MARIA LUIZA GORGA

MINIMIZANDO RISCOS –
COMPLIANCE PENAL PARA O PROFISSIONAL DA MEDICINA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR ROBERTO AUGUSTO DE CARVALHO CAMPOS

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2016

MARIA LUIZA GORGA

MINIMIZANDO RISCOS –
COMPLIANCE PENAL PARA O PROFISSIONAL DA MEDICINA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Augusto de Carvalho Campos.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2016

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gorga, Maria Luiza
Minimizando riscos: Compliance penal para o profissional da medicina / Maria Luiza Gorga ; orientador Roberto Augusto de Carvalho Campos -- São Paulo, 2016.
116

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Direito Penal. 2. Compliance. 3. Direito Médico. 4. Prevenção. I. Campos, Roberto Augusto de Carvalho, orient. II. Título.

MARIA LUIZA GORGA

MINIMIZANDO RISCOS –
COMPLIANCE PENAL PARA O PROFISSIONAL DA MEDICINA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal.

DATA DE APROVAÇÃO: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

1º EXAMINADOR: _____

Orientador: Roberto Augusto de Carvalho Campos

2º EXAMINADOR: _____

3º EXAMINADOR: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de alguma forma, me apoiaram e guiaram nesse processo. Elaborar esta dissertação teria sido imensamente mais difícil sem a ajuda de vocês.

A Guilherme Lobo Marchioni, Mariana Bassanello Affonso, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho Araujo, e Maria Cláudia Girotto Couto, pela paciência e pelos conhecimentos compartilhados.

A Janaína Conceição Paschoal, pelo auxílio na crise que deu início a essa jornada.

Ao Professor Roberto Augusto de Carvalho Campos, por me guiar e orientar de forma a não apenas chegarmos ao objetivo final, mas aumentando meus conhecimentos e ampliando meus horizontes.

Aos demais membros da banca, Dra. Ivanira Pancheri e Dr. José Jarjura Jorge Jr., pelos apontamentos que tanto me auxiliaram.

A meus pais, e amigos, por todo o carinho, apoio e compreensão.

E, por fim, a Ana Paula Cury, pelas diversas revisões e por ouvir, com paciência e interesse, meus inúmeros devaneios.

RESUMO

Maria Luiza Gorga. Minimizando Riscos – *Compliance* Penal para o Profissional da Medicina. 2016. 116. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

A presente dissertação busca aproximar o *compliance* penal ao cotidiano do profissional da medicina. Será analisada a possibilidade de o instituto, que tem por foco a pessoa jurídica, ser aplicado diretamente a pessoas físicas. As questões penais que envolvem a medicina também serão levantadas, com foco nos principais tipos penais que podem se apresentar no dia a dia do profissional. Será discutido se a adoção de normas de *compliance* consistiria uma assunção de culpa em caso de violação destas, e como esta implementação pode ser vista à luz da teoria da imputação objetiva. Estudaremos a teoria do erro de James Reason e os conceitos de Cultura Justa, ambos ferramentas que auxiliam na criação de normas preventivas. Forneceremos um delineamento geral dos elementos que devem, idealmente, compor o *compliance* para os profissionais da medicina. Analisaremos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com breve apontamentos acerca do atual panorama dos processos criminais que envolvem questões médicas. A conclusão busca responder se a adoção do *compliance* se justifica frente a todo o analisado, e se é benéfica para os profissionais.
Palavras chave: Direito Penal; Compliance; Direito Médico; Prevenção; Erro Médico.

ABSTRACT

Maria Luiza Gorga. Minimizing Risks - Criminal Compliance for medical professionals. 2016. 116. Masters - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This work tries to approximate the criminal compliance to the medical professional's daily life. It analyses the possibility of applying the institute, which is focused on corporations, directly to individuals. Criminal issues involving the field of medicine will also be raised, focusing on main crimes that can arise on daily activities. We will discuss if the adoption of standards of compliance would be seem as an assumption of guilt in case of violations of those, and how this implementation can be seen in light of the Theory of Objective Imputation. We will study the errors theory of James Reason and the concepts of Just Culture, both tools that assist in the creation of preventive standards. We provide a general outline of the elements that should ideally comprise the compliance program to medical professionals. We will analyze decisions of the Court of Justice of the State of São Paulo, with brief notes about the current situation of litigations involving medical issues. The conclusion seeks to answer whether the adoption of compliance methods can be justified at all, and if it is beneficial for the professionals.
Keywords: Criminal Law; Compliance; Medical law; Prevention; Medical error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1 O *COMPLIANCE* E O *COMPLIANCE* PENAL 14

1.1 A APLICAÇÃO DO *COMPLIANCE* A PESSOAS FÍSICAS 19

2 A IMPORTÂNCIA DA PREVENÇÃO PARA O PROFISSIONAL MÉDICO 21

3 A RESPONSABILIDADE PENAL E OS DELITOS A QUE O PROFISSIONAL DA MEDICINA ESTÁ SUJEITO 26

4.1 A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE NO DIREITO PENAL 27

4.1.1 A POSIÇÃO DE GARANTE DO MÉDICO 35

4.1.2 A RESPONSABILIDADE POR ATOS EM EQUIPE 36

4.1.2.1 A RESPONSABILIDADE DO PRECEPTOR 39

4.2 A QUESTÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA 43

4.3 TIPOS DE POSSÍVEL ENQUADRAMENTO 47

4.3.1 HOMICÍDIO 52

4.3.1.1 SITUAÇÕES DE FIM DE VIDA 54

4.3.2 LESÕES CORPORAIS 55

4.3.3 INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO 56

4.3.4 ABORTO 57

4.3.5 OMISSÃO DE SOCORRO 59

4.3.6 MAUS TRATOS 61

4.3.7 CONSTRANGIMENTO ILEGAL 62

4.3.7.1 BREVE APONTAMENTO SOBRE AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ 63

4.3.8 EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA 66

4.3.9 FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO 68

4.3.10 LEI DE TRANSPLANTES 69

5 FORMAS DE PREVENÇÃO: FERRAMENTAS E CONDUTAS 71

5.1 O PRONTUÁRIO MÉDICO, FERRAMENTA DE PROTEÇÃO..... 71

5.1.1 A QUALIDADE DOS PRONTUÁRIOS MÉDICOS NO BRASIL: ESTUDOS 73

5.2 TERMOS DE CONSENTIMENTO INFORMADO 75

5.3 A UTILIZAÇÃO DAS DENOMINADAS "*RED RULES*" 80

6 APLICAÇÃO PRÁTICA 82

6.1 COMPREENDENDO O ERRO PARA MINIMIZAR OS RISCOS..... 82

6.1.1 O ERRO HUMANO E SUAS CAUSAS: UMA APROXIMAÇÃO 83

6.1.2 *JUST CULTURE* E A PREVENÇÃO: CAMINHOS DE COMUNICAÇÃO..... 86

6.2 A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA NA JURISPRUDÊNCIA PAULISTA: ANÁLISE .. 88

6.3 CONDUTAS VOLTADAS À PREVENÇÃO: SUGESTÕES PARA O *COMPLIANCE* MÉDICO 100

CONCLUSÃO..... 104

BIBLIOGRAFIA 106

INTRODUÇÃO

Com a existência, não mais rara, de casos criminais envolvendo profissionais da medicina, torna-se necessária uma tentativa de buscar um parâmetro mínimo de condutas a serem seguidas e que sejam aptas a resguardar os profissionais em eventuais investigações, até mesmo buscando evitar a imputações penais que digam respeito ao exercício profissional.

Tais condutas, idealmente, evitarão que o profissional seja colocado no polo passivo de uma ação criminal, mas podem também servir para auxiliar na condução de apurações já existentes, ao demonstrar caminhos para a construção da melhor defesa, ou mesmo fornecendo subsídios que levem à mudança do enquadramento das condutas possivelmente imputadas ao indivíduo, de forma a se conseguir uma moldura mais benéfica.

