profissionais.

Nesse diapasão, Maria Helena Diniz (2011, p.740) não faz menção aos erros dolosos, apontando que o erro médico, além de ser causado por condutas culposas do profissional, é também proveniente de falhas técnicas, estruturais e instrumentais das condições de trabalho, tornando o atendimento insatisfatório para ambos os sujeitos dessa relação. Além disso, ela mesma classifica o erro médico em três tipos: erro de tratamento, erro de diagnóstico ou de prognóstico e erro na dosagem de medicamentos.

Para Pablo Stolze e Pamplona Filho (2012, p.274), o erro médico decorre de uma conduta humana equivocada, ou seja, uma falha proveniente do exercício da medicina, não deixando de estar presente o elemento anímico culpa, principalmente nas modalidades da imperícia ou da negligência.

Analisando-se o que preconiza o Código Civil, em seus art. 186 e 951, a culpa é elemento fundamental para que seja configurado o erro médico. Isto quer dizer que a prova da culpa é indispensável para se atribuir uma responsabilização pessoal do médico, não bastando apenas o insucesso de um procedimento, seja ele clínico ou cirúrgico, mas também a necessidade da prova da culpa, ou seja, a prova de que este profissional agiu de forma imperita, imprudente ou negligente. Isso também pode ser vislumbrado no Código de Ética Médica, que traz a prova da culpa como essencial para a configuração do erro médico. (CAVALIERI FILHO; 2012, p.404)

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor complementa esse entendimento, ao trazer em seu art. 14, § 4º, que: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Entende-se, aqui, que se trata de uma culpa *lato sensu* (culpa ou dolo).

Já menciona o Código de Ética Médica, em seu capítulo I, sobre Princípios Fundamentais, que o médico deverá atuar de acordo com a sua consciência e previsões legais, aceitando, contudo, as escolhas do paciente, desde que estejam em conformidade com o caso, sendo o médico responsável, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos atos executados por ele. Qualquer conduta praticada fora desses padrões deverá ser punida em nível institucional e judicial.

A atividade médica de forma imperita, sem as devidas cautelas e sem diligência e prudência de que se podia esperar de um bom profissional, viola o dever objetivo de cuidado que este profissional deveria ter com a vida do paciente. Ao advir um dano decorrente deste proceder de forma errônea, impõe-se ao médico o dever de reparar esse dano.

O ordenamento pátrio brasileiro trouxe como garantia fundamental a inviolabilidade do direito a vida, assim como o Código Penal Brasileiro trouxe a punição com pena privativa de liberdade para aquele que ofender a integridade corporal ou a saúde de outro, e é por este motivo que existe uma necessidade de se buscar a correta aplicação da lei diante de condutas inconsequentes ou errôneas do profissional médico, que acabam lesando, tanto civilmente como penalmente, o paciente.

Sabe-se que o Direito Penal é o ramo do sistema jurídico que se preocupa com as condutas mais graves e perniciosas à sociedade e que tutela os bens jurídicos de maior relevância social. Segundo a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 1º, *caput*, vive-se num Estado Democrático de Direito, dentro do qual o Direito Penal tem como base de sustentação o Princípio da Legalidade, ou seja, não há crime sem lei que o defina e nem pena sem prévia cominação legal. (NUCCI, 2005, p. 74-75)

Visto que o Princípio da Legalidade é indissociável do Direito Penal, ele termina assegurando que valores como a vida, a saúde, a dignidade, a liberdade e a integridade física, sejam violadas indevidamente, trazendo a atuação do Estado através do seu *ius puniendi*, tendo o dever de agir diante da ofensa a esses bens jurídicos garantidos constitucionalmente, sejam por condutas culposas ou dolosas.

Já alertava Miguel Kfoury Neto (1998, p.71), desde 1998, sobre a dificuldade de se verificar a ocorrência de erro médico, tendo em vista ser uma atividade extremamente técnica, respaldada em compêndios científicos e laudos periciais, dificultando a prova da existência do dano cometido pelo médico e causando uma demora excessiva dos processos.

O médico representa para o paciente um ser diferenciado, o salvador diante daquele momento de fragilidade e vulnerabilidade em que se encontra, que urge pela cura, pela diminuição da dor e do sofrimento. Quando o médico causa um dano ao seu paciente, esse dano causa proporções dramáticas, pois representa uma quebra da relação médico-paciente.

Como já foi abordado anteriormente, esse binômio médico-paciente está sempre voltado ao alcance de bons resultados para ambos os pólos dessa relação, e havendo cumplicidade, respeito, diálogo e transparência entre esses sujeitos, é certo que as falhas poderão, muitas vezes, ser toleradas. Por outro lado, quando o paciente percebe descaso e atitudes arrogantes por parte do seu médico, torna-se evidente que o sentimento de revolta cresce por conta do erro cometido, da mesma forma que cresce a busca pela responsabilidade pessoal do médico.

É certo que, civilmente, a responsabilidade por erro médico, já é de conhecimento da maioria dos pacientes, entretanto, a possibilidade de conseguir, judicialmente, uma responsabilidade penal, na maioria das vezes, é desconhecida, até mesmo por não ter noção do nexo causal entre o próprio tipo de conduta e o resultado dano. Juntamente com a Bioética, o Biodireito vem trazendo a possibilidade de aplicação de normas dotadas de maior coercibilidade e imperatividade, procurando pensar com mais enfoque nos direitos do paciente.

Nesse contexto, torna-se ainda pertinente trazer à baila, a expressão “iatrogenia”, ou seja, um vocábulo usado pela Medicina para indicar o dano causado pelo médico. Irary Novah Moraes citada por Alexandre Martins dos Santos (2003, p.37) traz a ideia de que a iatrogenia tem três acepções: lesão previsível como possível sequela diante do procedimento realizado; lesão previsível que decorre do perigo inerente ao procedimento, porém inesperada; e os resultados decorrentes das falhas do médico por inobservância do dever de cuidado, passíveis de suscitar a responsabilidade do profissional.

Desse modo, é preciso ter cuidado com certos erros decorrentes de procedimentos médicos, pois, muitos deles, não decorrem de falhas do ato médico, mas sim de resultados esperados por conta do próprio risco que o procedimento envolve, como é o caso do acidente imprevisível e o resultado incontrolável.

### **3.1.1 Erro Médico x Acidente Imprevisível**

A Medicina é uma profissão de risco e que devem ser empregados todos os recursos disponíveis para se alcançar o resultado esperado pelo médico e pelo

paciente. Entretanto, se este resultado não for alcançado e não existindo dolo ou culpa, não há o que ser reclamado na seara administrativa, civil ou penal.

São situações que eximem do médico algum tipo de responsabilidade, já que o erro médico é uma conduta inadequada do profissional por inobservância dos seus deveres profissionais, que enseja algum tipo de responsabilidade.

Da mesma forma que o erro médico, o acidente imprevisível também traz um resultado lesivo ao paciente, todavia, é um resultado incapaz de ser previsto e evitado pelo médico ou por qualquer outra pessoa.

Maria Helena Diniz (2011, p.746) traz uma interpretação sobre o acidente imprevisível:

No acidente imprevisível há um dano à integridade do paciente causado por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica, insusceptível de ser evitado por não poder ser previsto.

Desse modo, pode-se perceber que a ocorrência do acidente imprevisível não tem relação com a existência de erro médico, já que este trata de condutas que poderiam ser evitadas pelo profissional se tivesse atuado com a devida cautela e atenção, enquanto aquele trata de situações inevitáveis.

### **3.1.2 Erro Médico x Resultado Incontrolável**

No que concerne ao resultado incontrolável, este decorre do curso de uma situação incontrolável, próprio da evolução do caso do paciente, pois, muitas vezes, as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução.

É por isso que o médico assume uma obrigação de meio, e não de resultado (análise do tópico 3.4.2), pois ele é obrigado a utilizar de todos os meios disponíveis, com toda a sua diligência, prudência e técnica, em busca de um êxito favorável à solução do problema do seu paciente.

A atuação do profissional médico que venha a causar um mal resultado ao paciente, em decorrência das especificidades da Medicina, não pode ser comparada ao erro médico, tendo em vista que essas incertezas da ciência médica nada têm a ver com

os desvios de conduta do médico que cause danos ao seu paciente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.247)

Diante disso, da mesma forma que o acidente imprevisível, o resultado incontrolável diferencia-se do erro médico, pois demonstra uma situação de inexistência de culpa *lato sensu*, afastando, em verdade, a possibilidade de acarretar em responsabilidade médica.

### **3.1.3 Erro Médico x Omissão de Socorro**

Como já foi dito anteriormente, o erro médico consiste em um dano causado ao paciente por ação ou omissão, caracterizável por imperícia, imprudência e negligência. Entende-se, que essa omissão, de acordo leitura do artigo 29 do Código de Ética Médica, diz respeito a uma omissão do dever de cuidado, zelo e diligência, que deveriam ser exigidos do médico em algum tipo de atividade profissional realizada no paciente.

Segundo Miguel Kfoury Neto (1998, p.78) demonstra alguns erros decorrentes da inobservância do comportamento recomendável pelo médico no exercício da sua profissão. Relata sobre médicos que subestimam a gravidade de ferimentos ou que deixam de observar aspectos importantes de exames complementares que demonstram lesões graves. Analisando tais exemplificações, observa-se que o erro decorre de uma conduta comissiva por omissão, ou seja, o médico age, porém, age de forma negligente.

Por outro lado, omissão de socorro, crime próprio e inerente à condição de médico, e tipificado no Código Penal Brasileiro, no seu artigo 135, decorre de uma inação propriamente dita, ou seja, o médico tinha o dever profissional de prestar o serviço e não o fez, ocasionando um dano ao seu paciente, por conta de uma ausência do comportamento devido.

Eis, pois, o que diz o artigo 135 do CP:

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

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

A omissão de socorro está incluída no Capítulo III, do Código Penal, dedicado à periclitación da vida e da saúde, não sendo somente um crime cometido pelo profissional médico, podendo ser o sujeito ativo desse delito qualquer pessoa, que termina violando o bem jurídico vida e saúde, daqueles que necessitam de auxílio imediato.

É importante lembrar, portanto, que se um médico deixar de agir perante o paciente, se omitindo do dever legal de prestar socorro como a lei impõe e, por consequência, causar lesão grave ou morte do mesmo, ele responderá criminalmente por omissão imprópria, pois além da sua omissão, responderá também pelos danos causados ao paciente, conforme determina o § único do art. 135/CP. (QUIEROZ, 2011, p.171)

Devido a repulsa que este crime desperta na sociedade, muitas ações indenizatórias são movidas contra os médicos, mas, vale salientar que, neste trabalho, a omissão de socorro não está qualificada como erro médico, o qual se entende ser decorrente de uma ação do profissional médico que resulte uma lesão, deformidade, incapacitação ou morte do paciente.

### 3.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Pela sua própria natureza, a atividade profissional do médico é uma atividade que envolve uma série de riscos, pois afeta valores fundamentais do homem, especialmente tutelados pelo Direito Penal, como a saúde, a integridade física e a vida. Com todo esse progresso científico-tecnológico registrado ao longo desses anos, envolvendo técnicas extremamente minuciosas, difíceis, agressivas e susceptíveis de produzir resultado diverso do esperado, é que a responsabilização

do médico tem despertado a atenção no mundo jurídico, tendo em vista a quantidade de erros passíveis de se atribuir a responsabilidade pessoal do médico.

O profissional médico tem o dever de zelar pela saúde humana e este zelo dependerá de sua capacitação, o que é algo essencial para o correto desenvolvimento dessa atividade de risco, a fim de que responsabilizações maiores recaiam pessoalmente sobre o médico.

Toda atividade do homem, via de regra, vai tangenciar o campo da responsabilidade, remetendo-se à questão de que todo ser humano deve assumir e medir as consequências dos seus atos, sejam elas jurídicas ou não, tendo em vista que viver em sociedade presume-se aceitar as normas impostas por ela, a fim de manter a paz social.

A responsabilidade jurídica nasce a partir do momento em que ocorre a violação das regras e leis estabelecidas em sociedade, para uma convivência harmônica, causando lesão a um direito tutelado pelo ordenamento jurídico. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.46)

O Direito preocupa-se em tutelar os atos lícitos do homem, cuidando da manutenção da ordem e da paz social, reprimindo e corrigindo os atos contrários ao seu ordenamento. Para tanto, a ordem jurídica impõe certos deveres, que devem ser obedecidos por todos, indistintamente, independente da vontade dos indivíduos, pois, caso contrário, a violação a um dever jurídico constituirá um ato ilícito passível de uma sanção. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.1-2)

Essa violação a um dever jurídico imposto pelo Direito Positivo Brasileiro, o qual estabelece as regras para uma pacífica convivência social, via de regra, acarreta uma lesão a outrem, nascendo, a partir daí, a responsabilidade de reparar esse dano, por conta de um desvio de conduta do agente causador desse ato contrário ao ordenamento jurídico. Daí a importância do reforço da responsabilidade e suas implicações, sejam elas morais, ético-profissionais, civis ou penais.

A partir daí, Rui Stoco (2011, p.132) faz um feliz comentário de que a responsabilidade tem vários sentidos, podendo ser sinônimo de zelo, diligência e cuidado, na linguagem popular, mas pode ser também, na esfera jurídica, uma obrigação de reparar o dano por ato ilícito por alguém que o pratica.

No mesmo caminho, leciona Maria Helena Diniz (2011, p.49): “A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever”. Ora, ocorrendo um fato contrário ao ordenamento jurídico, que preconiza uma obrigação de obedecer a certas condutas, é certo que nasce para aquele que causou o dano a outrem, o dever de repará-lo, tendo em vista que a violação a um direito preexistente pressupõe uma sanção.

São dos atos ilícitos (civis ou penais) que decorrem o erro médico, pois agir em desconformidade com os princípios e normas jurídicas e médicas, pressupõe uma sanção por parte do Estado, a fim de que justiça e a impunidade não perdurem no tempo.

Essa responsabilidade por atos ilícitos vai variar de acordo com o bem jurídico tutelado e o tipo de lesão cometida pelo agente causador do ato. Quanto a isso, bem leciona Leonardo Vieira (2008, p.25): “(...) que a ideia de responsabilidade jurídica engloba a de responsabilidade penal e administrativo-profissional, ao lado da noção de responsabilidade civil”.

O princípio hipocrático e máxima da ética médica, *primum non nocere*, quer dizer, a luta pela preservação da vida acima de tudo, não deve ser apenas um lema na atividade médica, mas um guia de como deve se pautar o comportamento do profissional, conhecendo os limites jurídicos de sua atuação e procurando desempenhar seu papel em conformidade com os ditames legais e administrativos, a fim de evitar que danos possam ser causados ao paciente, muitas vezes de forma irreversível, o que ocasionará a imputação de uma responsabilidade, seja ela civil, administrativa ou penal, pelo descumprimento de um dever jurídico e institucional.

Para diferenciar acerca da responsabilidade civil e criminal, pode-se observar o que menciona, acertadamente, o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas:

[...] A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado.

Segundo o mesmo raciocínio, Cezar Roberto Gonçalves (2012, p.57) entende que no caso da responsabilidade civil, um instituto do direito privado, o agente lesiona diretamente o particular, que pode ou não pleitear a reparação do dano. Por outro

lado, no caso da responsabilidade penal, o interesse lesado pertence a toda a sociedade, pois é um instituto de direito público.

No transcorrer do século passado, sustentou-se um pensamento compreensivo e benevolente por condutas danosas causadas pelos médicos, chegando ao ponto de ser considerado caso de “irresponsabilidade absoluta”, sob o fundamento de que a presença do diploma universitário concedia uma capacidade técnica ao médico que não poderia ser contestadas pelos juízes, os quais não detinham nenhum tipo conhecimento técnico sobre o tema, além de que a responsabilização também traria entraves ao progresso da Medicina. (MORAES FILHO, 1996, p.290)

Entretanto, ainda hoje, como informa Figueiredo Dias citado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues (2007, p.16), há quem defenda a não existência de uma responsabilização jurídica do médico, com a seguinte alegação:

[...] o pensamento dos juristas, sendo de tipo formal, abstrato, todo ele orientado para a preservação da legalidade, não se adequa ao julgamento da intervenção médica, porque condicionada pelo bem concreto que se trata e se não pode generalizar, e sempre de acordo com a máxima “não há doenças, mas doentes”.

Entende-se que o erro médico sempre existiu, não sendo típico da sociedade moderna, assim como a busca pela responsabilização por um evento danoso deve sempre existir. Todavia, essa busca pela responsabilidade é algo que pertence ao mundo atual, preocupando-se em atribuir ao agente causador do dano, uma sanção pelo descumprimento de uma obrigação, e para aquele que teve o seu direito violado, a satisfação do dever cumprido.

Neste sentido, sendo a atividade médica uma atividade de risco que envolve a vida humana, o bem mais relevante da sociedade, vale a pena refletir sobre uma maior efetivação de atribuir a responsabilidade pela ocorrência de eventos danosos, seja no âmbito ético-profissional, civil ou penal, que protejam mais o paciente e que alertem aos médicos na realização de suas atividades, as quais devem ser realizadas com maior diligência, conhecimento, segurança e prudência.

### 3.3 RESPONSABILIDADE ÉTICO-PROFISSIONAL

Outro aspecto importante é entender a responsabilidade ético-profissional. Aqui, é atribuída a responsabilidade ao médico em virtude do desrespeito às normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina, o que leva à aplicação das punições estabelecidas pelo Código de Ética Médica, das quais a mais gravosa é a cassação do registro profissional.

O CEM traz uma série de deveres e princípios que devem nortear a atividade médica, cabendo ao profissional alcançá-los em todos os seus aspectos, de forma a utilizar todos os recursos disponíveis, técnico-cientificamente válido e ético-juridicamente correto, para obter a cura do paciente, trabalhando sem excessos e com prudência, competência e diligência, em prol da saúde humana.

A responsabilidade ético-profissional surge com a inobservância dos deveres gerais que cabem aos médicos, o que merece também, indiscutivelmente, a censura ético-profissional por parte dos Conselhos de Medicina. Quando o legislador pátrio delegou a incumbência de elaborar um corpo de normas ao Conselho Federal de Medicina, que regessem a profissão, não o fez com o intuito de proclamar uma carta de princípios, mas sim com o objetivo de conciliar a dignidade pessoal do médico e os interesses de toda uma coletividade. (REALE, 1977, p.52)

O Estatuto Disciplinar dos Médicos Portugueses, segundo Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues (2007, p.28), traz um conceito de infração disciplinar amplo e não muito compreensivo, como se pode observar a seguir:

Comete infração disciplinar o médico que, por ação ou omissão, violar dolosa ou negligentemente algum ou alguns dos deveres decorrentes do Estatuto da Ordem dos Médicos, do Código Deontológico, do presente Estatuto, dos regulamentos internos ou das demais disposições aplicáveis.

Já o Código de Ética Médico Brasileiro, trata da infração disciplinar, estabelecendo, primeiramente, não um conceito, mas uma vedação a causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Percebe-se, com isso, que ocorrerá a infração disciplinar se o médico cometeu um dano ao paciente por imperícia, imprudência ou negligência.

Por outro lado, sabe-se que para a imposição de qualquer sanção nesta seara administrativa, deve ser garantido ao profissional, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, conforme os ditames constitucionais do art. 5º, inciso LV. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.263-264)

Dentre as sanções ético-profissionais pode-se destacar a repreensão escrita, multa, suspensão e inatividade profissional através da cassação do registro que autoriza o exercício da atividade médica. É claro que a aplicação de tais penalidades vai depender do bem jurídico violado e da extensão do dano causado ao paciente, podendo também a responsabilidade atingir a esfera civil e penal.

Diante disso, pode-se concluir que a responsabilidade ético-profissional aplicada pelos Conselhos de Medicina não podem ser confundidas com a responsabilidade civil e penal, pois são normas editadas pelos próprios Conselhos, com o intuito de fiscalizar a atividade médica exercida fora dos padrões aceitáveis e exigíveis de um médico razoável.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Entende-se que a responsabilidade vai variar de acordo com o bem jurídico tutelado e o tipo de dano cometido, sendo a responsabilidade civil objeto de um grande número de ações judiciais por conta de erros médicos. Neste prisma, observa-se que a teoria da responsabilidade baseia-se, via de regra, no ato ilícito por uma ação ou omissão do agente causador do dano, que viola uma norma jurídica civil ou penal.

Como se observa, a ilicitude não é um elemento obrigatório apenas presente no Direito Penal, o qual impõe uma pena por ofensa às regras de convivência de toda uma sociedade. Por outro lado, o ilícito extrapenal ou civil leva, ao agente causador do dano, o dever de reparar a vítima, individualmente. A responsabilidade, qualquer que seja a sua categoria, com dolo ou culpa, por ação ou omissão, impõe ao indivíduo violador da obrigação, o dever de repará-la. (STOCO, 2011, p.140)

Tendo por norte o que estabelece o art. 927/CC, Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 14) aponta que: “o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça”. Pode-se sustentar, por conseguinte, que o intuito deste dispositivo legal é de restabelecer o equilíbrio de uma situação anteriormente existente e que foi rompida por conta de uma conduta lesiva através da recomposição dessa situação ou através de uma indenização, tendo em vista que

limitar essa reparação é fazer com que a vítima arque com o resto dos prejuízos não indenizados.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.53) também demonstram, no âmbito do Direito Privado, o conceito de responsabilidade civil:

[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Maria Helena Diniz (2011, p.38) traz essa mesma ideia da responsabilidade civil ter repercussão no âmbito privado, e não público, quando menciona que o restabelecimento do equilíbrio jurídico desfeito anteriormente pela lesão, deve ser traduzida por uma indenização em dinheiro, caso o retorno ao *statu quo ante* seja inviável.

Coube, porém, a Lacassagne citado por Miguel Kfoury Neto (1990, p.60) definir a responsabilidade médica em sábias palavras, como pode se constatar a seguir:

A responsabilidade médica como obrigação imposta aos médicos em virtude de certas faltas por ele cometidas no exercício de sua profissão, faltas essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal. Esta última conduz à imposição de uma pena; o aspecto civil pressupõe a imposição de um pagamento em dinheiro à guisa de indenização.

O próprio Código de Ética Médica impõe essa responsabilidade ao profissional, quando determina em seu art. 1º, § único, que a responsabilidade do médico é sempre pessoal e nunca presumida, portanto, ao cometer um erro por negligência, imperícia ou imprudência, o médico será obrigado a indenizar o paciente.

Insta salientar que a natureza sancionadora da responsabilidade civil é inquestionável, pois diante da impossibilidade de recomposição da situação anterior à lesão, a lei determina a reparação do dano através de uma indenização. Diante disso, a responsabilidade civil por erro médico atua na esfera privada, havendo uma infração à norma de direito privado, ou seja, atinge diretamente o paciente sem turbar a ordem social (direito público), despertando o interesse da vítima em restabelecer o dano sofrido e de fazer justiça.

### **3.4.1 Responsabilidade objetiva x Responsabilidade subjetiva**

Segundo Silvio Rodrigues citado por Miguel Kfoury Neto (1998, p.49), “subjéitiva é a responsabilidade inspirada da ideia de culpa; objetiva, quando esteada na teoria do risco”. Ainda salienta que não se pode vislumbrar espécies diferentes de responsabilidade, mas formas distintas da obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade do dever de indenizar nasce a partir do momento em que houve o descumprimento de uma obrigação, conforme estabelece o artigo 927, caput /CC, tendo em vista que aquele que comete ato ilícito, previstos nos artigos 186 e 187 do mesmo dispositivo legal, ficará obrigado a repará-lo.

Nesse diapasão, analisando os artigos acima, observa-se que o Código Civil vigente no Brasil traz a responsabilidade civil sob dois prismas igualmente importantes: o da “Responsabilidade Subjéitiva” e da “Responsabilidade Objetiva”. No que concerne à responsabilidade subjéitiva (presente no art. 186/CC), os requisitos necessários para que haja o dever de indenizar são: conduta/ato ilícito por ação ou omissão, dano e nexô causal, além da existência de dolo ou culpa do agente causador do dano. Por outro lado, no que tange à responsabilidade objetiva (presente no art. 187/CC), é desnecessária a prova da conduta do agente (dolo ou culpa), ou seja, a responsabilidade será atribuída independente da prova da culpa.

No caso da responsabilidade objetiva prevista pelo legislador no CC/2002, no seu art. 187 e no art. 927, § único, a culpa será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. O intuito legislativo foi atribuir uma responsabilidade pautada no risco da atividade, não se exigindo a prova de culpa do agente para que seja reparado o dano. Assim determinam tais artigos:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927, §º único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Esses raciocínios legislativos preconizam a responsabilidade objetiva ao obrigar a reparação do dano, independente da demonstração de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo causador do dano implicar risco aos direitos alheios. Entretanto, apesar da atividade médica ser uma atividade de risco e o médico assumir o ônus de desenvolver tal profissão com todo zelo, cuidado e perícia, é certo que a

responsabilidade pessoal do médico será sempre subjetiva, sendo necessária, com isso, a prova da culpa (*lato sensu*) para a sua configuração.

Sabidamente, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.263), analisando o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do art. 14, entendem pela responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, dentre os quais se encontram os agentes da atividade médica. Isto quer dizer que apesar do CDC trazer a responsabilidade objetiva consagrada como primordial nas relações de consumo, o mesmo diploma traz, expressamente, o caráter excepcional para os profissionais liberais.

Pode-se observar que a responsabilidade civil do médico de reparar o dano é indiscutível, principalmente por conta do que professa o Código Civil Brasileiro/2002, em seu art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É importante que tal artigo seja analisado conjuntamente com o artigo 951 do mesmo dispositivo legal, o qual demonstra que a indenização também é devida aos danos como lesões, deformidades, incapacitação para o trabalho e, até mesmo, a morte do paciente, causados pelo exercício da atividade profissional, quando resultantes de negligência, imprudência ou imperícia.

Além disso, a Súmula 37 do STJ traz a abordagem de que “são cumuláveis indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A responsabilidade civil é atribuir a alguém consequência de uma ação ou omissão, quando esse ato é juridicamente sancionado, independente ou não da sua ilicitude. (SÁ; NAVES, 2009, p. 92).