Em busca de uma possível explicação para o crescimento do número de representações contra médicos, encontramos posicionamento do filósofo Lou Marinoff, o qual afirma que:

> Quando uma doença física causa sofrimento, se a doença é curada, o sofrimento cessa.
> Mas as pessoas que não estão doentes fisicamente às vezes sofrem sem necessidade, ou sofrem mais do que deveriam, por causa de problemas não resolvidos, gerados por questões cotidianas de vida e morte.[1]

Ocorre que este sofrimento pessoal, especialmente quando decorrente da morte de um familiar, não raro busca encontrar algum "culpado". E o profissional da medicina encontra-se, com certa frequência, na linha de frente desta busca – é importante que o profissional tenha em mente que não estará tratando apenas das moléstias, mas também das expectativas dos pacientes e familiares[2].

Com a maior facilidade de acesso à Justiça proporcionada com a Constituição Federal de 1988, que estabelece no Brasil um Estado Democrático de Direito e reconhece este como

---

[1] MARINOFF, Lou. *Mais Platão, menos Prozac*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 175.
[2] SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. A responsabilidade penal por erro médico. *Revista Jurídica da FURB*, n. 3, p. 51-64, jun. 1998. p. 52.

um direito, observou-se, gradativamente, um exponencial aumento dos litígios[3] de forma geral, inclusive aqueles de natureza criminal[4].

Há sobre este tema breve trabalho do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP)[5] a respeito da relação atual entre o médico e a Justiça, no qual já constavam, em 2006, mais de trezentas ações judiciais contra profissionais de saúde em um período de quatro anos – portanto, mais de seis novas ações a cada mês no período.

Especificamente na esfera criminal verifica-se uma expansão nas demandas contra médicos[6], oriundas de pacientes munidos de maior informação – tanto aquelas obtidas através da *internet* como pela maior facilidade de se obter outras opiniões profissionais –, os quais buscam a tutela criminal ao se verem de certa forma insatisfeitos ou inconformados com os fatos nos quais o atendimento médico esteve inserido.

Neste quadro, pode-se considerar que, atualmente, pouco ou nada subsiste a figura do médico como autoridade inquestionável[7], o que, aliada ao distanciamento na relação entre médico e paciente, cria um terreno ainda mais fértil para demandas jurídicas.[8] Ainda, os avanços da tecnologia médica – tanto de diagnóstico como de tratamento – produziram a criação de expectativas elevadíssimas entre a população em geral – aí incluídos pacientes, familiares, terceiros e autoridades públicas, que chegam mesmo a crer em um verdadeiro direito à cura (e, como direito, se este não for atendido buscam compensação)[9].

---

[3] Pode-se dizer que o aumento da litigância em geral corresponde a uma "descoberta da cidadania". SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. *Op. cit.*p. 52.

[4] Apenas no ano de 2012, foram registrados 1.635.061 novos casos criminais na justiça estadual de primeiro grau em todo o Brasil. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2013*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/publicacoes/jncompleto2012v2.7z. Acessado em: 14.7.2014.

[5] Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP. O médico e a justiça: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: CREMESP, 2006.

[6] Tal tendência não está circunscrita ao Brasil, cf.: CASABONA, Carlos María Romeo. A responsabilidade penal do médico por má prática profissional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 9-33, 2003. p. 11.

[7] Além do despertar coletivo para a possibilidade do acesso à Justiça, essa mudança de paradigma, que deixa de ver o médico como soberano das moléstias e intocável em suas decisões, passando-se a querer responsabilizá-lo por uma miríade de questões e intercorrências, pode ser vista como um dos fatores para o aumento das demandas. Cf.: SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. *Op. cit.* p. 52.

[8] CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro. Os laudos periciais nas ações judiciais por erro médico: uma análise crítica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 105, p. 319-354, jan.-dez. 2010. p. 320.

[9] SOTO NIETO, Francisco. Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico. *Actualidad penal*, Madrid, v. 2, n. 46/11, p. 895-904, 17 de dezembro de 1995. p. 895.

No campo prático, o CREMESP, analisando denúncias registradas entre 1995 e 2001, relacionou as principais queixas dentro das dez especialidades que mais receberam denúncias, verificando, com alarmante frequência, reclamações de erros de medicação, omissões, falta de pedidos de exames e de acompanhamento[10], questões que pode acarretar graves consequências ao profissional.

Aliando-se a situação acima descrita a profissionais muitas vezes sobrecarregados[11] e sem o adequado apoio institucional[12], a conscientização acerca das consequências de atitudes que são aparentemente rotineiras e inofensivas torna-se imperativa.

Outra questão é a comunicação por vezes deficiente entre profissional e paciente. Dada a natureza técnica da medicina, não raro os pacientes não conseguem compreender, por si sós, toda a problemática de sua condição e tampouco os procedimentos adotados pela equipe médica[13]. Tais falhas na comunicação podem ensejar incompreensão e mesmo sentimento de abandono ou revolta nos indivíduos atendidos, podendo levar a denúncias.

É importante que se tenha em mente que, inobstante os médicos e demais profissionais da saúde serem muitas vezes absolvidos nos processos penais que se iniciam, evitar que estes ocorram tem uma finalidade não apenas prática – evitando-se a sujeição aos diversos atos, contratação de advogados, etc. –, como também busca poupar o indivíduo daquilo que Francesco Carnelutti, já na década de 1950, define como uma das misérias que acompanham o processo penal. Relata o autor:

> As causas civis e, sobretudo, as causas penais são fenômenos de inimizade. A inimizade ocasiona um sofrimento ou, pelo menos, um dano como certos males, os quais, tanto mais quando não são descobertos pela dor, arruínam o organismo.
> [...]
> Infelizmente a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes. [...] o homem quando é suspeito de um delito, é jogado às feras [...], a indomável e insaciável fera, é a multidão.[14]

---

[10] Em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=21. Acessado em: 9.7.2014.
[11] CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro. *Op. cit.* p. 321.
[12] *Ibidem.*
[13] Neste sentido, cf.: *Ibidem.* p. 332.
[14] CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* São Paulo: Pillares, 2009. p. 15 e 27.

Ainda, de forma a demonstrar que o estigma sobre aquele que é acusado do cometimento de um delito não se atenuou em nada nos anos atuais, leciona Maurício Zanoide que "[...] basta a própria existência de uma persecução penal, meio para se saber se alguém é ou não culpado e deve ser punido, para que a pessoa já fique social e moralmente marcada"[15].

Esquematizado o cenário, tem-se por objetivo, primeiramente, apresentar o *compliance* e demonstrar sua aplicabilidade como ferramenta destinada a pessoas físicas. Em seguida, delinearemos o campo que o profissional da medicina encontra na esfera penal, apresentando alguns tipos de maior incidência bem como conceitos específicos da matéria – a exemplo do dever de garante –, de forma que, com a união destes tópicos, possam ser desenhados métodos e sugestões de *compliance* penal que visem à minimização dos riscos criminais inerentes à atividade médica.

Com isso, visamos criar uma sistemática que permita ao profissional uma atuação que seja não apenas mais benéfica ao paciente como que, ao mesmo tempo, forneça meios de proteção contra ações e erros que podem levar a eventos danosos, acarretando procedimentos criminais, ou que, no caso de ocorrerem tais eventos, que o auxiliem na melhor condução de procedimentos administrativos e judiciais[16].

Para tanto, além da análise das normas aplicáveis e dos posicionamentos doutrinários pertinentes, também nos utilizaremos do estudo de decisões judiciais, precipuamente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[17], de modo a fundamentarmos a sistemática criada com exemplos concretos de casos envolvendo falhas de profissionais da medicina, discorrendo a respeito de como estas foram vistas pelo Judiciário.

---

[15] DE MORAES, Maurício Zanoide. Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, v. 101, p. 403-430, jan.-dez. 2006. p. 409.

[16] A verificação, pela autoridade fiscalizadora, de que houve uma preocupação e um cuidado com a criação de um programa de prevenção de riscos, coloca o indivíduo sob uma luz mais favorável na eventualidade de qualquer fiscalização ou investigação. Cf.: NIETO MARTÍN, Adán. problemas fundamentales del cumprimento normativo em el derecho penal. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina *et al* (Eds). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Buenos Aires: Marcial Pons, p. 21-49, 2013. p. 28.

[17] A pesquisa limitar-se-á a este Tribunal – além das Cortes Superiores – em razão de ser o maior tribunal brasileiro em volume de casos, bem como devido à disponibilização de ferramenta eficaz de busca de julgados.