Pelo entendimento traçado por Sergio Cavaliere Filho (2012, p.401), o erro médico pode, muitas vezes, causar a morte do paciente e, é por este motivo que esses profissionais devem ter habilitação específica, com a devida inscrição no órgão competente de fiscalização, e capacitação técnica suficiente para o bom desempenho de suas atividades. Todavia, o preenchimento desses elementos, não retira do profissional médico a sua responsabilidade pessoal de responder pelos danos causados ao paciente.

O instituto da responsabilidade civil assim como o Código de Ética Médica, em seu capítulo III sobre a Responsabilidade Profissional, impõe àquele que causou um dano por ação ou omissão, ou seja, um ato contrário ao ordenamento jurídico,

caracterizável por imperícia, imprudência ou negligência, a obrigação de repará-lo através de indenizações, ressarcindo o prejuízo causado, como uma forma de compensação. Sem a ocorrência de um dano/lesão, o ato ilícito não tem relevância na seara da responsabilidade civil.

Desse modo, apesar da atividade médica ser uma profissão de risco, pois lida com a vida humana, e o médico ser civilmente responsável pelos seus erros com o dever de repará-los, como preconiza também o Código de Ética Médica, não parece ser um tipo de responsabilidade objetiva, ou seja, aquela atribuída ao causador do dano, independente da prova de culpa. Concorda-se, nesse aspecto, que a responsabilidade (pessoal) civil do médico é subjetiva, tendo em vista, principalmente, a importância do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que traz a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais mediante a apuração de culpa, ou seja, o elemento de referência é a análise da culpa individual do médico, com o ônus da prova a cargo do ofendido.

### **3.4.2 Obrigação de meio x Obrigação de resultado**

Sabe-se que o instituto da responsabilidade civil faz parte do direito obrigacional. Isto quer dizer que a prática de um ato ilícito acarretará, para o agente causador do dano, a obrigação de natureza pessoal de repará-lo, ressarcindo o prejuízo causado proporcional ao agravo sofrido pelo indivíduo lesionado. (GONÇALVES, 2012, p.46)

Nesse contexto, faz-se mister distinguir obrigação e responsabilidade, pois a obrigação é um dever originário contido na norma, ou seja, aquilo que se espera do indivíduo como padrão de conduta, enquanto que a responsabilidade é um dever sucessivo, pois decorre do descumprimento da obrigação que foi imposta pela ordem jurídica, nascendo o dever de recompor esse prejuízo causado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.46).

Para melhor entendimento no assunto, é importante também a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado e, para isso, Maria Helena Diniz (2011, p.330) traz o entendimento de que a obrigação do médico se apresenta como uma obrigação de meio, e não de resultado, pois o médico não se obriga a curar o

paciente, mas sim em tratar o paciente com o máximo de cuidado, zelo e perícia, atento aos ditames do Código de Ética Médica e preservando a relação médico-paciente da melhor forma possível, procurando sempre esclarecer sobre enfermidade/tratamento e obter o consentimento do paciente.

A respeito desse assunto, bem leciona Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.403):

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.259), a obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a realizar sua atividade, utilizando-se do máximo de cuidado, prudência e zelo, sem garantir o resultado esperado da sua atuação. Por outro lado, na obrigação de resultado, o profissional, além de realizar a sua atividade, ele busca também o resultado esperado pela outra parte da relação jurídica.

Do mesmo modo, Miguel Kfoury Neto (1998, p.58) aduz que a cirurgia estética (cosmetológica ou embelezadora), que foge ao aspecto curativo e procura satisfazer a uma vaidade, corresponde a uma obrigação de resultado, tendo em vista que o profissional médico se obriga a alcançar certo fim, interessando somente ao paciente que esse objetivo seja cumprido, pois se o resultado for diverso do pretendido, a obrigação não foi concretizada.

Insta salientar, que a maioria da doutrina entende ser a obrigação do profissional médico, uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, e, portanto, nesse caso, a culpa deverá ser comprovada para se atribuir uma responsabilidade. Todavia, no que tange aos médicos cirurgiões plásticos, que destinam suas atividades às cirurgias estéticas, a obrigação será reputada de resultado, havendo implícita uma obrigação de segurança ou incolumidade, na qual o profissional se compromete pelo resultado final esperado pelo paciente. Nesse caso, a culpa é presumida, somente sendo excludente da responsabilidade do médico, a força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima.

É certo que existe uma discussão acerca da natureza jurídica dessa relação, se contratual ou extracontratual (aquiliana), mas esse não é o objeto do presente estudo. O que importa é saber que a natureza jurídica da relação médico-paciente nada altera a responsabilidade do médico, pois o que realmente tem expressão nesse simplório estudo é saber se a obrigação gerada pelo conflito é de meio ou de resultado, a fim de atribuir uma responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Como pode ser evidenciado, não é objetivo desse presente estudo, desenvolver aprofundadamente a problemática da responsabilidade civil, tendo em vista que se trata de um tema voltado aos aspectos penais da conduta danosa do médico, mas uma breve passagem pelo tema na seara cível e administrativa é importante para uma melhor compreensão dos elementos de natureza penal que serão abordados posteriormente.

### 3.5 RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

A diferença primordial entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil encontra-se, basicamente, no fato de que a responsabilidade penal envolve não só o interesse do particular, mas também o interesse público, além disso, a culpa penal pressupõe a cominação de uma pena pela prática de uma conduta tipificada no Código Penal, enquanto que a culpa civil gera, simplesmente, o direito à reparação do dano, diante de um interesse privado.

Uma das grandes discussões que envolvem a responsabilidade penal por erro médico diz respeito a existência ou não de erros dolosos, na modalidade do dolo eventual. Muitos defendem a existência do erro doloso, distinguindo-se de outros que alegam que o erro médico só poderá existir na modalidade culposa, sob o argumento de que um médico, ao realizar um procedimento, prevendo que seu resultado poderia trazer graves danos ao seu paciente, não deveria ser chamado de médico e deveria ter seu registro caçado. Já outros autores entendem que o médico somente deveria responder processo criminal se agisse com dolo, como salienta Hungria e M. Carrara citados por Antônio Evaristo de Moraes Filho (1996, p.290)

É uma discussão bastante pertinente e merece uma maior apreciação por parte deste estudo, trazendo alguns elementos da responsabilidade penal e suas implicações ético-jurídica e profissional na vida do médico.

Portanto, é compreensível que lidar com vidas humanas envolve riscos assustadores, mas quem opta por esta carreira para cuidar da saúde de outrem, deve ter plena consciência de que desempenhar essa atividade merece extremo cuidado, zelo, prudência e muito conhecimento, tendo em vista que a inobservância desses requisitos trará consequências na seara jurídica, civil e administrativa.

Nesse diapasão, será demonstrada no capítulo seguinte, uma maior profundidade acerca das condutas médicas que podem configurar tipos penais, submetendo o profissional ao processo e julgamento da justiça criminal, não se justificando o desenvolvimento do presente item com maior afinco.

## 4 O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO

A convivência humana pressupõe a existência de normas que a regule. Para um convívio social harmonioso é necessário a coexistência entre o homem e a norma, cujo descumprimento ocasionará uma efetiva sanção. A ausência desse controle por parte do Estado acarretaria o caos social.

A norma estatal que protege a sociedade das condutas mais graves à manutenção da ordem social é chamada norma penal e, quando ocorre uma violação a essa norma, surge o direito de punir do Estado, exercendo o *ius puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado decorrente do Princípio da Soberania.

Como forma de manter a paz e o equilíbrio social é que surge o Direito Penal, tutelando bens jurídicos não amparados por outros ramos do Direito, sendo a resposta mais violenta do Estado diante de condutas graves e perniciosas ao equilíbrio social. Em meio a essa questão, é que nos próximos tópicos serão abordados a finalidade do Direito Penal e os bens jurídico-penais por ele tutelado.

### 4.1 FINALIDADE DO DIREITO PENAL

Deve-se ter em mente que a finalidade do Direito Penal Brasileiro é proteger valores fundamentais garantidos pela Constituição Brasileira, que são os chamados bens jurídicos. Quando um indivíduo lesiona ou põe em perigo algum bem jurídico protegido penalmente, ele torna-se um infrator de uma norma penal, portanto, sujeito à correta aplicação da lei, ou seja, este indivíduo infrator estará submetido às sanções previstas para aquele tipo de violação a determinado bem jurídico-penal.

Nesse diapasão, Paulo Queiroz (2011, p.34) menciona sobre o caráter subsidiário do Direito Penal, entendimento pacífico na doutrina brasileira, dizendo que “[...] o direito penal somente deve ser chamado a intervir quando fracassarem outras instâncias de controle social, como família, escola, trabalho, direito civil ou administrativo”.

Levando-se em consideração que o Direito Penal tutela não só direitos subjetivos, mas também bens jurídico-penais, observa-se, com isso, que essa proteção abrange bens de natureza corpórea e bens imateriais, na medida da importância que eles representam na vida social. Em face disso, o Direito Penal é um instrumento de disciplina e de contenção da atividade criminalizadora, pois é através da pena sanção contra fatos nocivos que é mantida a conservação da ordem social. (LUIZ LUISI, 2003, p.168-170)

Por mais simples que seja a finalidade do Direito Penal, vale a pena observar o que menciona Luiz Regis Prado (2011, p.65): “A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

De fato, o Direito Penal tem, essencialmente, uma missão de proteger a convivência humana contra condutas lesivas à sociedade e, para isso, utiliza-se da lei penal, da qual surgem as sanções, com as penas e as medidas de segurança, como forma de proteção e garantia da manutenção da paz pública.

Ao discorrer sobre o Direito Penal, Cezar Roberto Bitencourt (2013, p.37) afirma que o Direito penal tem caráter fragmentário, ou seja, representa a *ultima ratio* do sistema, para a tutela dos bens mais relevantes e de maior importância para a sociedade.

Neste quadro em que se delinea a finalidade do Direito Penal, Rogério Greco (2010, p.2-3) traz a abordagem de que esses bens jurídico-penais são extremamente valiosos e necessários para a manutenção da paz social. Por outro lado, ainda menciona que essa importância não decorre de fatores econômicos, mas sim de fatores políticos, em que pese muitos bens jurídicos que mereciam a tutela do direito Penal no passado, em virtude das constantes evoluções sociopolíticas, atualmente, não são mais protegidos pelo Direito Penal.

Cabe salientar que dentre aqueles que defendem que a finalidade do Direito Penal é de promover a segurança jurídica, uns entendem que essa segurança é promovida através da tutela de bens jurídicos, enquanto outros entendem que a segurança advém da tutela de valores ético-sociais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.90-91)

Dentre os doutrinadores que entendem que a meta do Direito Penal é promover a segurança jurídica através da proteção de valores ético-sociais, está Fernando Capez (2005, p.1-2), sob o seguinte fundamento:

[...] Estabelece-se um compromisso de lealdade entre o Estado e o cidadão, pelo qual as regras são cumpridas não apenas por coerção, mas pelo compromisso ético-social que se estabelece, mediante a vigência de valores como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade etc.

Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade.

Desta forma, percebe-se que a maioria dos doutrinadores assevera que a finalidade do Direito é a garantia da ordem social. Para isso, utiliza-se das leis penais que determinam certos comportamentos e proíbem outros, imputando as sanções que lhes correspondem para fins de manutenção do equilíbrio social.

#### 4.2 BEM JURÍDICO-PENAL

Na lição de Clóvis Beviláquia citado por Cristiano Chaves (2011, p.474), “bem é tudo quanto corresponde à solicitação de nossos desejos”. No entanto, sob o prisma jurídico, sabe-se que bens jurídicos são aqueles que servem de objeto a uma relação jurídica, podendo ser materiais ou imateriais. Os bens que têm valor jurídico são aqueles que são tutelados por algum dispositivo legal. Há, com efeito, bens jurídicos com valor econômico e aqueles que não têm valor econômico, tendo em vista que não podem ser avaliados pecuniariamente, como é o caso da honra, imagem, vida, integridade física, corpo humano etc.

Sem dúvida, portanto, bem jurídico é aquele que denota relevância para a sociedade, a ponto de ser amparado pelo ordenamento jurídico e, nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.294), em oportuna lição, menciona que “[...] em sentido jurídico, *lato sensu*, bem jurídico é a utilidade, física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real”.

Desse modo, Roxin citado por Luiz Régis Prado (1996, p.37) disserta:

Bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a

propriedade, que toda a gente conhece, e na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente...

O bem jurídico penal está inserido dentro do modelo de Estado Democrático de Direito, para garantir uma vida de paz entre os seus integrantes, no qual a ordem social elege seus bens jurídicos constitutivos. A essência do bem jurídico-penal é o seu juízo de valor trazido pela própria Constituição, que é a norma basilar que serve de parâmetro para se construir um sistema punitivo baseado na legalidade e na dignidade, onde os valores fundamentais devem vincular o legislador ordinário a proteger esses valores constitutivos da sociedade. (PRADO, 1996, p.43-45)

De igual modo, Yuri Carneiro Coelho (2003, p.82-83) demonstra que o legislador está limitado a criminalizar somente condutas que violem valores constitucionais de relevância para a manutenção da convivência social harmônica, ou seja, a escolha de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal está diretamente relacionada à valoração das normas e princípios constitucionais dada a esses bens, tendo em vista que o nem tudo pode ser protegido pelo Direito Penal.

Tendo em vista que condutas irrelevantes não merecem a tutela do Direito Penal, percebe-se, com efeito, que a norma penal, *ultima ratio*, protege somente os bens jurídicos consagrados constitucionalmente, a fim de que o legislador infraconstitucional não incorra de forma diversa do que determina a Carta Magna.