Cumpre ressaltar que não se tratará, aqui, da chamada "medicina defensiva", prática que visa uma atuação voltada a proteger o médico através da não adoção velada de determinados procedimentos ou tecnologias, fruto do receio – justificado – de demandas judiciais, já que tais procedimentos consistem verdadeira renúncia do profissional às melhores práticas da medicina.[18]

Com este introito, passemos à evolução do tema.

[18] SOTO NIETO, Francisco. *Op. cit.* p. 896. Sobre o tema, e seu viés negativo, como aumento dos custos e risco de lesões iatrogênicas por excesso de intervenções, cf.: MORREI, E. Haavi. Medical errors: pinning the blame versus blaming the system. In: SHARPE, Virginia A. (ed.). *Accountability:* Patient Safety and Policy Reform. Washington, D.C.: Georgetown University Press, p. 213-232, 2004. p. 224.

1 O *COMPLIANCE* E O *COMPLIANCE* PENAL

De se notar que a figura do *compliance* é relativamente recente no Brasil[19], tendo sua aplicação se ampliado após o advento da Lei Federal n. 12.846/2013, a qual trouxe dispositivo bastante inovador, que encoraja a criação e efetiva implantação de programas nas empresas, especialmente através da previsão expressa de fato que já ocorria informalmente, determinando, em seu artigo 7º, que serão levados em conta, na apuração das sanções administrativas, "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

Também serviu a impulsionar a figura do *compliance* no Brasil o julgamento do "Mensalão"[20], no qual foi afirmado que a não correspondência pelos indivíduos ao programa já instituído constituiria uma infração de dever, o que tornaria possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por qualquer crime. Ocorre que não se admite a responsabilidade penal da empresa nestes termos[21], sendo as infrações cometidas por pessoas jurídicas tratadas na esfera administrativa.

De início, importante estabelecer as bases conceituais com as quais se trabalhará ao longo do desenvolvimento do tema, sendo necessária uma definição dos termos, conceitos e princípios utilizados, partindo-se daquele que é a razão de ser desta dissertação.

---

[19] Nos Estados Unidos, em 1991, houve o primeiro reconhecimento legal da figura do compliance, com a reforma das *Federal Sentencing* Guidelines. Em: http://www.ethics.org/resource/federal-sentencing-guidelines. Acessado em: 7.1.2015. Mesmo globalmente, sua aplicação mais ampla se iniciou há aproximadamente uma década, em um cenário de agravamento de riscos penais – sejam estes derivados do perigo da sanção ou por uma renovada percepção do risco de uma persecução criminal. Cf.: KUHLEN, Lotar. Questiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina *et al* (Eds). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Buenos Aires: Marcial Pons, p. 51-76, 2013. p. 52-65.

[20] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ação Penal n. 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 22.4.2013.

[21] Atualmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica só é admitida para casos de crimes ambientais, conforme disposição do art. 225, §3º, da Constituição Federal, regulado na Lei n. 9.605/1998 em seu art. 3º, *caput* e parágrafo único.

De forma singela, *compliance* significa "cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta"[22], referindo-se sempre ao cumprimento, estrito e rigoroso, das normas aplicáveis àquele indivíduo ou setor, sejam estas advindas do Estado, de organizações de classe, criadas por uma empresa, etc., em uma orientação comportamental que, cada vez mais, busca ir além e englobar, também, princípios e valores éticos e morais[23].

Pode-se afirmar com propriedade, conforme definido por Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad, que o *compliance* orienta-se por sua finalidade preventiva, com a programação de uma série de condutas que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. É, portanto, uma posição de observância e cumprimento de normas, unida a estratégias de prevenção de perigos futuros[24], objetivando "uma prevenção anterior ao crime e não posterior como ocorre com o Direito Penal tradicional"[25].

Assim, o que importa é a prevenção das condutas indesejadas em si mesmas, colocando o olhar do Direito Penal com foco nos riscos inerentes e particulares de cada atividade, é o atuar preventivamente antes que um risco evolua a um fato passível de investigação estatal.

O *compliance,* contudo, não se exaure na prevenção, sendo que seus outros pilares são a detecção de problemas e a correção destes. Conquanto a maior parte da energia seja despendida na prevenção, o estabelecimento de sólidos mecanismos de controle e correção é fundamental, sendo que o primeiro dá-se primordialmente pela criação de mecanismos de controle (análises amostrais, por exemplo) e de canais de acesso (para recebimento de denúncias e outros contatos, tanto internos à organização quanto externos), enquanto o segundo dá-se pela adoção de procedimentos de correção do problema e responsabilização do indivíduo.[26]

---

[22] GIOVANINI, Wagner. Compliance – A excelência na prática. São Paulo, 2014. p. 20.
[23] *Ibidem.*
[24] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 56, 2012. p. 600.
[25] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminal compliance e ética empresarial*: novos desafios do direito penal econômico. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 29.
[26] GIOVANINNI, Wagner. *Op. cit.* p. 51-53.

Pode-se dizer que um dos elementos mais importantes à estrutura do *compliance* é o suporte – demonstrado através da adesão às regras – do programa por indivíduos em posições hierárquicas elevadas[27], o denominado "*tone from the top*".

Além disso, é fundamental a realização de uma compreensiva análise de risco, a partir da qual serão definidos políticas e procedimentos a serem adotados, tornando o programa adequado e eficaz. Não se pode olvidar, contudo, que tais procedimentos e políticas deverão ser passados aos seus destinatários através de treinamentos e lembretes frequentes.[28]

O *compliance*, via de regra, é implementado através de um programa, o qual pode possuir diversas formas de abordagem, sendo que, para a aplicação que se pretende, o modelo mais relevante é aquele focado na prevenção[29]. Neste, além da determinação de condutas preventivas, é importante sempre buscar a cobertura de quaisquer lacunas, com formas de detecção de atos que fujam ao consignado – através de mecanismos de análise e verificação das atitudes tomadas – e a rápida aplicação de medidas de correção caso algum desvio seja percebido.[30]

O segundo momento, após a definição do modelo a ser utilizado e da definição do que se pretende evitar, é a elaboração do chamado manual de conduta, o qual irá conter, de forma geral, as condutas a serem adotadas pelo profissional, sempre relativas à prevenção dos riscos identificados em sua atividade.

De forma que se relaciona especificamente ao tema ora tratado, se vê que a prevenção de erros em hospitais não tem tomado a importância devida. Segundo o estudo de Alexandra Abramovicius[31]:

---

[27] SILVA AYRES, Carlos Henrique da. Programas de *compliance* no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. *Revista do Advogado*, v. 43, n. 125, p. 42-50, 2014. p. 46-47.
[28] *Ibidem*. p. 47-48.
[29] Tal modelo pode ser aperfeiçoado ou inovado, tratando-se apenas de um delineamento geral e teórico.
[30] GIOVANINNI, Wagner. *Op. cit.* p. 51.
[31] ABRAMOVICIUS, Alexandra Cruz. *Estudo dos erros de prescrição relacionados aos medicamentos utilizados no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão preto*. Dissertação (Mestrado em Saúde na Comunidade) - Faculdade de Medicina de Ribeirão preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2007. p. 33.

> Quando acontecem, apenas medidas paliativas e transitórias são tomadas. Verificam-se procedimentos adotados e treina-se pessoal em determinada atividade, mas não se avalia a insegurança inerente aos sistemas complexos que caracterizam o processo de utilização de medicamentos. Fatores como falta de definições hierárquicas, tolerância e práticas individualistas, informação não disponível quando necessária e medo de punição permanecem como obstáculos à melhoria da segurança nos hospitais.

Delineado, assim, o conceito e as linhas gerais que guiam a criação e utilização dos programas de *compliance*, necessária se faz uma breve incursão pela temática específica que é o *compliance* criminal.

Conquanto a *práxis* comum envolva um viés primordialmente administrativo e empresarial, não se pode menosprezar o papel do Direito Penal no tema – papel, este, que não precisa sequer ser forçado, haja vista que a busca da prevenção e de detecção de condutas delitivas sempre foi parte da função da ciência penal, especialmente da criminologia.[32]

Esta atuação do Direito Penal na esfera do *compliance*, contudo, não busca a prevenção através da definição de um padrão de condutas que permita o caminhar "no fio da navalha", mas se visa o estabelecimento de padrões de atuação que coloquem a atividade executada a uma distância segura do enquadramento penal.[33]

O aludido papel se justifica ainda mais quando se considera este com uma reação ao atual estado social – a sociedade do risco –, "uma tentativa de evitar os riscos inerentes da própria atuação econômica, agravada pelo aumento da repressão criminal determinada pela expansão do Direito Penal"[34], em atuação que se coaduna com a visão de Ulrich Beck sobre o estágio social do século XXI, no qual não basta apenas existência de dispositivos de compensação *post factum,* sendo estes complementados e até mesmo substituídos pela precaução e pela prevenção[35].