Por outro lado, bastante preciso, neste sentido, é o entendimento do professor Miguel Calmon Dantas (2009, p.107), quando menciona sobre bem jurídico-penal constitucionalmente adequado, demonstrando que devido ao aumento da violência e da insegurança da sociedade, normas infraconstitucionais estão sendo criadas de forma irracional, contrariando a concepção constitucional de bem jurídico-penal. Eis o tratamento que ele dá:

Com a complexidade social, compondo a sociedade de riscos, com as deficiências das políticas públicas, ocasionando o aumento da violência e o surgimento de novas ameaças a bens jurídicos relevantes, vislumbra-se haver cada vez mais uma irracionalidade política que se expressa através de legislação penal de caráter eminentemente simbólico, distanciando-se da concepção garantista e da legitimidade material irradiada a partir da Constituição Federal de 1998.

Com efeito, o valor que esses bens jurídico-penais representam é de extrema relevância para a sociedade, construídos por uma realidade histórico-sociopolítica, compondo, fundamentalmente, o mundo histórico-cultural do Direito, como bem expressa Miguel Reale (2002, p.271-274)

O certo é que não há um modelo único de sociedade, assim como fatores que dela surgem, sejam eles políticos, econômicos, religiosos, culturais, sociais, etc, o que implica, conseqüentemente, na existência de vários modelos de Estado e de ordenamento jurídico. O Brasil preferiu adotar o modelo de Estado Democrático de Direito, presente no art. 1º da Constituição Federal Brasileira, em que pese essa democracia represente uma união entre o Estado liberal e o Estado social. (FRANCO; STOCO, 2007, p.35)

A democracia também é uma característica do Estado Brasileiro, que possui normas de direito público e privado, garantindo os direitos e liberdades fundamentais do homem, sendo o Direito Penal um conjunto de normas de direito público que tutela os bens jurídicos mais relevantes para essa sociedade democrática.

Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues (2001, p.32) também define os bens jurídico-penais ao falar que o direito penal é “[...] o conjunto de normas protetoras dos bens jurídicos, nos valores eleitos pela sociedade, cujo ato infrator constitui o crime por ele regulado”, o que demonstra que os bens jurídico-penais são aqueles que merecem maior apreciação por parte do Estado, tendo em vista sua essencialidade para a permanência da ordem social.

Neste passo, a despeito de se entender que os bens jurídico-penais são os bens de maior relevância social, é que se observa a finalidade do Direito Penal, que é justamente a tutela desses bens jurídicos, através da fiel aplicação da norma penal em face do descumprimento da prescrição estabelecida por ela.

O fato é que, ao tratar da atividade profissional médica, vale dizer, uma atividade de risco, pela sua própria natureza, vislumbra-se bens jurídico-penais extremamente importantes, diante dos valores fundamentais que emanam deles. Trata-se dos bens jurídicos vida, saúde, liberdade e integridade física, e qualquer violação a esses bens jurídicos por erro médico, ou seja, causado um dano e demonstrado a culpa (*lato sensu*) do profissional, a responsabilidade lhe será atribuída, seja ela administrativa, civil ou penal.

#### 4.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Como já foi bem delineada no item anterior, a finalidade do Direito Penal é a proteção da sociedade, na defesa dos bens jurídicos escolhidos por ela como os mais relevantes e que o direito de punir é exclusivamente do Estado, através do seu *ius puniendi*, estabelecendo regras a serem seguidas e cominando sanções para o seu descumprimento. Passa-se agora a procurar demonstrar como se impõem essas sanções, ou seja, como ocorre a responsabilidade penal do agente violador da norma penal.

Os pressupostos da responsabilidade penal nada mais são do que os elementos que envolvem o conceito analítico de crime. O Direito, em geral, tem a função de regular condutas humanas, e o Direito Penal, em particular, regula condutas humanas perniciosas à sociedade. Portanto, não há crime sem conduta e, analiticamente falando, o crime é um fato típico, ilícito e culpável. Com isso, a conduta humana criminosa demanda que seja analisada dentro desses três pressupostos da responsabilidade penal.

A tipicidade da conduta humana tem a ver com a descrição da infração prevista na norma penal incriminadora. Quando um fato se encaixa perfeitamente na descrição normativa penal, esse fato traduz um comportamento proibido jurídico-penalmente. Se um fato não está presente na norma penal, esse fato pode ser até considerado um ilícito, mas não tutelado pelo Direito Penal, sendo, portanto, uma conduta atípica. (QUEIROZ, 2011, p.152)

Dando respaldo a essa linha de pensamento, Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues (2001, p.97) aduz que “[...] tipicidade é a perfeita adequação entre a ação ou omissão do agente e a descrição da lei sobre o que seja crime”. Para ela, a tipicidade nada mais é do que a descrição da conduta humana que contraria a ordem jurídico-penal, sendo o agente passível de responsabilidade.

Destarte, a conduta humana censurável pela lei penal é típica quando se diz que o fato descrito na norma foi concretizado. Essa tipicidade está atrelada ao Estado Democrático de Direito e ao Princípio da Legalidade, que exigem que os crimes e suas respectivas penas estejam previstos em uma lei anterior, suficientes para delimitar a atuação da ordem jurídica. (FRANCO; STOCO, 2007, p.57)

Como não poderia deixar de mencionar, Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.275) aduz que “a tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal”, o

que demonstra que a conduta do agente deve se encaixar perfeitamente na moldura abstrata que foi descrita na lei penal, estabelecendo-se, com isso, um modelo incriminador passível de sanção.

Como bem assevera Luiz Regis Prado (2011, p.326), “o Direito Penal é, por excelência, um direito tipológico”, vê-se, efetivamente, que o tipo penal descreve uma conduta vedada pelo ordenamento, seja ela culposa ou dolosa. Ocorrendo essa subsunção, ou seja, essa adequação da perfeita da conduta ao tipo penal, estar-se-á falando em tipicidade.

Cumprir verificar agora que, além de típica, a conduta punível também é contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, antijurídica. Com relação a isso, aborda Paulo Queiroz (2012, p.185) que não havendo nenhum amparo da exclusão de ilicitude, como a legítima defesa, estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito, todos presentes no art. 23/CP, mesma típica a ação, esta não será considerada antijurídica, tendo em vista tais condutas são autorizadas pelo Direito, mas dentro dos limites da legalidade e beneficiando o agente.

Nessa mesma linha de pensamento, ainda salienta Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues (2001, p.112) que dentre os elementos essenciais que compõe o fato delituoso, ao lado da conduta, omissiva ou comissiva, da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade, também é indispensável para a formação do conceito de delito. Entretanto, ainda ressalta que o fato que reúne todos esses elementos pode não figurar como um crime, pois a lei autoriza a legitimidade do agente, vale dizer, as excludentes de ilicitude.

Torna-se pertinente, também, após demonstrar a conduta típica e antijurídica, apurar a culpabilidade do autor. Apesar da culpabilidade, ela sempre perpassa por um juízo de reprovabilidade da conduta que recai sobre o agente, e não um juízo sobre o fato. No âmbito da autonomia da vontade, o homem é livre para praticar qualquer conduta, e a culpabilidade é individual, intrínseca a cada indivíduo pela manifestação da vontade. (GRECO, 2012, p.371-372)

Ademais, quando se fala em culpabilidade, é indispensável avaliar dois elementos, quais sejam vontade e previsibilidade, que são conceito jurídico-penais de extrema relevância para se avaliar o grau de responsabilidade penal do agente. Ao dizer que

um crime é culposos, avalia-se a previsibilidade, enquanto que para o crime doloso leva-se em consideração a vontade do agente. (MIRABETE, 2005, p.195)

Nesse mesmo sentido, Cláudio Brandão (2010, p.223) destaca, nos seguintes termos abaixo:

A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre um fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Para Paulo Queiroz (2012, p.186), a culpabilidade é uma condição subjetiva que vai incidir sobre o autor do fato típico e antijurídico, já que é possível e exigível desse agente que sua conduta seja de acordo com o direito. Ainda sobre isso, ele declara que “culpabilidade é exigibilidade”, demonstrando, neste aspecto, que deste agente é esperada uma conduta que se coaduna com o ordenamento.

É certo que a culpabilidade é o elemento mais importante do conceito de crime, tendo em vista que se trata de um elemento carregado de subjetivismo e valoração do agente infrator, que, por vontade particular, afasta-se da vontade da lei; a sua ausência é indicativo de que não haverá pena. (BITENCOURT, 2009, p.352-353)

Merece destaque também o que aduz Luis Régis Prado (2011, p.383), quando traz a metáfora “contas a prestar”, momento em que se percebe a culpabilidade como um elemento do crime diretamente relacionado à vontade do agente, sendo este capaz de assumir as consequências do ato ilícito. Quando o agente não é capaz de assumir essas consequências, estar-se-á diante da seara da inimputabilidade, na qual o agente não tem condições de discernimento da conduta típica e antijurídica que pratica.

Em meio a tantos conceitos doutrinários de culpabilidade, não poderia deixar de ser citado o de Nelson Hungria (1958, p.475), *in verbis*:

Segundo a doutrina tradicional e em face do Direito positivo, culpabilidade penal é a consciência da reprovação ético-jurídica do fato que se comete, correspondente a um tipo de crime.

Feita a análise dos pressupostos do crime e os juízos de reprovação do fato e do autor, cabe salientar que a conduta humana é livre e, para essa liberdade é que foram estabelecidas normas penais, a fim de que os bens jurídicos de maior relevância social fossem protegidos, mantendo-se, com isso, a ordem social. A responsabilidade jurídica atribuída ao agente causador do dano não teria sentido

senão em relação a essa liberdade, pois somente a ação humana é passível de responsabilidade.

#### 4.4 ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA PUNÍVEL (DOLO E CULPA)

É certo que para o reconhecimento do crime como fato punível, não basta apenas a tipicidade e a antijuridicidade, como foi visto anteriormente, sendo necessária também uma conexão que vincula o fato ao agente; e isso é a culpabilidade ou culpa *lato sensu*, que constitui o elemento subjetivo da conduta punível. (HUNGRIA, 1958, p.25)

Para se unir aos demais elementos constitutivos do crime, antes de adentrar efetivamente nos aspectos do elemento subjetivo da conduta punível, insta, pois, neste momento, salientar brevemente a conduta ou ação humana e suas teorias, a fim de trazer maiores conhecimentos fixados no tópico anterior.

A teoria causal ou naturalista da ação foi desenvolvida por Von Liszt no final do século XIX, que dizia que “a ação consiste numa modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, e produzida por uma manifestação de vontade, isto é, por uma ação ou omissão voluntária”. Percebe-se, neste conceito, a ausência do conteúdo da conduta, ou seja, o dolo ou a culpa. (BITENCOURT, 2013, p.287)

Já a teoria social da ação, decorrente dos esforços de Eb. Schmidt, ainda na década de 1930, entende que a ação humana é uma manifestação externa da vontade do agente que tem relevância social, ou seja, o que importa para essa teoria é a valoração que a conduta representa para a sociedade numa determinada época. (PRADO, 2010, p.279-280)

Foi a partir do finalismo de Welzel que a ação humana passou a ser entendida como um comportamento voluntário sempre determinado a uma finalidade, seja ela lícita ou ilícita. De fato, essa teoria trouxe significativos avanços na doutrina do direito penal brasileiro, principalmente para a teoria do delito, tornando-se a teoria mais desenvolvida na doutrina e jurisprudência. (FRANK JUNIOR; FRANK, 2012, p.171)

Como assevera Cláudio Brandão (2010, p.135), “a conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime”. O tipo de conduta proibida na descrição normativa

penal é formado por uma unidade objetiva e outra subjetiva. A unidade objetiva diz respeito a descrição objetiva da conduta delituosa, composta por uma ação ou omissão, enquanto que a unidade subjetiva representa o elemento volitivo (dolo ou culpa) do agente ao realizar a conduta delituosa, e é exatamente esse elemento subjetivo da conduta humana que será abordado neste capítulo.

Percebe-se que toda conduta humana tem uma finalidade, pois o homem orienta seus atos à consecução de um determinado fim, seja ele lícito ou ilícito. Nesse momento, atenta-se para demonstrar que na conduta lícita, a finalidade também está direcionada a um fim, só que um fim conforme o Direito, enquanto que na conduta ilícita, a finalidade estará voltada a um ato contrário ao Direito.

Vê-se, pois, que não basta a ação do profissional médico e resultado lesivo ao paciente para se atribuir uma responsabilidade jurídico-penal, é necessária também que essa conduta médica seja culposa, ou seja, que tenha o médico agido com dolo ou culpa. Não pode o simples pensar ou querer, sem nenhum tipo de exteriorização, ser considerada como uma conduta punível.

Em contemplação a isso, Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.228) menciona que a “ação humana é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim”. A ação ou omissão humana constituem as duas feições essenciais do fato punível, sendo a ação uma violação a algo que é proibido e a omissão é o descumprimento de um dever imposto pela lei. A responsabilidade à conduta punível decorre de ação ou omissão contrária ao ordenamento, e o Direito Penal não pretende ser, senão, um instrumento regulador dessa conduta humana indesejável.

Nesse sentido, é o que sustenta Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p.388-389), *in verbis*:

O direito pretende regular conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além da conduta. Se admitíssemos que o delito é algo diferente de uma conduta, o direito penal pretenderia regular algo distinto da conduta e, portanto, não seria direito, pois romperia o atual horizonte de projeção de nossa ciência

Note-se que a noção de conduta punível parte da presença dos pressupostos do crime, que são a essência da responsabilidade penal. Não haverá essa responsabilidade penal na ausência de qualquer um desses requisitos, podendo até adentrar na seara civil, mas, criminalmente, essa conduta não será punida. Daí a necessidade de se conhecer esses elementos subjetivos da conduta punível, vale

dizer, o dolo e a culpa, para um maior compreensão acerca da discussão referente ao erro médico culposo e doloso.

#### **4.4.1 Responsabilidade Penal por Erro Culposo**

Sabe-se que os crimes culposos só são puníveis, ou seja, passíveis de responsabilidade penal, quando houver expressa prisão legal nesse sentido, caso contrário, o agente somente poderá ser punido à título de dolo. Dessa forma, o crime culposo é uma forma excepcional de crime.

Nos termos do inciso II do art. 18, do Código Penal, diz-se que a conduta culposa é aquela em que o agente deu causa ao resultado por imperícia, negligência ou imprudência.

Segundo Rogério Greco (2010, p.190), é uma definição insuficiente para ensejar uma responsabilidade penal com precisão, necessitando, além da inobservância do dever objetivo de cuidado, a conjugação de outros elementos objetivos do tipo penal culposo, como conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva, resultado lesivo, nexo de causalidade, previsibilidade e tipicidade.

Geralmente, os erros médicos que podem ensejar uma responsabilidade penal de natureza culposa, ocasionando um dano ao paciente, configuram os tipos penais de lesões corporais, grave e gravíssima, que podem gerar ou não uma incapacitação, e o homicídio.

Analisando esses elementos que constituem o crime culposo ou a culpa *stricto sensu*, percebe-se que a conduta é um ato voluntário que se destina a realização de fim lícito, mas pela ausência do dever de cuidado, o agente dá causa a um resultado não querido e nem desejado por ele. Houve, nesse caso, uma deficiência na execução, pois o que importa não é a finalidade do agente, mas sim o modo e a maneira com que atua. (MIRABETE, 2005, p.145)

No que concerne aos elementos resultado lesivo e nexo causal, se houver uma inobservância do dever de cuidado, mas não ocorreu um resultado lesivo, não há de se falar em crime. É preciso ter uma conexão entre o dano e a conduta que lhe deu

causa, pois estão intrinsecamente ligados para configurar um injusto penal. (PRADO, 2011, p.346)

Ademais, esse resultado deve ser previsível, ou seja, o agente tem previsão acerca da possibilidade da produção de um resultado típico, o qual foi elaborado na mente do agente por conta da compreensão do perigo da sua conduta. Ao ter conhecimento do grau de perigo de sua conduta e não observar os deveres de cautela, dando continuidade à sua ação e não protegendo aquele bem jurídico, o agente agiu com culpa consciente. Diferentemente da culpa inconsciente, na qual o agente não tem conhecimento do grau de perigo de sua conduta. (BITENCOURT, 2013, p.377)

Tal previsibilidade é um aspecto subjetivo da conduta culposa e, para isso, Julio Fabbrini Mirabete (2005, p.147) conceitua:

É a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios, e a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente. A essa possibilidade de conhecimento e previsão dá-se o nome de previsibilidade.

Há de se atentar, porém, que se um fato é previsível, no caso concreto, o agente pode ou não prevê-lo, já que os homens são seres distintos e com grau de inteligência, conhecimento e instrução diferenciados, o que, conseqüentemente promove uma variação da previsão do resultado em cada um. Nesse caso, só haverá reprovabilidade da conduta se o agente tem condições de prevê-la. (MIRABETE, 2005, p.148)

Segundo Damásio E. de Jesus (1992, p.258), “ a previsão é elemento do dolo, mas que, excepcionalmente, pode integrar a culpa”. Nesse caso, é a culpa com previsão, ou seja, culpa consciente, na qual o agente não quer o resultado e não assume o risco de produzi-lo.

Quando o sujeito não realiza a previsão do resultado, diz-se que ocorre a culpa inconsciente, ou seja, é possível de se prever, mas não foi prevista, o agente pratica a conduta e dá causa ao resultado danoso. Isto quer dizer que a conduta é culposa, mas o agente não tem consciência de que o resultado ocorreria, pois não realizou a previsão. (TELES, 2004, p.191-192)

Nesse diapasão, se um indivíduo é responsável pessoalmente pelos seus atos, tendo conhecimentos técnicos específicos e não sendo inimputável, é que Nelson

Hungria (1958, p.25) assevera que isso é a capacidade de direito penal, ou seja, “é a capacidade de autodeterminação e de entendimento ético-jurídico, referida ao *homo medius*”.

Diante disso, pode-se perceber que a culpa *stricto sensu*, pode ser dividida em culpa consciente ou inconsciente, e o elemento diferenciador entre elas é a previsibilidade do resultado danoso. Quando o agente prevê o resultado, mas confia e tem plena convicção que ele não ocorrerá, estar-se-á diante da culpa consciente, a qual tem as suas similitudes com o dolo eventual. Neste último, o agente prevê o resultado, mas não o deseja, todavia, o aceita caso venha acontecer. Essa discussão é extremamente delicada, portanto, será abordada com mais afinco no último item deste capítulo.

Entretanto, cabe salientar que ao analisar a previsibilidade dentro da conduta de um profissional médico, concorda-se que por lidar com vidas humanas é exigível deste profissional, pela própria formação e experiência no exercício da atividade para o qual foi preparado, um comportamento de um homem mediano, ou seja, um comportamento com observância dos deveres de cuidado que a profissão lhe exige, portanto, é exigível a previsibilidade. Entretanto, pouco importa se a culpa é consciente ou não, pois, uma é equiparada à outra, para fins da aplicação da pena em abstrato.

Tecidas, brevemente, tais considerações, insta recordar, neste momento, que sendo a obrigação do médico, via de regra, uma obrigação de meio, e não de resultado, como mencionado no capítulo anterior, ele torna-se responsável pelos insucessos decorrentes dos atos praticados no exercício da Medicina. A conduta, diga-se, a ação do médico que provoca um dano tipificado em lei penal, é culposa quando este age infringindo o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imperícia ou imprudência.

A culpa civil e a culpa penal têm suas similitudes, pois ambas resultam no evento danoso ao bem jurídico, que, nesse caso, é a saúde do paciente, mas a culpa civil gera o dever de recomposição do dano, enquanto que a culpa penal caracteriza-se por sua tipicidade, ou seja, a conduta proibida encontra-se descrita na lei penal.

É certo que a culpa em erros médicos é desencadeada pela falta de zelo, cuidado e atenção no desenvolver da atividade profissional, tanto que o próprio Código de

Ética Médica, no capítulo III, em seu art. 1º, sobre responsabilidade profissional, traz a vedação ao médico de causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Como bem leciona Miguel Kfoury Neto (1990, p.66): “tratando-se da vida humana, não há lugar para culpas pequenas”. Por isso, a conduta culposa do profissional médico deve ser avaliada em todos os seus aspectos, gravidade, repercussão e momentos, a fim de ser imputada a sanção mais adequada diante da avaliação do caso concreto.

Nesse diapasão, Rui Stoco (2011, p. 134) menciona que a responsabilidade penal adota o princípio da tipicidade, enquanto a responsabilidade civil é regida pelo princípio da atipicidade. Com isso, a existência de culpa, não necessariamente vai trazer consequências na seara penal, já que é preciso ocorrer uma desobediência a algum dispositivo tipificado penalmente.

Desse modo, para que a responsabilidade penal médica por crime culposos seja atribuída ao agente, mister se faz que o paciente ou, na ausência deste, seus familiares, demonstrem o dano penalmente relevante experimentado e que o mesmo derivou da culpa *strictu senso* e, para aplicação da sanção, pouco importa se a culpa foi consciente ou inconsciente, cabendo somente, segundo o CPB, a demonstração da imprudência, negligência ou imperícia.

#### 4.4.1.1 Imperícia

Quando um profissional médico der causa a um dano ao seu paciente por imperícia, diz-se que ele atuou com falta de habilidade, de técnica adequada para a realização de determinada atividade. E, sendo a imperícia um dos elementos do crime culposos, os atos profissionais que causarem a morte, inabilitação para o trabalho, lesão corporal ou ferimento ao paciente, deverão ser reparados, tanto civilmente como penalmente.

A falta de habilidade e a deficiência de conhecimentos técnicos exigidos pela profissão caracteriza a imperícia. O médico deve estar atento às normas técnicas para a realização de qualquer procedimento, dos mais simples aos mais complexos

a fim de não cometer lesões ao bem jurídico do seu paciente. Um cirurgião, ao fazer uma incisão com o bisturi, no corpo do seu paciente, deve tomar todo o cuidado possível e estar atento às técnicas estudadas por ele, a fim de não atingir outros órgãos e lesionar gravemente seu paciente. (TELES, 2004, p.189)

Sendo o médico um profissional portador de diploma e de conhecimentos técnicos para o exercício da atividade, isso faz com se torne habilitado para o desenvolvimento da Medicina e apto para realizar procedimentos para as quais foi preparado. Julgá-lo imperito, ou seja, sem conhecimentos elementares para a prática da atividade ou profissão, muitas vezes, é uma situação delicada e que pode terminar envolvendo as instituições de baixa qualidade de ensino da Medicina. (MOTA, 1999, p.88)

Há quem defenda, como Sérgio Coelho Cavalcante Júnior (2006, p.67) e Veloso França citado por Miguel Kfoury Neto (1998, p.85), que todo médico graduado na faculdade de medicina reconhecida pelo Ministério da Educação e Cultura e devidamente inscrito nos Conselhos Regionais de Medicina, não há que se falar em imperícia em quaisquer circunstâncias, pois a presença desses requisitos presume a existência de habilitação e conhecimentos técnico-científicos suficientes para o desenvolvimento de suas funções.

Entretanto, Maria Helena Diniz (2011, p.740) entende que a imperícia pode existir na seara médica e decorre de um despreparo técnico e intelectual do médico, atuando sem saber o que deveria saber ou deixando de observar certas técnicas necessárias ao sucesso do procedimento realizado.

Segundo Clóvis Francisco Constantino (2008, p.98), a imperícia não pode ser simplesmente entendida como total desconhecimento de certa técnica ou procedimento, mas deve-se levar em consideração a possibilidade desse ato ter sido praticado com deficiência de conhecimento ou inaptidão, demonstrando, com isso, uma inaceitável aplicação errônea da arte médica.

É certo que a atividade médica requer do profissional uma constante atualização de conhecimentos específicos e de novas técnicas que surgem no mundo científico para a cura e o tratamento das enfermidades. Mas todas as profissões ensejam atualizações, pois, caso contrário, o profissional fica estagnado no tempo, sem se aprimorar, e termina desempenhando atos profissionais ultrapassados que podem

vir a causar danos ao paciente. Para isso, todo profissional, principalmente aqueles que tratam diretamente com a vida humana, como os médicos, tem o dever, periodicamente, de buscar novos conhecimentos, informações e técnicas mais modernas e eficazes na solução dos problemas de saúde, observando, com isso, o dever objetivo de cuidado para com seus pacientes.

#### 4.4.1.2 Imprudência

No que tange a uma conduta imprudente, Francisco Paulo Cerqueira Mota (1999, p.89) disserta que esta ocorreria quando o indivíduo age sem a devida cautela, atingindo, com isso, níveis de irresponsabilidade, pois não se comportou com cuidado e zelo, causando um resultado lesivo ao paciente que lhe era previsível.

A imprudência consiste numa conduta positiva, em que o médico age irrefletidamente, muitas vezes, precipitando-se em realizar certos procedimentos sem respaldo técnico-científico e sem levar em consideração a possibilidade do erro, colocando, com isso, a vida do paciente em risco, apesar de sua vontade não estar dirigida em praticar aquele ato lesivo. (DINIZ, 2011, p.741)

Agir com ponderação diante de uma vida humana é elemento indispensável para uma boa conduta médica, mas a imprudência praticada pelo profissional médico diz exatamente o contrário, ou seja, o médico tem conhecimento do risco de certa prática e, mesmo assim, sem observar os cuidados necessários, age com ausência de ponderação. (CONSTANTINO, 2008, p.98)

De acordo com Gerson Coelho Cavalcante Júnior (2006, p.67), durante a avaliação da imprudência pelo órgão julgador, devem-se levar em consideração as provas técnico-periciais, avaliando-se a inobservância de regra técnica e a omissão de cuidado. Ainda salienta que isso pode ser percebido quando o médico prescreve, para uma paciente grávida, um antibiótico que possa vir a causar má formação fetal (teratogenia).

Dando respaldo a essa linha de pensamento, Leonardo Vieira Santos (2008, p.73) entende por imprudência: "(...) uma conduta açodada, precipitada, diferente da que seria seguida pelo homem médio, dono de postura mais cautelosa." Ora, é de se

esperar que o médico, assim como qualquer outro profissional, ao realizar um procedimento sem observar os parâmetros éticos de cautela, cause um prejuízo lesivo ao paciente, que lhe era previsível, já que se negou a ter os cuidados que o caso necessitaria, ou seja, agiu desrespeitando o dever de cautela que lhe era atribuído.