---

[32] NIETO MARTÍN, Adán. *Op. cit.* p. 29.
[33] *Ibidem*. p. 28.
[34] MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Fundamentos do compliance criminal:* da sociedade de risco às normas anticorrupção. Dissertação (Especialização em Direito penal) – Escola Superior do Ministério público de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 23.
[35] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 364.

Ainda, o trabalho conjunto entre o Direito Penal e o *compliance,* que é uma forma de autorregulação, pode ser vista como um dos estímulos do Direito Penal Econômico para o não cometimento de ilícitos, o que se encaixa com a atual visão de Direito Penal de *ultima ratio*, ou seja, as premissas auto-impostas limitam a incidência do Direito Penal apenas aos casos mais desviantes[36].

Já em termos individuais, o *criminal compliance* é um instrumento de reforço, evidenciador da ocorrência de uma infração de dever[37]. Tal evidenciação, contudo, não implica no fato de "que o descumprimento de normas no interior de uma empresa, de *per se*, implicassem uma responsabilidade [penal] individual, até mesmo porque essa punição careceria de legitimidade"[38].

O que se discute é se há a colocação dos dirigentes da pessoa jurídica em uma posição análoga à figura do garante prevista no Direito Penal, sendo estes, assim, responsáveis por sua omissão que venha a permitir a ocorrência de infrações criminais, sendo que Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad aderem a esta posição[39].

Por outro lado, Helena Regina Lobo da Costa e Guilherme Lobo Marchioni defendem que, por ausência de qualquer previsão legal, os indivíduos submetidos ao programa de *compliance* não devem ser tratados pelo direito penal de forma mais gravosa, inclusive e principalmente nos delitos que envolvam violação ao dever de cuidado.[40]

Estas discussões acerca dos efeitos do *compliance* sobre os indivíduos nos leva diretamente ao próximo ponto.

---

[36] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.
[37] *Ibidem*. p. 120.
[38] *Ibidem*. p. 121.
[39] *Ibidem*. p. 130. Notar, contudo, que esta construção é doutrinária, posto que a Lei de Lavagem de Dinheiro não estabelece sanções penais para o não cumprimento das regras de *compliance*, e também não estabelece posição de garante.
[40] COSTA, Helena Regina Lobo da. MARCHIONI, Guilherme Lobo. Compliance Ambiental: Novos Caminhos no Direito Penal?. In: IX Jornada Luso Brasileira de Direito do Ambiente. *Anais da IX Jornada Luso Brasileira de Direito do Ambiente*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 1, p. 60-70, 2012. p.68.

1.1 A APLICAÇÃO DO *COMPLIANCE* A PESSOAS FÍSICAS

Apesar de ser comum a aplicação dos programas de *compliance* a organizações empresariais[41], sendo esta sua origem, o indivíduo também se beneficia de sua utilização, já que, além de efeitos negativos relacionados à imagem, o descumprimento de normas e princípios morais gera o risco da aplicação de sanções correspondentes às normas violadas, como medidas disciplinares, perda de cargo, cominação de multas e, em casos extremos, até a perda de liberdade.

De fato, ainda que se adote a posição de que o indivíduo sujeito ao programa não possui, para o Direito Penal, uma carga maior de culpabilidade sobre sua conduta, e que tampouco os indivíduos possam assumir posição de garante meramente pela omissão de fiscalização dos instrumentos do programa, fato é que muitas das condutas que o *compliance* visa coibir se cofundem com ilícitos penais, de forma que a violação daquele é também uma violação criminal.

Ademais, por mais que tais instrumentos tenham sido criados para regular a responsabilização da pessoa jurídica, esta, em nosso direito, ainda não se aplica do ponto de vista do Direito Penal – salvo a exceção dos crimes ambientais –, de forma que o *compliance* penal, no Brasil, tem seu foco sobre os indivíduos, buscando regular suas condutas e estabelecer limitações na divisão da responsabilidade por fatos ocorridos.

Dessa forma, não nos parece um salto demasiado a aplicação direta do *compliance* a indivíduos, ou seja, a criação de normas e regras que se apliquem apenas a um indivíduo, ou grupo de indivíduos, tão somente em razão de sua atividade profissional, e não por pertencerem a uma organização específica – o que não impede que estes se submetam às regras de conduta de suas organizações, como Hospitais ou clínicas médicas, fato que, ademais, apenas serviria para fortalecer a proteção da pessoa e da organização.

---

[41] Neste sentido, geralmente se propaga a eficácia dos programas de *compliance* como medidas que reduzem custos operacionais a longo prazo. Contudo, para pessoas físicas, o foco é na tranquilidade e proteção. Cf.: BUONICORE, Bruno Tadeu. Breves linhas de reflexão sobre *criminal compliance*, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 81, v. 14, p. 109-113, 2013. p. 111-112.

De fato, a criação de um programa voltado a uma atividade profissional pode atender a todos os requisitos que caracterizam o *compliance*, tratando-se apenas de uma inversão de foco – a autorregulação de uma atividade, ao invés de apenas uma empresa.

Estabelecido, assim, que seja possível – e mesmo desejável – que pessoas físicas submetam-se a tais práticas, independentemente das práticas semelhantes que existam ou não em seus locais de trabalho, cabe esclarecer como se dá a implementação destas condutas de cumprimento.

2 A IMPORTÂNCIA DA PREVENÇÃO PARA O PROFISSIONAL MÉDICO

Retornando o já levantado ponto a respeito da vivência na chamada sociedade do risco, cumpre esclarecer o que esta constitui. Assim, segundo Ulrich Beck:

> Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos - tecnologicamente produzidos.[42]

Tais riscos, entendidos verdadeiramente como uma antecipação da catástrofe, acarretam uma pressão social por mudanças e ações no presente[43], causando um estado de constante excitabilidade social e incerteza, de medo constante, que direciona a opinião pública a apoiar reformas penais de caráter mais rigoroso e punitivista[44]. Em outras palavras:

> Este sentimento é propagado no imaginário coletivo agravado pelas características da sociedade massificada atual, da qual é inerente a intensa divulgação de fatos de interesse jurídico-penal, amplamente mostrados e repetidos por intermédio dos inúmeros e velozes meios de comunicação, ecoando-se sua gravidade a tal ponto que os receptores das mensagens sentem real temor e assimilam o entendimento de que o Estado revela-se incapaz de prevenir e reprimir a prática de infrações penais.[45]

Respondendo a este contexto, as diversas faces do Direito Penal entram em movimento para apaziguar os anseios sociais, seja pela a criação de novos tipos penais ou recrudescimento de penas daqueles já existentes[46], seja pela atuação reforçada dos agentes da Polícia Judiciária e da Segurança Pública[47] e, ainda, pela relativização de garantias e

---

[42] BECK, Ulrich. *Op. cit.* p. 23.
[43] *Ibidem*. p. 362.
[44] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 178.
[45] MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Op. cit.* p. 13.
[46] Reformas estas, em sua maioria, de caráter populista, como faz exemplo a inclusão da corrupção no rol dos crimes hediondos, seguindo o forte clamor social durante o julgamento da AP 470 ("Mensalão"). Cf.: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpDF.asp?t=131697&tp=1. Acessado em: 8.1.2015.
[47] Em um contexto que vê na segurança um objetivo político-criminal. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76.

direitos[48], abrindo caminho para um Judiciário que já vê o acusado de forma mais desfavorável, fortalecendo a posição do órgão acusatório.

Conforme colocado por Winfried Hassemer[49], a violência e o risco tornaram-se fenômenos centrais na percepção social, de forma que o Direito Penal passa a ser pensado não como um instrumento de prevenção e ressocialização, mas como ferramenta de luta e intervenção contra a violência – real ou imaginada –, de tal forma que a existência de um Direito Penal como garantia de liberdade passa a ser visto como extravagância que beneficia àqueles que são percebidos como delinquentes, passando a existir o que o ilustre doutrinador denomina de "Magna Carta do Cidadão"[50], o arsenal de meios repressivos que o Estado aponta para "a violência".

Percebe-se, então, que o Direito Penal atual vem sendo modificado para atender à posição de um defensor (contra perigos reais ou imaginados), posição esta derivada tanto do medo que permeia a sociedade, como da necessidade de controle gerada pela convivência em uma sociedade de risco.[51]

Imperioso destacar a evolução do papel da vítima, contando-se hoje com teorias que buscam justificar e instituir uma verdadeira institucionalização da vingança, pregando que as vítimas teriam "direito" à punição dos agentes.[52] Tal corrente, caso aplicada em um Estado que não possua índices satisfatórios de solução de delitos e que se oriente pelo encarceramento excessivo – como é o caso do Brasil[53] –, pode trazer consequências devastadoras, tornando a vítima e o Estado em agentes em busca de uma vingança pessoal contra aquele percebido como culpado pelo fato.

---

[48] Segundo Silva Sánchez, a pretensão fundamental das correntes jurídicas contemporâneas é o punitivismo, com soluções criminalizadoras que se sobrepõem. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 75. Também no mesmo sentido: "o expansionismo é uma realidade incontestável, em contínua progressão, bastante favorecida pela situação crítica das sociedades contemporâneas". *Ibidem*. p. 74.

[49] Cf.: HASSEMER, Winfried. *persona, Mundo y Responsabilidad* – Bases para uma teoria de la imputación em derecho penal. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 1999. p. 40-41.

[50] *Ibidem*. p. 41.

[51] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*. p. 77.

[52] *Ibidem*. p. 91.

[53] Enquanto a população carcerária cresce continuamente (cf.: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema penitenciário no Brasil dados consolidados*. Departamento penitenciário Nacional, 2008. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={3B16E3BF-B16F-4AE2-8BA5-5169E9DD61E3}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}. Acessado em: 9.1.2015.), o índice de efetiva solução de crimes permanece assustadoramente baixo (no caso de homicídios, por exemplo, a taxa varia de 5 a 8% dos casos, cf.: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf. Acessado em: 9.1.2015.).

Ademais, deve-se ter em mente que a evolução técnico-científica das ciências médicas e biológicas, ao mesmo tempo em que permitem que os profissionais da saúde disponham de meios e instrumentos mais avançados e precisos, também gera um incremento do risco ao paciente, posto que alguns tratamentos passem a ser mais agressivos ou contarem com efeitos secundários possivelmente arriscados.[54]

É neste contexto normativo e social que o profissional da medicina se insere, atuando em área particularmente vulnerável a acusações, sejam elas civis, administrativas, ou criminais, vendo-se cercado de riscos potenciais, derivados de suas ações ou omissões, e contando com a carga adicional de lidar com ambientes estressantes e pacientes muitas vezes pouco colaborativos.

Alie-se a isso a tendência natural dos indivíduos de, ansiosamente, buscarem um terceiro para apontar como a causa determinante de um problema[55], e tem-se um cenário extremamente complexo e perigoso.

Igualmente, é comum a visão – presente inclusive nos órgãos da administração da Justiça, posto serem estes compostos por indivíduos – de que o profissional da medicina possui o dever de curar seus pacientes, sendo a cura um "direito" de todo aquele a ser atendido. Tal perspectiva obscurece os fatos que ocorrem durante procedimentos médicos, já que resultados não esperados passam a ser vistos como uma quebra de expectativa imputável ao profissional.

Neste quadro, a adoção do *compliance* por organizações ou profissionais se afigura não apenas como opção, mas quase como necessidade. É fundamental, portanto, que o indivíduo se proteja de intromissões desnecessárias do Direito Penal em sua esfera pessoal, principalmente pelo peso que estas trazem consigo.

Em se tratando da análise de condutas médicas pelas autoridades policiais ou judiciárias, deve-se ter em mente que existe, ainda, grande dificuldade de diálogo entre as partes, seja por uma disparidade de conhecimentos, seja por uma visão equivocada das reais possibilidades e limites da medicina e do profissional.

---

[54] CASABONA, Carlos María Romeo. *Op. cit.*. p. 10.
[55] HOLLNAGEL, Erik. *Barriers and Accident Analysis*. Reino Unido: Ashgate, 2004. P. 5-6.

Logo, é essencial que o indivíduo esteja munido da melhor forma para poder contextualizar suas ações e motivações, explicar procedimentos e padrões e atribuir a responsabilidade de cada passo do atendimento aos profissionais corretos, evitando-se lacunas ou confusões, as quais podem tornar problemas simples em procedimentos longos e dispendiosos – além de, inclusive, arriscados[56].

De forma a comprovar o risco envolvido em um procedimento judicial, foi feito estudo que buscava verificar o comportamento da Justiça paulista em casos criminais envolvendo médicos. Neste, o CREMESP encontrou dados que demonstram a complexidade da questão, a qual divide os julgadores. Veja-se:

> Por fim, todas as 15 decisões do TACRIM/SP tratam de homicídio culposo de médico, em razão da morte do paciente. Das decisões de mérito – que decidiram sobre a existência ou não de crime e, consequentemente, sobre a condenação ou não do médico – seis são contrárias aos médicos, mantendo a condenação criminal de 1ª instância e cinco são favoráveis aos médicos processados, absolvendo-os.[57]

Na busca pela criação de *standards* de conduta, e a demonstrar a relevância do tema, a Associação Médica Brasileira criou o "Projeto Diretrizes", o qual disponibiliza diversos estudos e linhas de conduta acerca de questões várias[58]. Ainda, a mesma associação criou, com a Agência Nacional de Saúde Suplementar, as Diretrizes Clínicas na Saúde Suplementar[59], igualmente disponibilizando material sobre assuntos diversos.

Para a construção diária desta proteção em torno do profissional, além da correição da conduta e comportamento ético e adequado, algumas ferramentas são de grande utilidade, como, por exemplo, as listas de ponto e plantão, escalas de funcionários, formulários e receituários preenchidos com esmero.

---

[56] Como pontuado em obra realizada pelo CREMESP, "Na esfera penal, o mais comum é que a conduta decorrente de erro médico seja tipificada como crime de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa". Cf.: CREMESP. *O médico e a justiça*: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: CREMESP, 2006. p. 34.

[57] *Ibidem*. p. 85.

[58] Referidas diretrizes estão disponíveis online: http://www.projetodiretrizes.org.br/amb.php. Acessado em: 12.01.2016.

[59] O material encontra-se acessível ao público: http://www.projetodiretrizes.org.br/ans/diretrizes.html.Acessado em: 12.01.2016.

A ferramenta de maior importância, no entanto, é o prontuário médico, documento por vezes negligenciado pela equipe médica ou de enfermagem, mas que é em verdade o grande aliado de defesas bem sucedidas[60], conforme será visto adiante.

É preciso ter em mente que o erro não caracteriza um mal profissional ou uma má pessoa. Conforme bem colocado por Sérgio Cavalieri Filho, "médicos erram porque são pessoas, sendo este o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir"[61]. Assim, a prevenção busca evitar resultados danosos, não selecionar indivíduos mais ou menos éticos e capazes.

A ideia genérica de prevenção, contudo, não basta para uma proteção efetiva, de forma que é necessário um estudo dos delitos que, concretamente, se busca evitar. Passemos, assim, a esta análise.

---

[60] Os prontuários são, via de regra, submetidos a perícia durante a instrução criminal. Sua importância fica patente em levantamento que verificou que: "Em 96 dos 105 casos nos quais as perícias concluíram pela inexistência do erro médico, os juízes acataram seus resultados, absolvendo os réus. Cf.: CREMESP. *O médico e a justiça*: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: CREMESP, 2006. p. 88.

[61] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2007. p. 363.