Como estrutura do crime culposo, a imprudência, segundo entendimento de Paulo Queiroz (2011, p.246) é uma expressão muito ampla que abrange tanto a negligência como a imperícia, mas que decorre de um ato comissivo (ativo) arriscado e que vem causar um evento danoso ao paciente. É o caso de um cirurgião que decide não esperar o anestesista para iniciar a cirurgia e, ele mesmo, aplica a anestesia em excesso e o paciente morre de parada cardíaca.

De fato, a imprudência pode ser revelada por condutas e atitudes não reconhecidas pela experiência, como, por exemplo, intervenções cirúrgicas arriscadas, doses exageradas de medicamentos, casos em que é necessária uma maior advertência do profissional, o qual poderá responder por consentir a ação imprudente. (MACHADO, 1976, p.247)

Entende-se, por conseguinte, de acordo com as análises aqui ponderadas, que é indispensável a preservação da vida do paciente, portanto, agir de forma afoita e sem ponderar as consequências do ato que está sendo praticado diante de uma vida humana, de fato, não é papel de um médico mediano, o qual tem o dever de zelo, cuidado e extrema responsabilidade perante a vida que está em suas mãos.

#### 4.4.1.3 Negligência

Correspondente também a um dos elementos da culpa, a negligência refere-se a uma omissão ao dever de cuidado ou da conduta esperada pelo profissional; é a inobservância de um dever de diligência diante de uma situação que necessitava de imprescindível cuidado do médico para impedir que um resultado lesivo viesse a acontecer ao paciente.

A maioria da doutrina assemelha a conduta negligente ao ato omissivo. Mas essa atuação omissiva do profissional médico corresponde a um desleixo, desatenção,

displicência empregada na realização de um ato, e não em uma omissão de agir ou omissão de socorro. (QUEIROZ, 2011, p.246)

Com relação a isso, existe um desencontro de opiniões nos Tribunais Brasileiros, no que concerne à capitulação da infração penal de omissão. De um lado teria uma omissão do dever de atenção quando lhe era exigível atuar com a devida cautela, causando danos ao paciente, na qual muitos entendem que esse tipo omissão seria uma negligência, respondendo o médico, então, a título de culpa, trazendo como fundamento a posição de garantidor do art. 13, § 2º, b/CP, cometendo um crime comissivo por omissão. Em contraposição, existe o crime de omissão pela ausência da conduta esperada, ou seja, uma omissão de atendimento médico, quando lhe era exigível atuar, que está diretamente relacionada ao crime de omissão de socorro, crime próprio do médico, tipificado no art. 135/CP e que foi abordado no capítulo anterior. (SANTOS, 1997, p.38)

Exemplifica Francisco Paulo Cerqueira Mota (1999, p.89-90), que a forma mais conhecida de negligência é a da letra ilegível do médico, que acaba induzindo em erro tanto as auxiliares de enfermagem como o próprio farmacêutico, que repassa um medicamento de forma equivocada e acaba causando danos ao paciente. Ainda exemplifica, quando um cirurgião esquece um objeto dentro do corpo do paciente, causando-lhe infecção generalizada e posterior morte.

Revela-se, também, como negligente, aquele médico que atende, superficialmente, uma criança vítima de uma queda grave e somente receita-lhe um medicamento, não fazendo nenhum tipo de exame complementar, como um raio x ou tomografia, e esta criança vai para casa e vem a falecer dois dias depois, em consequência de uma fratura craniana. (KFOURI NETO, 1998, p.78)

Na lição de Paulo Afonso Leme Machado (1976, p.246), “na negligência, o médico omite precauções e cuidados tidos como necessários”, o que pode ser visualizado quando o médico emprega medicamentos trocados, esquece instrumentais cirúrgicos no campo operatório ou, até mesmo, condutas mais simples do dia a dia da prática médica, como deixar de orientar o paciente no uso dos medicamentos prescritos.

Neste estudo, aborda-se a negligência decorrente da ausência do dever de cuidado e atenção do médico quando está atuando ou realizando algum tipo de

procedimento. A finalidade, aqui, destina-se a discorrer, efetivamente, sobre as atuações do médico que venham a causar lesões e a morte do paciente.

Diante do exposto, observa-se que os casos de negligência são os mais fáceis de serem identificados e os mais numerosos na prática médica, tendo em vista que a distração faz parte da natureza do homem, todavia, quando existe uma opção profissional em lidar com vidas humanas, é inaceitável que tais condutas permaneçam sem o devido controle e punição.

#### **4.4.2 Responsabilidade Penal por Erro Doloso**

Buscar a responsabilidade penal por erro médico doloso, na forma de dolo eventual, é algo extremamente difícil e que merece um maior estudo sobre o tema, a fim de se verificar se realmente existe essa possibilidade, em que pese exista uma sensível semelhança com a culpa consciente. Para isso, diante da necessidade de esclarecer mais o tema, será abordado nesse tópico, conceitos importantes do que seja o dolo e o dolo eventual, para que, no capítulo posterior, enfrente-se a discussão acerca do erro culposo e o erro doloso.

O dolo está definido no Código Penal, em seu art. 18, inciso I, dizendo que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. E ainda complementa o parágrafo único do mesmo artigo: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” Portanto, tratando-se de Direito Penal, o dolo é a regra, e a culpa é exceção, precisando que o legislador traga a observação no tipo penal que aquele crime é punível na modalidade culposa. Se o tipo penal não traz a previsão da punição do crime culposo, e nem trata-se de um crime doloso, o agente não responderá criminalmente, e sim terá sua repercussão na esfera civil.

Observando o que diz tal artigo, percebe-se, a rigor, que existem dois tipos de dolo: o dolo direto, que está na primeira parte do inciso, e o dolo eventual, que está na segunda parte do inciso. O dolo direto incide no querer, na vontade do agente, vinculado a um determinado fim que é o resultado lesivo, enquanto que o dolo

eventual refere-se há uma previsão do resultado lesivo pelo agente e, mesmo assim, ele pratica a ação. (RODRIGUES, 2001, p.107)

Buscando outro ângulo, para a doutrina alemã, o dolo é conhecimento e vontade do fato, em que pese o ordenamento jurídico alemão jamais entendeu literalmente a ideia de que o dolo é vontade. É isso que diz em quase todo manual de Direito Penal, mas nem sempre essa vontade pressupõe que o agente tenha sentimentos agradáveis ao imaginar o resultado, mas, mesmo assim, pratica a conduta. (PUPPE, 2006, p.115)

Rogério Greco (2010, p.177) traz o dolo como uma vontade no intuito de realizar uma conduta tipificada em lei penal, tendo, o agente, plena consciência daquilo que faz. Além disso, ele menciona que o dolo é formado por um elemento intelectual, que é a consciência, e um elemento volitivo, que é a vontade.

Da mesma forma, Paulo Queiroz (2011, p.2011) aduz sobre o dolo:

Há dolo sempre que o agente realiza os elementos do tipo com consciência e vontade; ou ainda: atua com dolo o agente que dirige sua ação no sentido da realização do tipo, consciente e voluntariamente.

Complementando tais considerações, Rui Stoco (2007, p.168) traz que, além do saber e da vontade de realizar determinada conduta, ainda há a ciência do agente de que a prática dessa conduta é tipificada por lei, ou seja, quem age dolosamente tem conhecimento de que sua ação é proibida.

É importante mencionar que existem algumas teorias acerca do dolo. Rogério Greco (2010, p.180) entende que existem quatro teorias que se preocupam em estabelecer o conteúdo do dolo: a da vontade, a da representação, a do assentimento e a da probabilidade.

Neste passo, Julio Fabbrini Mirabete (2005, p.139) estabelece apenas três teorias do conteúdo do dolo, quais sejam a da vontade, a da representação e a do assentimento, sem mencionar sobre a teoria da probabilidade.

Quando se trata da teoria da vontade, age com dolo todo agente que pratica uma ação de forma consciente e voluntariamente, sabendo que aquela conduta é contrária à lei. Para a teoria da representação, age dolosamente aquele agente que prevê o resultado, ou seja, ele não deixa de ter o elemento volitivo, mas tem consciência que, se sua conduta não for bem executada, poderá produzir um

resultado lesivo e, mesmo assim a prática. Entretanto, para a teoria do assentimento, o agente tem previsão do resultado, como certo, possível ou provável, se adere a ele, mas não exige a vontade de produzi-lo, ou seja, não é necessário que o agente queira esse resultado lesivo. (RODRIGUES, 2001, p.105-106)

No que tange à teoria da probabilidade, defendida também por Paulo Queiroz (2011, p.206), se o agente tem como provável a ocorrência da lesão ao bem jurídico, estar-se-á diante do dolo eventual. Essa teoria trabalha com dados estatísticos, como bem menciona Rogério Greco (2010, p.181), ou seja, segundo a experiência e sensatez do agente, estatisticamente, houvesse uma grande chance de ocorrência do evento danoso, seria caso de dolo eventual.

A grande maioria da doutrina entende que o Direito Penal Brasileiro adotou a teoria da vontade, para o dolo direto, e a do consentimento, para o dolo eventual. Diante disso, nesse momento, serão abordados alguns conceitos do que é o dolo eventual, pois é de extrema relevância, para entendimento desse estudo, traçar as diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente, para fins de atribuição da sanção, para, no capítulo seguinte, trazer uma visão panorâmica acerca da existência ou não dessa modalidade no exercício da atividade médica.

Diante disso, já menciona Fábio Bittencourt da Rosa (1975, p.276), de forma bastante coerente, que “a importância prática da distinção é óbvia, porque as penas para os crimes dolosos são qualitativamente e quantitativamente mais aflitivas.”

O que se percebe, muitas vezes, é a dificuldade nessa diferenciação, por isso, muitas decisões têm se baseado somente na análise do elemento culpa (*stricto sensu*), descartando-se a possibilidade da prática do ato médico de forma dolosa, na modalidade dolo eventual.

Desse modo, dar-se-á prioridade em abordar a modalidade do dolo eventual, tendo em vista a dificuldade de se imaginar e acreditar que um médico, no exercício da sua profissão e por conta da sua árdua e demorada qualificação, mesmo se tratando de uma atividade de risco, tenha plena consciência/saber e vontade/querer em lesionar seu paciente. Seria até desumano ter tal pensamento, em que pese a longa jornada de estudos e dedicação à prática da Medicina e nos cuidados com a vida humana. A possibilidade de uma conduta que venha a ser considerada como erro médico, por dolo eventual, tem sido objeto de grande discussão, pois existem

dúvidas a respeito da sua existência diante de uma má prática médica, por conta da sua grande semelhança à culpa consciente.

Para Rui Stoco (2007, p.169), defensor da teoria do consentimento, a presença do dolo eventual em uma conduta não quer dizer que não exista os elementos essenciais do dolo, que é a consciência e a vontade, diferentemente do que pensam os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam do elemento volitivo no dolo eventual. Para ele, tais elementos continuam presentes, mas o que diferencia o dolo direto do dolo eventual é que no dolo eventual o agente vislumbra a possibilidade próxima da ocorrência do resultado, mas, ainda assim, conforma-se com o risco da realização da conduta.

#### 4.5 A DISCUSSÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

Tendo por norte atividades errôneas do profissional médico no exercício de sua profissão, a discussão que se deseja explanar neste momento gira em torno da responsabilidade penal por erro médico decorrentes das falhas pessoais, tanto na modalidade culpa consciente como no dolo eventual. Existe uma divergência doutrinária a respeito desta questão, porque há um entendimento majoritário que tal conduta somente se enquadra no crime culposos, decorrente da imperícia, negligência ou imprudência. Entretanto, outros acreditam também, na existência do dolo eventual nas atividades exercidas pelo médico, de forma que venham a ocasionar lesão corporal, deformidades, incapacitação ou até a morte do paciente.

A análise do tipo penal somente poderá ser averiguada diante de uma busca detalhada do caso concreto, observando as provas de existência do fato e os indícios de autoria do erro médico, demonstrando o nexo causal entre a conduta e o dano causado por este profissional, vale dizer, algo de extrema dificuldade de se avaliar diante limiar que envolve o elemento subjetivo da conduta.

É certo que na seara da relação médico-paciente, o médico atua procurando soluções científicas vigentes, válidas ou inovadoras na busca pela cura da enfermidade e resultados eficazes, cabendo a ele agir com ética diante de todos os recursos disponíveis e ao seu alcance. Assim agindo, estará o profissional

observando os princípios que norteiam a atividade médica e também atuando dentro da licitude jurídica, já que está exercitando de forma regular o direito que lhe foi conferido pelo Conselho Federal de Medicina.

Tratando-se de uma atividade essencial para a vida humana, a Medicina está sujeita a diversos tipos de falhas do profissional que a exerce, como lesões, deformidades, incapacitação e até a morte, uma questão muito complexa e delicada que envolve não só o profissional médico, como também o paciente e seus familiares. Além disso, muitas vezes, torna-se uma situação de difícil solução por conta da dificuldade da produção de provas no meio médico, vale dizer, do corporativismo entre os profissionais, chamando-se de “máfia de branco”. (LEAL; 1994, p.290)

Excluindo os acidentes imprevisíveis e os resultados incontroláveis, os crimes decorrentes de erro médico podem ser na modalidade culposa ou, até mesmo, dolosa, ensejando uma responsabilidade penal, em que pese exista uma discussão referente à existência do dolo no exercício legal da Medicina. Ademais, além da omissão de socorro, existem outros crimes próprios do médico, os quais não são objeto deste estudo, mas que são assim denominados porque a própria lei restringiu a autoria a essa categoria profissional, como é o caso da violação do segredo profissional, exercício ilegal da medicina e o crime de falsidade de atestado médico.