3 A RESPONSABILIDADE PENAL E OS DELITOS A QUE O PROFISSIONAL DA MEDICINA ESTÁ SUJEITO

A responsabilidade do médico no âmbito penal segue os aspectos do ordenamento para os indivíduos em geral, apresentando, contudo, particularidades que foram incluídas pelo legislador devido à noção – correta – de que este profissional possui um dever maior de atuar em conformidade com as normas – legais, regulamentares, ou da *lex artis* – e em estrita obediência aos deveres gerais de cuidado. Esta obediência à *lex artis* é, inclusive, ditada pelo Código de Ética Médica[62]. A saber:

> V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.
> [...]
> II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.
> [...]
> [É vedado] Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Qualquer violação às normas estabelecidas pelo Direito configura um ilícito, sendo crimes apenas aquelas cujo resultado adentrar a seara do Direito Penal[63]. Assim, conforme acima exposto, o objetivo das normas de *compliance* é iluminar as regras que regem a profissão e a responsabilidade do profissional, de forma a habilitar este para evitar comportamentos que resultem em fatos ensejadores de uma responsabilização penal.

Ademais, já na seara das atitudes penalmente previstas, os delitos culposos existentes em nosso Código Penal exigem o resultado danoso. Assim, não haverá imputação por delito culposo caso não exista qualquer lesão a bem jurídico, posto que "a não punição do fato, na ausência do evento danoso, diz respeito unicamente a um crime que não se aperfeiçoa"[64].

---

[62] CREMESP. *Novo Código de Ética Médica*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2009.
[63] Isso porque é requisito do ilícito penal que a conduta se enquadre na tipicidade dos delitos previstos no Código Penal, razão pela qual não é qualquer violação normativa que enseja um crime. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.
[64] *Ibidem*. p. 297.

Ou seja, a ação culposa, mesmo quando em frontal desrespeito às normas de *compliance* previstas, não poderá ser vista como crime na ausência do resultado danoso. Como é impossível que o resultado seja excluído do tipo culposo, sob pena de sua desfiguração, sua ausência extingue o crime. [65]

O que faz o *compliance* é, além de auxiliar a atuação zelosa do profissional, criar uma régua para se buscar determinar se o profissional agiu ou não com culpa. Sem ele, essa régua existe, de forma subjetiva, no homem médio. Com ele, contudo, o julgamento pode ter base em parâmetros conhecidos e objetivos, o que é salutar para o profissional e para a Justiça.

Explica-se, por necessário, que a culpabilidade é um princípio de limitação à atuação do Direito Penal, servindo a legitimar a ingerência do instrumento repressivo estatal. Assim, ainda que a necessidade do Direito Penal de voltar-se à prevenção de danos a bens jurídicos volte seu foco a qualquer conduta lesiva àqueles, só será legítima sua aplicação quando verificada a culpabilidade individual, sendo impensável a punição dissociada desta.[66]

A seguir, desenvolveremos o tema e suas peculiaridades.

4.1 A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE NO DIREITO PENAL

É delicada a questão da responsabilidade do profissional de saúde para o Direito Penal. Como colocado por Maria da Conceição Ferreira da Cunha, "quer o excesso de responsabilização quer a sua ausência promovem um clima de desconfiança entre médico e doente, quando, como se sabe, a confiança é um elemento essencial ao processo curativo"[67].

Além da questão da confiança na relação médico-paciente, é essencial que não se desestimule, através de um recrudescimento exagerado da ação repressiva estatal, a

[65] *Ibidem.* p. 298. Tal, contudo, não exclui a possibilidade de responsabilização civil, administrativa, ou ética.
[66] SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones funtamentales, Madrid: Technos, p.143-178, 1991. p. 164-165. Esta mesma proibição esta insculpida em nosso ordenamento no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dando corpo ao princípio da presunção de inocência.
[67] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, p. 809-854, 2003. p. 811.

necessária assunção de riscos e tomada de caminhos diferentes, que são inerentes à inovação da profissão médica.[68] Como colocado por Jorge de Figueiredo Dias:

> Dentre as facetas que assume a atividade profissional do médico, a do seu relevo jurídico não é, por certo, das menos importantes.
> [...] em poucos domínios das relações sociais como neste o ético andará tão de mãos dadas com o "legal" na determinação da responsabilidade jurídica.[69]

Afinal, a profissão médica não trabalha com promessa de êxito[70], sendo o insucesso parte integrante da atividade. Desta forma, deve-se tutelar apenas aquelas condutas que fujam ao parâmetro esperado de um profissional diligente e atualizado na *lex artis.* A esse respeito, Figueiredo Dias se posiciona com clareza, afirmando que ainda que faleça um paciente, não será responsável o médico que atuou:

> *com observância estrita das leges artis* e na base de um *consentimento livre e esclarecido* do paciente ou de quem tinha o poder jurídico para o conceder.
> [...]
> Nenhuma intervenção médica, desde que obedecendo da indicação objetiva, das *leges artis* e a da finalidade terapêutica[71], é tipicamente uma ofensa corporal mesmo que lhe falte o consentimento do paciente; a falta deste só pode tornar punível aquela intervenção, se disso for caso, como crime contra a liberdade de determinação do paciente.[72]

De fato, em casos de intervenção terapêutica a discussão é menos frequente, pois mesmo que não se alcance o resultado pretendido os atos tinham claro fim beneficente. Assim, não havendo qualquer tipicidade culposa ou violação das regras médicas, não haverá imputação.

---

[68] SCHREIBER, Simone. Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico. *Revista da AJUFE,* Brasília, v. 19, n. 63, p. 309-328, jan.-jun. 2000. p. 311.
[69] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica. *Ciência Penal,* Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.10-23, 1975. p. 10-12.
[70] Consideramos estar além do escopo da presente dissertação a discussão existente, em âmbito civil, acerca de a responsabilidade médica ser de meio ou de resultado. Desta forma, nos atendo ao recorte proposto para o tema, tal questão não será abordada.
[71] Esta seria, de acordo com o autor, "a prevenção, o diagnóstico, ou o tratamento propriamente dito de uma doença na sua mais lata acepção", bem como a aproximação deste ao conceito social de saúde ou de promessa de saúde, aí inserindo-se testes, análises, diagnósticos e até terapias genéticas que visam a melhoria de um corpo já saudável. Cf.: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.12, n.48, p. 62-81, mai.-jun. 2004. p. 65-69.
[72] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica. *Ciência Penal,* Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.10-23, 1975. p. 18. Grifos do original.

Por outro lado, nas intervenções eletivas ou em casos de transplantes, nas quais o fim é estético[73] ou o benefício diz respeito à terceiro, o consentimento adquire caráter essencial, constituindo-se no limite de justificação das ações médicas. Assim, caso o consentimento não seja claro e informado, ou caso as ações ultrapassem o limite deste, o medico poderá responder por lesões.[74]

Não se desconhece, ainda, que o médico possui a liberdade de escolha de métodos de tratamento, seja este majoritário ou não, desde que integre o estado da arte médica[75]. Por tal razão, não cabe ao operador do Direito – quanto mais ao Estado – interferir em tal liberdade, na medida em que a medicina, apesar de ciência, trabalha com margens de incerteza, é, "apesar de seus avanços, mais arte do que ciência"[76].

A esse respeito, cabe consignar que tal liberdade não é irrestrita, pois se é certo que o profissional pode escolher os métodos diagnósticos e terapêuticos que utilizará, também é fato que referida opção deve se dar entre métodos de eficácia semelhante. Assim, se existir na ciência médica um método indubitavelmente superior aos demais, deve ser este o escolhido, sob pena de responsabilização do profissional por resultados adversos que ocorram, constituindo a escolha uma violação do dever de cuidado.[77]

A imputação culposa somente será afastada de plano em duas hipóteses: caso a opção seja acompanhada de consentimento do paciente, e somente se referida escolha não implicar em

---

[73] Neste ponto, também é relevante considerar, como acima apontado, a discussão existente a respeito de consistir a intervenção estética uma obrigação de resultado, o que poderia gerar consequências jurídicas diversas daquelas presentes nas intervenções terapêuticas.

[74] ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 485. Cabe ressaltar que o consentimento válido exclui a antijuridicidade do fato, mas não o tipo, posto que a ação continua a configurar uma lesão ao bem jurídico, contudo não interessa ao Direito Penal persegui-la. Cf.: TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit*. p. 171-172;214 e ss.

[75] Não se deve, contudo, confundir a autonomia com a pura soberania. A liberdade do profissional é limitada pelo risco à saúde do paciente, devendo esta harmonizar-se com a autonomia da qual aquele é também possuidor. Cf.: CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. A autonomia do médico e do paciente no atual Código de Ética Médica. In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 637-655, 2014. p. 646-647.