Como já foi abordada anteriormente, a atividade médica que provoca um mal resultado ao paciente, no exercício legal da Medicina, e que atinja um bem jurídico-penal, torna-se um ilícito penal, determinante de uma coação pessoal. Mas o grau de coação vai ser determinado de acordo com o tipo penal que ensejou a responsabilidade criminal pelo exercício da profissão de forma diversa da esperada pelo paciente e, até mesmo, pelo médico, já que os crimes dolosos ensejam penas muito mais ofensivas do que os crimes culposos.

Estabelecido o conceito de culpa e suas variações anteriormente, neste momento, é essencial que se entenda o significado da culpa consciente, a fim de que se possa entender a sua distinção com o dolo eventual.

Há, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro, a presença do dolo eventual na segunda parte do artigo 18, inciso I, quando este faz menção ao agente que assume o risco de produzir o resultado. Entretanto, não há nenhuma referência à culpa consciente no texto legal, tratando-se, portanto, de uma criação doutrinária, no

sentido de que o autor tem previsibilidade do resultado típico e dirige seus atos no caminho de evitá-lo.

Essa distinção é um dos problemas mais difíceis e discutidos no Direito Penal, pois tanto o dolo eventual como a culpa consciente têm como premissa o fato de que o autor sabe que pode causar resultados típicos, entretanto, não são desejados diretamente, motivo pelo qual a distinção só é feita baseada no elemento volitivo. (QUEIROZ, 2012, p.238)

Em contrapartida, da leitura do direito penal português, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues (2007, p.82-83) menciona que a figura do dolo eventual não merece atenção por parte da jurisprudência portuguesa, já que o Código Penal não se refere e nem define o dolo eventual, sendo considerado como simples designação doutrinária para demarcar a zona limítrofe do dolo em relação à culpa.

A grande discussão entre o dolo eventual e a culpa consciente tem sua fundamentação na grande dificuldade em distinguir ambos, pois o limite entre eles está diretamente relacionado ao elemento subjetivo do tipo penal, isto é, ao requisito volitivo que constitui o tipo. Entretanto, antes de adentrar nessa discussão, impende lembrar que o Direito Penal Brasileiro adota a teoria finalista da ação, na qual a conduta humana é um exercício de uma atividade direcionada a um fim. Com isso, tanto na conduta dolosa (dolo eventual), como na conduta culposa (culpa consciente), verifica-se a presença de uma finalidade, mas na primeira, o agente assume o risco de produzir um fim danoso, enquanto na segunda, o agente confia que esse fim danoso não ocorrerá.

Fábio Bittencourt da Rosa (1975, p.277) propõe alguns critérios, com os quais se chegarão a uma distinção entre as modalidades dolo eventual e culpa consciente, avaliando a valorização do resultado, credibilidade do evento e seriedade do dano. Para ele, no que concerne a valorização do resultado, tanto o dolo eventual como na culpa consciente, o agente prevê a consequência criminosa de seu ato, sendo no primeiro o sujeito valoriza mais o resultado ilícito, reconhecendo que poderá vir a ferir um bem penalmente relevante, enquanto que no segundo, o sujeito valoriza que o resultado será sempre lícito, mesmo diante da possibilidade de previsão que algo errado pode acontecer.

Ainda dentro do raciocínio do autor supracitado, vê-se que ao falar da credibilidade ou probabilidade do evento danoso, ele menciona que quanto mais se tem certeza de que um dano ocorrerá, mais se tem a obrigação de se privar em realizar tal conduta. Isso está diretamente relacionado ao terceiro critério de diferenciação que é a seriedade do dano, pois quanto mais sério o dano possível, maior será o dever do agente de se abster em realizar o ato que poderá ensejá-lo. Mas, neste momento, é preciso ainda se atentar aos casos de estado de necessidade, pois se o risco atende a uma necessidade, a ação será decretada como legítima e lícita, como foi observado no tópico anterior 4.3.

Nesse mesmo caminho, Paulo Queiroz (2012, p.241) assevera que a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, vai depender da teoria que se adote, volitivas ou cognitivas. Segundo a teoria volitiva, a vontade é essencial ao dolo, enquanto que para a teoria cognitiva ou da representação, o dolo é só conhecimento, sendo a vontade elemento dispensável.

Convém destacar, desde logo, que não há razão para se apreciar separadamente de forma aprofundada cada uma dessas teorias, tendo em vista que para a configuração do erro médico por dolo, concebe-se somente na modalidade dolo eventual. Diante disso, analisando tais aspectos, parece que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela teoria do consentimento para o dolo eventual, pois, no momento em que determina que o agente assume o risco de produzir o resultado do evento danoso, ele está consentindo aquele resultado como possível, ou seja, ele aceita aquele resultado, mesmo que sua vontade não esteja voltada para este fim.

O certo é que quando o médico escolheu esta profissão e fez seu registro no respectivo Conselho de Medicina, tem consciência de que resultados indesejáveis podem acontecer se não agir com a devida cautela, diligência e prudência que a profissão exige. Não se comportando desta maneira, é claro que resultados diversos do pretendido poderão ocasionar lesões e a morte do paciente, ensejando uma responsabilidade penal à título de culpa, mas podendo ser perfeitamente configurável tal prática na modalidade dolo eventual. (PARENTONI; 2013, p.2)

A despeito dessas ponderações sobre a dificuldade e distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, é que Antonio Evaristo de Moraes Filho (1996, p.290) aponta que o delito cometido pelo médico no exercício da sua profissão gravita, na grande

maioria das vezes, em torno de problemas envolvendo erros culposos, mas não descarta a hipótese da existência do dolo eventual, devendo-se, para tanto, ser avaliado cada caso concreto em todos os seus aspectos.

Analisando essa distinção, veja-se, a propósito, a lição de Cezar Roberto Bitencourt (2013, p.382):

Há culpa consciente, também chamada *culpa com previsão*, quando o agente conhece a perigosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência a que estava obrigado, porque confia convictamente que ele não ocorrerá. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante da culpa consciente e não de dolo eventual.

Nota-se, portanto, que na culpa consciente, o autor do fato, embora prevendo o resultado danoso, não o aceita como possível, já no dolo eventual, o agente, prevendo o resultado, não se importa que ele venha a ocorrer. Sensível é a diferença entre eles, e de difícil constatação, pois diz respeito ao elemento volitivo do tipo penal, embora entre eles exista um traço comum, que é a previsão do resultado.

Diga-se, de passagem, que Maria Helena Diniz (2011, p.740), não faz menção da possibilidade do erro doloso na atividade médica. Para ela, essa possibilidade é descartada, pois somente aborda as condutas decorrentes de imperícia, imprudência ou negligência, ou então, as condutas decorrentes de falhas técnicas que terminam ensejando em erro médico.

O posicionamento de Antônio Aurélio Santos (1997, p.22-25) revela-se no sentido de que a responsabilidade penal do médico decorre de condutas praticadas com culpa, um erro, para ele, que poderia ser evitado se o agente tivesse observado o dever de cuidado, não mencionando a respeito da possibilidade do dolo eventual. Ainda continua citando que esses erros podem ser, por exemplo, de gessamento indevido, provocando necrose e amputação de membros, troca indevida de medicamentos e uso indevido de fórceps em partos.

Importa mencionar que Alexandre Martins dos Santos (2003, p.61-62) assevera que a responsabilidade é uma conquista das civilizações, como forma de manutenção do convívio social, assim como toda atividade profissional é movida pela presunção de diligência, prudência e perícia, sendo, a ausência de qualquer um desses elementos essenciais, caracterizada como conduta transgressora culposa do profissional, ou

seja, um erro profissional. Ele ainda aduz que o erro profissional diferencia-se de crime profissional, o qual seria uma transgressão dolosa, por conta da intenção do agente em obter aquele resultado danoso cometido no exercício de um procedimento.

Ora, se um profissional médico, no exercício de sua profissão, comete um erro médico, que venha a causar lesões graves ou a morte do paciente, pouco importando se foi de forma intencional ou não, ele estará cometendo um crime, podendo, com isso, ser também configurado também o dolo eventual.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado (1976, p.245-257), “o erro profissional pode constituir-se em ilícito civil ou em ilícito penal”, e ultrapassando o campo civil da culpa, o médico poderá responder penalmente por homicídio culposo ou lesões corporais culposas, não entendendo, com isso, a existência do dolo eventual, já que ainda defende, diante da primariedade, entre outros requisitos, a possibilidade de aplicação da suspensão condicional da pena, instituto somente aplicado aos crimes culposos.

Neste ponto, destaca-se, por exemplo, que se um médico for condenado por homicídio culposo, sua pena será de 1 (um) a 3 (três) anos, que poderá ser ainda aumentada de 1/3, se o crime resulta da inobservância de regra técnica de profissão. Por outro lado, se for condenado por dolo, na modalidade eventual, sua pena será de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, vale dizer, muito mais que a pena para os crimes culposos. Entretanto, o que se observa nas decisões dos Tribunais, após a condenação do profissional médico envolvido em processos movidos pelos pacientes, familiares ou pelo Ministério Público, são penas mais brandas decorrentes de crimes culposos.

Ao analisar algumas decisões jurisprudenciais, observa-se o entendimento no sentido de que o erro médico está relacionado, na sua grande maioria, às condutas culposas. Percebe-se que, muitas delas, inadmitem que um profissional que tenha se empenhado durante tantos anos no aperfeiçoamento de sua profissão, venha desempenhar condutas tão horrendas e repugnantes no intuito de não se preocupar com o resultado danoso, vale dizer, com a vida humana que se encontra no outro polo da relação.

Em decisão prolatada pelo desembargador José Luiz Oliveira de Almeida (2010, p. 1-3), pode-se averiguar a preferência dos tribunais em decidir pela imputação da culpa consciente: “os acusados agiram culposamente, porque foram negligentes na condução do procedimento”. Tal decisão demonstra que não haveria dolo eventual, pois, não é suficiente a condução do agente no sentido de assumir o risco de produzir o resultado, exigindo-se, para tanto, que ele também tenha consentido o resultado. Continua ele ainda, que, nesse caso, não houve vontade dirigida ao resultado e sendo até desumano imaginar que profissionais médicos, emprestassem, dolosamente, a sua anuência para o resultado danoso, pois a ação praticada por eles era destinada a outro fim.

Bem certo, que, a grande maioria das obras consultadas revela, de fato, que o erro médico decorre da culpa (*strictu sensu*) do profissional. Diante disso, é conveniente demonstrar uma decisão do Superior Tribunal Militar (2007), para que se possa ver a forma como os tribunais vêm decidindo com relação à responsabilidade por erro médico. Vejamos:

**Ementa:** EMBARGOS - HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO - RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO-NEGLIGÊNCIA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 1. 2º Tenente Médico que realiza cirurgia no joelho direito da vítima e esquece faixa de Esmarch. 2. Resultado morte decorrente de violação de dever de cuidado. 3. Concurso de concausas supervenientes que não tem o condão de interromper o nexo causal entre a negligência do médico e a morte do paciente. 4. Imprescindível ficar demonstrada a conduta principal, que violou o dever de cuidado, e a descrição fática que implique inobservância da regra técnica, sob pena de se incorrer em "bis in idem", quando da aplicação do § 1º do artigo 206 do Código Penal Militar. 5. A inobservância do critério trifásico de individualização da pena constitui cerceamento de defesa e fere o dever de fundamentação das decisões judiciais contido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e tem como sanção a nulidade que pode ser suprida pela redução da pena ao seu mínimo legal. 6. Acolhimento dos embargos, por maioria, para cassar o Acórdão recorrido e aplicar a pena mínima ao embargante.

É o que também sinaliza a decisão do desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (2011), referente à negligência médica ao deixar de atuar com a devida atenção e diligência, ocasionando uma conduta penalmente relevante. Convém observar um trecho do relatório do desembargador Francisco Bruno, *in verbis*:

[...] O réu ofendeu culposamente, a integridade física da vítima, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, descritas em laudo de exame de corpo de delito. Na data do fato, o réu era médico plantonista e atendeu a vítima, paciente, quando deu entrada com fortes dores no testículo esquerdo. O réu prescreveu uma injeção com Voltarem e o orientou a retornar, caso a dor não melhorasse. Dois dias depois, a vítima retornou ao

hospital, quando outros médicos constataram que havia ocorrido uma torção testicular e, como já havia decorrido muito tempo, seria necessário procedimento cirúrgico para extração do testículo. Desta forma, o réu teria agido com negligência ao deixar de adotar as providências necessárias ao caso, para correto diagnóstico do problema, determinando a realização de exame de ultrassonografia.

Não se pode deixar de trazer a baila que muitos erros médicos, nos dias de hoje, decorrem de uma relação médico-paciente adversa, áspera e distante, chamada de “despersonalização do relacionamento médico-paciente”, tendo em vista o grande número de atendimento por dia que o profissional realiza, além dos cansativos plantões em busca de melhores remunerações, associada a insuficiência, muitas vezes, de recursos técnicos. Convém, neste momento, salientar que esse tipo de conduta deve ser limitada, porque se tratam de seres humanos que necessitam de descanso e repouso. (SANTOS, 1997, p.21)

A possibilidade da existência de dolo eventual por erro médico no exercício da profissão, muitas vezes, assusta tanto ao paciente, como ao médico e ao aplicador da lei. É certo que a análise entre a culpa consciente e o dolo eventual é de extrema dificuldade e delicadeza, já que envolve um elemento tão desconhecido e discutido no âmbito criminal, a volição. A busca desse elemento deve envolver provas, que, muitas vezes, não estão disponíveis ao aplicador da lei, até mesmo, porque consiste basicamente em provas testemunhais, periciais, documentais e, até mesmo, a confissão. No que concerne às provas periciais, observa-se também a questão do indisfarçável corporativismo entre os colegas de profissão, sendo, quase sempre, laudos e pareceres técnicos eivados de vícios a favor do médico acusado.

## 5 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, procurou-se demonstrar a importância da atividade médica ao longo da história e a consequente responsabilidade pessoal por condutas contrárias ao que determina o Código de Ética Médica e o ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um tema de grande relevância social por conta dos bens jurídicos mais valiosos para sociedade, a vida e integridade física.

O erro médico causado pelo exercício legal da Medicina trata-se de um tema de vasta reflexão e interesse social, que suscita uma série de outras abordagens diferenciadas, mas que neste trabalho, ficou adstrita à análise dos pressupostos da responsabilidade penal e da discussão entre a possibilidade de imputação de penas mais aflitivas por erros dolosos, na modalidade de dolo eventual.

Diante do que foi abordado neste trabalho, importa dizer que em se tratando de uma atividade essencial para a vida humana, a Medicina é regida por uma série de normas e princípios, os quais determinam que a atividade médica deva ser desempenhada com o máximo de zelo, cuidado, perícia e responsabilidade, utilizando, para isso, o profissional, de todos os meios e técnicas eficazes e seguras na busca da cura e do bem-estar do paciente.

Não se pode negar, observando o ato médico ao longo da história, advindo do sentimento de compaixão ao próximo, que a responsabilidade sempre esteve presente no exercício da atividade médica, mesmo sendo uma responsabilidade ignorada, quando os médicos eram tidos como seres milagrosos e seus insucessos eram atribuídos à vontade dos Deuses. Posteriormente, após o Código de Hammurabi, essa responsabilidade passou a ser abordada de forma mais violenta, na qual os médicos sofriam mutilações como punição pelos erros cometidos.

Vê-se, em seguida, o progresso tecnológico e a consolidação da fase da Medicina científica, surgindo, a partir daí, a Bioética e o Biodireito, ambos com a essencial preocupação de conduzir a atividade médica baseado nos ditames impostos pelo Código de Ética Médica e pelos princípios constitucionais que regem a ordem brasileira. Diante do surgimento de tais ciências, as quais passam a ter uma índole humanista, a relação médico-paciente torna-se em evidência, nascendo a necessidade do Estado em se preocupar com mais afinco diante de condutas que

venham a causar danos ao paciente, parte mais frágil e vulnerável dessa relação, a fim de que não fiquem sem uma resposta pela gravidade e nocividade do evento danoso causado pelo profissional médico. Isso porque a sociedade clama por uma atuação mais enérgica e efetiva por parte do Judiciário, não obstante, o grande número de demandas judiciais na busca de justiça por erros cometidos por estes profissionais.

Não se pode deixar de levar em consideração, neste momento, a crise nas instituições de ensino superior no Brasil, onde os profissionais, muitas vezes, possuem condições precárias de aprendizado, o que contribui a uma péssima formação profissional. Além disso, é importante atentar também pela quantidade de atendimentos e plantões por semana, causando uma exaustão que não condiz com as limitações próprias da condição humana. Por fim, com relação a este aspecto, ainda existe as péssimas condições dos estabelecimentos médicos, com escassez de material, medicamentos e técnicos capacitados, o que pode permitir que o médico cometa tais falhas.

O Poder Judiciário não deve virar as costas para as situações de erros médicos, aplicando as sanções cabíveis por condutas ético-juridicamente condenáveis. A responsabilidade deve ser sempre imputada pela má prática da atividade médica, seja ela na seara ético-profissional, civil ou penal. No momento em que condutas médicas, uma vez praticadas de forma a configurar tipos penais com todos os seus elementos constitutivos, o médico deve-se sujeitar ao processo e julgamento da justiça criminal.

Há de se demonstrar, neste trabalho, que a responsabilidade pessoal do médico no exercício legal da profissão, que venha a provocar um mal resultado, muitas vezes, não decorre somente da culpa, mas também do dolo, na modalidade eventual. Mas discernir elementos tão congruentes é uma tarefa árdua e de extrema dificuldade, que envolve a apuração de todas as provas testemunhais, as evidências do erro e todos os documentos (prontuário médico) que possam ser disponibilizados para a apuração do dolo eventual ou da culpa.

De fato, trata-se do elemento subjetivo que constitui o tipo penal. A vontade diz respeito a uma condição intrínseca da mente humana, portanto, de difícil averiguação e comprovação através de provas. Daí a discussão ensejada em torno

do dolo eventual e da culpa consciente, mas concorda-se, neste estudo, que apesar de serem muito próximos um do outro, a distinção pode ser encontrada exatamente na direção da vontade relativamente ao efeito ilícito, pois no dolo o agente tem essa previsão e não se importa com ela, prosseguindo com a conduta.

A maior dificuldade para se averiguar o dolo eventual diz respeito a produção de provas, que, talvez, seja o elemento chave para a configuração do dolo eventual, principalmente as provas testemunhais, periciais, documentais e, por quê não, a confissão? Com relação à confissão, é uma prova de extrema dificuldade, pois ninguém irá se incriminar, fazendo prova contra si mesmo. Já as testemunhas irão se resumir em outros colegas de profissão, enfermeiras e técnicos de enfermagem, que, de certa forma, constituem uma espécie de corporação entre eles, o que traduz a dificuldade de se configurar o dolo eventual. Mas a questão da produção de provas não é objeto deste simplório trabalho, o que pode despertar, a outros estudiosos no assunto, o interesse de aprofundar nessa abordagem.

Resta patente, então, a falta de uniformidade doutrinária e jurisprudencial com relação a possibilidade de configurar o erro médico por dolo eventual, cabendo, ao julgador, mover-se no sentido de analisar cada caso concreto de forma distinta, aparelhando-se de instrumentos e pesquisas em tratados e publicações médicas, analisando cada informação da prática que ocasionou o dano ao paciente, sem descartar, contudo, a ocorrência do dolo eventual.

Tecidas tais considerações, é importante salientar que demonstrar nesse trabalho a possibilidade de que o médico, no exercício de sua profissão, possa se conduzir dolosamente e exigir uma maior punição a esses profissionais, não significa absolutamente nenhum engajamento contra a classe médica e, muito menos, contra a Medicina. É louvável o amor pelo que fazem os médicos na sua atividade profissional, já que envolve uma dedicação e qualificação de mais de nove anos de estudos para cuidar da vida humana.

Entretanto, não se pode descartar a possibilidade de existência de uma conduta dolosa, por dolo eventual, como muitos doutrinadores afirmam. Concorde-se, sim, que o médico, como ser humano que é, também possa se conduzir dolosamente no exercício de sua profissão.

É neste contexto, ademais, que se deve entender que o juízo de responsabilização criminal do médico não se pode limitar somente numa avaliação na esfera da culpa. Deve-se levar em consideração a possibilidade de existência do dolo eventual, para fins de atribuição de penas mais duras e incisivas, pois o elemento volitivo é de extrema delicadeza de se avaliar diante da conduta de um profissional que lida com vidas humanas. De nada adiantaria essa discussão se não fosse para demonstrar que o dolo eventual pode estar presente também nas condutas errôneas do médico em seus procedimentos, o que possibilita, nos crimes dolosos contra a vida, penas mais rigorosas.

Neste sentido, sendo a atividade médica uma atividade de risco que envolve a vida humana, o bem mais relevante da sociedade, vale a pena refletir na busca de sanções ainda mais eficazes, no âmbito penal. Essa discussão se tornaria sem efeito se não fosse para demonstrar a possibilidade do dolo eventual em erros médicos, o que ocasionaria penas quantitativa e qualitativamente mais aflitivas. Essa é uma questão de grande importância para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, além de alertar aos médicos na realização de suas atividades, para que o direito que lhes foi conferido pelo Estado e pela sociedade, seja exercido com maior atenção, segurança, zelo, prudência e responsabilidade.

## REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.

ALMEIDA, José Luiz Oliveira de. Erro médico: dolo eventual ou culpa consciente. Apelação criminal: 13 de janeiro de 2010, Processo nº 28982004. Disponível em: <<http://joseluizalmeida.com/2010/01/13/dolo-eventual-e-culpa-consciente/>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

ALMEIDA, Marcos de; ROMERO MUÑOZ, Daniel. A responsabilidade médica: uma visão ética. **Revista Bioética**, v. 2, n. 2. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewarticle/460](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewarticle/460)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, Biodireito e Direitos Humanos**. v. 5, n. 1. Rio de Janeiro: Ethica Cadernos Acadêmicos, 1998.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v.1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código de Processo Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. Organizado por Yussef Said Cahili. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALCANTE JÚNIOR, Gerson Coelho. **Avaliação pericial do erro médico**. MPMG Jurídico, ano 1, n. 3, dez.-jan. 2006. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/887/4.6.1%20A%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20pericial%20do%20erro%20m%C3%A9dico.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 maio 2013.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM nº 1.246/88, de 08.01.88 (D.O.U 26.01.88). Disponível em: <<https://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=codigoetica&portal=>>. Acesso em 03 abr. 2013.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexos de causalidade e dano. **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, 2008.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1996. p. 30-50.

DANTAS, Miguel Calmon. Bem jurídico-penal no Estado constitucional. **Revista Baiana de Direito, Salvador**, n.3, p. 89-116, jan.-jun. 2009.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: v. 7, responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson Rosenvald. **Direito civil**: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANCK, Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, p. 169-208, set.-out. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: v. 3 responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: v.1, parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

JOSÉ FERRER, Jorge; CARLOS ÁLVAREZ, Juan. **Para fundamentar a bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. A responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 79, v. 654, p. 57-76, abr. 1990.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LEAL, João José. Exercício da medicina e responsabilidade criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 706, p. 290-300, ago. 1994.

LOPES Júnior, Dalmir Lopes. Desafios atuais para a consolidação da autonomia do paciente na área clínica. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 16, n. 379, p. 34-35, nov. 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Responsabilidade médica perante a justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 65, v. 494, p. 245-247, dez. 1976.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. A Responsabilidade Penal por Erro Médico. **Revista Jurídica da FURB**, nº 3, Santa Catarina, jun. de 1998. Disponível em: <[https://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/responsabilidade\\_erromedico\\_jorge\\_schaefers.pdf](https://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/responsabilidade_erromedico_jorge_schaefers.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Aspectos da responsabilidade penal do médico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, n. 4, Rio de Janeiro, 1996.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Da bioética ao biodireito: o grito da biotecnologia em face do silêncio da lei. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 16, n. 379, p. 28-30, nov. 2012.

MOTA, Francisco Paulo Cerqueira. O erro médico. **Revista do Cepej**, Salvador, n. 6, jul.-dez 1999.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Relação médico-paciente e as diretivas antecipadas de vontade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 16, n. 379, p. 36-37, nov. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral / Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PARENTONI, Roberto B. O erro médico é culposo ou doloso? Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/94-o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso>> Data do acesso: 28 maio 2013.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1996.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, v.1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Marcos de Souza. O Paradigma mecanicista da medicina ocidental moderna: uma perspectiva antropológica. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 20, p. 309-317, 1986.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral, v.1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. O código de ética médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 66, v. 503, p. 47-53, jun. 1977.
- REZENDE, Joffre M. O ato médico através da história. In: REZENDE, Joffre M. **A sombra do plátano**. 2. ed. São Paulo: Unifesp, 2009.
- RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal Militar. Embargos. Relator: Flávio Flores da Cunha Bierrenbach. Disponível em: <<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5414719/embargos-fo-embfo-50310-rj-200701050310-6>>
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. **Responsabilidade médica em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2007.
- RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ROSA, Fábio Bittencourt da. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 64, v. 473, p. 276-278, mar. 1975.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SANTANA, Viviane Monteiro. O idoso, a deontologia e a responsabilidade médica. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n.10, p. 371-398, jan.-dez. 2002.
- SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade penal médica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- SANTOS, Antonio Aurélio. Atividades médicas e responsabilidade penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 21, p. 21-26, 1997.
- SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. O Direito Biomédico e a Bioética. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1053, maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8382>>. Acesso em: 19 mar. 2013.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0004687-26.2011.8.26.0037. 10ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Bruno. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7186141&v1Captcha=BuJnt>>. Acesso em: 10 out. 2013.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, Marcelo de Souza. Aspectos éticos da quebra da relação médico-paciente. **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, 2008. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/61/64](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/61/64)>. Acesso em: 05 maio 2013.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: v. 1, parte geral. São Paulo: Atlas, 2004.

VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A responsabilidade médica**: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da teoria da culpa. Viçosa: Ed. UFV, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.