[76] COUTINHO, Luiz Augusto. Homicídio culposo – médico – inexistência de nexo causal entre a conduta do agente e a causa da morte – trancamento da ação penal [Jurisprudência comentada]. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 62-74, abr.-mai. 2005. p. 64.

[77] SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Libertad de terapia y responsabilidad penal del medico. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal,* Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207, 2001. p. 175. Ademais, não pode o profissional se escusar de responsabilização ao alegar que a opção pelo método menos eficaz – ou mesmo obsoleto – deu-se por desconhecimento das técnicas mais avançadas, posto ser sua obrigação a atualização constante. *Ibidem*. p. 194.

uma certeza de lesão ou morte[78], e caso a utilização da técnica menos eficaz ou obsoleta se deva pela escassez de recursos humanos ou materiais disponíveis ao profissional, desde que referida indisponibilidade não possa ser imputada ao médico[79].

Cumpre também destacar que a apuração da imperícia exige cautela, visto que o avaliador (autoridade policial, juiz, membro do Ministério Público) estará substituindo-se ao médico na avaliação do comportamento e comparando-o à *lex artis,* sem perder de vista, ademais, que a culpa não prescinde da previsibilidade objetiva e subjetiva[80] do resultado.[81]

Em realidade, a *lex artis* é de fundamental importância no deslinde de casos que envolvem erro médico, servindo não somente para a verificação da imperícia no caso concreto, como acima exposto, mas também para a verificação de outros elementos formais do tipo. Assim sendo:

> [...] se o agente agiu no exercício regular de um direito (o que exclui a ilicitude, apesar do dano; onde 'regular' = 'conforme a *lex artis*'); ou ainda se, tendo em vista as circunstancias que envolveram o evento (informações obtidas do paciente, equipamentos disponíveis, condições de salubridade do local, situação de emergência), o médico conduziu-se como lhe poderia ser exigido, considerando-se mais uma vez a *lex artis* (verificação de eventual inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade.[82]

Tais valorações são de especial importância no Brasil, dado o estado precário de boa parte dos serviços públicos de saúde, ou mesmo da dificuldade de extensa parcela da população em comunicar adequadamente sua situação a terceiros.

Relevante é a definição de Francesco Carnelutti sobre a prudência, a perícia e a diligência, afirmando que é prudente aquele que, baseado em sua experiência, age prevenindo eventos

---

[78] *Ibidem*. p. 195.
[79] *Ibidem*. p. 198. Exemplo de escassez imputável ao profissional, por exemplo, seria a falta de reposição de material necessário, por esquecimento ou economia.
[80] A reforma penal de 1984 adotou em nosso código penal a teoria finalista, assim a culpa se baseia na previsibilidade subjetiva, sendo que esta é verificada *in casu* pelo cuidado objetivo exigível. Cf.: DELMANTO, Celso *Et. al*. *Código penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.154.
[81] COUTINHO, Luiz Augusto. *Op. cit.* p. 316. O julgador não pode perder de vista que sempre irá se deparar com casos que tiveram desfechos ruins, devendo então verificar se este evento está etiologicamente ligado ao tratamento realizado, fazendo o possível para evitar a confusão entre causas, efeitos, e a evolução natural da enfermidade, trabalho este que pode ser facilitado pela realização de perícias minuciosas, por profissionais que sejam *experts* na área de atuação em discussão. Cf.: MARTINS-COSTA, Sérgio Hofmeister. MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Relação de nexo causal e erro médico. In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 678-686, 2014. p. 686.
[82] [82] COUTINHO, Luiz Augusto. *Op. cit.* p. 321.

que possam derivar de sua ação; é perito aquele que, além de saber, sabe fazer; e é diligente aquele que age com amor, evitando distrações e erros.[83]

O dever de cuidado a que o profissional se sujeita merece ser avaliado individualmente. De tal modo, para verificar-se a violação do dever de cuidado e, consequentemente, a incidência típica, verifica-se a capacidade individual do profissional – desta forma, incorrerá em violação ao dever de cuidado um grande especialista que, embora tenha atuado de forma superior à média ainda assim permite que danos ocorram ao paciente por atuar de maneira aquém de sua capacidade.[84]

A culpa do profissional – ou seja, o erro, a imprudência, a imperícia, ou a negligência – pode surgir em qualquer uma das fases da atividade médica, seja no diagnóstico, prognóstico, escolha do tratamento terapêutico, e aplicação da terapia. Veremos estas com maiores detalhes abaixo[85].

O diagnóstico é a fase – em verdade, dividida em uma fase empírica e uma fase de valoração racional dos dados – na qual se busca a identificação do que aflige o indivíduo, constituindo etapa extremamente complexa e, por isso, bastante exposta a riscos advindos de erros[86], os quais acarretarão equívocos em toda a cadeia de atuação do profissional. Para minimizar tais riscos, são de grande utilidade os exames laboratoriais – sendo certo que, em casos nos quais não há urgência[87], é recomendado que se proceda a um tratamento sintomático enquanto se aguarda o resultado dos exames, realizando assim um balanceamento entre risco e benefício.

---

[83] BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità penale e civile del medico.* Padova: CEDAM, 2006. p. 715.
[84] CASABONA, Carlos María Romeo. *Op. cit.* p. 15-16.
[85] BILANCETTI, Mauro. *Op. cit.* p. 729-757. A esse respeito, um comitê que analisou a qualidade da prestação de serviços de saúde nos Estados Unidos definiu os diversos tipos de erros que podem surgir durante as etapas do tratamento, criando tabela com o momento e os erros mais comuns, sendo fácil perceber que os erros lá levantados coincidem com os ora apresentados, dado o caráter destes advir principalmente de falhas inerentes ao homem e aos sistemas que regulam a prestação de tais serviços, os quais obedecem a lógicas semelhantes. Cf.: KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *To err is human:* Building a Safer Health System. Washington D.C.: National Academy Press, 2000. p. 36.
[86] O qual é entendido como "uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional". GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada.* Curitiba: Juruá, 1999. p. 136.
[87] Em tais casos, uma decisão imediata que se afigure equivocada, não sendo caso de conduta claramente culposa, é, de certa forma, vista de forma mais benéfica ao profissional, posto que a inação seria completamente prejudicial ao paciente.

Os pontos passíveis de erro são, principalmente, a anamnese imprecisa ou defeituosa (o que depende, também, da colaboração e capacidade de comunicação do paciente), um exame clínico incompleto, a má interpretação dos resultados laboratoriais ou, ainda, caso ocorram erros na realização do exame laboratorial (questão, essa, imputável aos técnicos responsáveis). Inclusive, pode haver erros na valoração, seleção e comparação dos dados colhidos empiricamente.

Neste momento, pode o médico incorrer em erro imputável caso não esteja atualizado na *lex artis,* e caso seja negligente em sua anamnese, exame clínico ou valoração dos dados colhidos. Deve-se ter em mente que nem todos os erros serão imputáveis aos profissionais[88], posto que o diagnóstico é passível de incertezas, devendo a responsabilidade recair apenas em casos de conduta culposa ou em desconformidade com o presente estado das ciências médicas.

O prognóstico decorre do juízo formado no diagnóstico, sendo a previsão sobre o curso do estado do paciente. Neste momento, o erro mais frequente é a falta de previsão de possíveis desenvolvimentos negativos da condição do paciente, perdendo-se oportunidades terapêuticas. Também aqui, para que haja a imputação de responsabilidade ao profissional, o erro deve ser evitável e passível de verificação no caso concreto.

Podem-se generalizar algumas hipóteses nas quais eventuais erros sempre serão considerados culposos e levarão à responsabilidade do médico: no evento de não se prever consequências negativas que são frequentes em casos de mesmas características; em ocorrências nos quais não se escolha o procedimento frequentemente adotado, mas outra conduta com menores probabilidades de sucesso; e em hipóteses nas quais já se conheça o resultado danoso da ausência de determinada medida em casos análogos, e, mesmo assim, não sejam tomadas as devidas providências.

Geralmente, em transcorrendo as fases anteriores sem erros, eventuais problemas encontrados no tratamento serão menos escusáveis, e ainda mais se considerado que, apesar da liberdade de escolha de tratamento de que o médico goza, esta não é absoluta.

---

[88] O erro de diagnóstico pode ser escusável se passível de ser praticado por qualquer profissional que atua de forma prudente. Cf.: CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. SCAPIN, Andreia Cristina. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, n. 108, p. 245-268, jan.-dez. 2013. p. 259.

Contudo, na hipótese do profissional optar pelo caminho terapêutico ortodoxo e, embora assim, ocorrerem resultados danosos, tal dano não poderá ser a ele imputado.

A fase final da atividade médica é a execução do tratamento terapêutico, sendo que a discricionariedade do profissional deve ser balizada pelas regras técnicas atinentes ao fato concreto, bem como pelas regras de diligência, prudência e perícia.

Se a execução terapêutica depender de intervenção cirúrgica, as regras acima devem ser aplicadas não apenas na escolha do método e momento de intervenção, como também na execução propriamente dita e nos cuidados pós-operatórios, sendo esta uma fase na qual eventuais negligências podem ter consequências extremamente prejudiciais.

Não se ignora que a medicina não é uma ciência exata. Assim, em suma, para que se verifique a responsabilidade criminalmente imputável ao profissional deverá ser verificada, no caso concreto, a ocorrência das hipóteses de condutas culposas e/ou de violação da *lex artis*, episódios nos quais se poderá verificar se tais comportamentos de fato integraram o nexo causal que levou ao resultado lesivo[89].

Certo é, que apesar das definições doutrinárias, a linha entre a imperícia e a negligência pode ser tênue. Inobstante, em qualquer um dos casos estas serão hipóteses de atuação culposa, sendo sua diferenciação uma questão mais dogmática do que prática, não existindo diferenciação legal para a punição de cada tipo de atuação culposa.

Outro ponto relevante para a determinação da responsabilização do profissional da saúde é a questão da incidência do chamado dolo eventual (art. 18, I, do Código Penal), o qual ocorre quando o agente, apesar de não querer o resultado, "assumiu o risco de produzi-lo"[90].

Segundo a doutrina, nesta hipótese "a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; [...] mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo"[91], fornecendo como exemplo a conduta do médico que "ministra

---

[89] Sendo assim, não há culpa em casos de doença de difícil diagnóstico e que não apresenta os sinais clássicos. Ainda, não se pode imputar negligência ou imprudência caso o profissional ministre o tratamento adequado ao paciente, apenas não o internando, desde que tenha se conduzido com diligência dentro das normas recomendadas. DELMANTO, Celso *Et. al. Op. cit*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

[90] "Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

[91] MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1. p. 127.

medicamento que sabe poder conduzir à morte o paciente, apenas para testar o produto"[92]. É, portanto, a assunção de um risco previsto[93], cujo desfecho não é desejado.

Esse consentimento interno e implícito quanto à potencial ocorrência do resultado danoso é o que diferencia o dolo eventual da chamada culpa consciente, na qual, apesar da previsão, o agente não consente internamente com o resultado diverso, acreditando que este não irá se concretizar.[94]

Como se percebe, é tema complexo, que depende da análise minuciosa de elementos subjetivos[95], razão pela qual não nos aprofundaremos na questão. Ademais, a prática de um ato médico com a assunção consciente de um risco possível para o paciente – risco esse que não é aquele esperado do procedimento ou do medicamento[96] – não se afigura como mero erro, fugindo ao escopo da presente dissertação[97].

Desta forma, para os limites deste trabalho, avaliaremos as circunstancias de responsabilização dos profissionais em delitos culposos – os quais são taxativamente previstos em nosso Código Penal – e também nos tipos omissivos, sobretudo os omissivos impróprios, ou seja, que derivam do chamado dever de garante.

Passemos, então, a essa análise.

---

[92] *Ibidem*.
[93] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 202.
[94] DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit*. p. 152-153.
[95] Havendo dúvida, em regra, entende-se pela existência da culpa consciente. Cf.: Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n. 214, Rel. Min. Luiz Fux, j. 7.5.2008.
[96] A respeito, há interessante julgado de médico e anestesista que, embora tenham percebido sinais que fugiam da normalidade do procedimento cirúrgico, atuaram durante todo o tempo sem sequer cogitar a hipótese de ocorrência de evento lesivo. No caso, houve desclassificação do delito de lesão corporal gravíssima para lesão culposa, por ter o julgador entendido que agiram com culpa consciente, não adentrando no dolo eventual, cf.: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 2000.71010016409, Rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, j. 8.3.2005.
[97] Como curiosidade, aponto a existência do Inquérito Policial n. 35/2010 da Comarca de Ivinhema/MS, no qual dois profissionais foram indiciados pela morte de um feto, fato ocorrido por estes terem iniciado briga na sala de parto, evento este que culminou na demora de atendimento à gestante e mudança do procedimento que seria adotado (parto normal). Os autos da ação civil de indenização (processo n. 0000447-93.2010.8.12.0012) podem ser acessados eletronicamente. A esse respeito, houve manifestação acerca da possível responsabilização dos profissionais pelo crime de aborto na modalidade de dolo eventual, cf.: http://www.conjur.com.br/2010-mar-07/classificar-crime-medicos-responsaveis-morte-feto. Acessado em: 8.10.2015.

4.1.1 A POSIÇÃO DE GARANTE DO MÉDICO

O denominado dever de garante – ou posição de garante – sempre existe quando se trata de profissionais da medicina, por força de previsão expressa do Código Penal. Assim, mesmo em episódios que não consistem em uma ação, ou seja, naqueles de omissão, tais condutas podem ser consideradas como comissivas por omissão, ou seja, a omissão em agir equipara-se à ação por parte do indivíduo.

Nestes casos, o nexo causal não se configura entre a ação e o resultado, mas entre este e o comportamento a que o agente estava juridicamente obrigado a adotar, porém não o fez. Ou seja, não se pune a omissão em si mesma, mas a abstenção de agir quando compelido o agente por norma legal.[98]

Em nosso ordenamento prevalece o entendimento de que a posição de garante advém de uma estreita e especial relação entre o obrigado e o bem jurídico a ser protegido de lesão.[99] Assim, o profissional sempre será considerado garante daqueles que estão sob seus cuidados, conforme preceitua o art. 13, §2º, a, do Código Penal[100].

Há, ainda, a possibilidade da "culpa por assunção", a qual ocorre quando o profissional opta por assumir o encargo de um paciente ao invés de remetê-lo a outro mais competente (caso não seja especialista naquela questão), ou ainda na hipótese de o médico sentir-se incapaz ou exausto para a realização das condutas necessárias e mesmo assim atuar[101]. Esta hipótese do dever de garante está expressa no art. 13, §2º, b, de nosso Código Penal, sendo a conduta daquele que "de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado".

---

[98] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit*. p. 130. Nesse sentido, cf.: STF, RTJ 116/177; STF, RHC n. 67.286, DJU 5.5.1989.

[99] BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 10, n. 38, p. 271-279, abr.-jun. 2002. p. 283.

[100] "Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...]
§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;"

[101] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da Doutrina penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 363-364.

Note-se que o parágrafo segundo estabelece a relevância da omissão daquele que "devia e podia agir". Sendo certo que o profissional tem o dever de agir, a análise do caso prático deve verificar se o indivíduo possuía capacidade – em sentido amplo – para tal.

É relevante, ainda, que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro, o que exonera aqueles que seriam, a princípio, responsáveis. Tal ocorre, por exemplo, em hospitais, no quadro da divisão de funções naturalmente existente em tais organizações, razão pela qual se valoriza o princípio da confiança e a limitação da responsabilidade aos setores especificamente competentes.[102]

4.1.2 A RESPONSABILIDADE POR ATOS EM EQUIPE

Além da problemática relativa à responsabilidade médica individual, também é importante a definição e delimitação da responsabilidade de cada integrante de uma equipe, isso porque no Direito Penal cada indivíduo responderá sempre nos limites de sua efetiva culpa para o resultado – assim, por exemplo, em caso de cirurgias, é preciso delimitar a responsabilidade individual de cada membro.

Conforme acima apontado, a atividade médica assume, por diversas vezes, contornos de um ato plurissubjetivo, seja com divisão vertical de tarefas – relação de subordinação dentro da equipe – (ex: médicos e enfermeiros), seja com uma distribuição horizontal de tarefas, na qual existem, a rigor, responsabilidades autônomas (ex: relação médico e anestesista).[103]

A realidade da estrutura do atendimento médico-sanitário, principalmente em hospitais, é a de uma engrenagem na qual cada profissional atua de forma especializada, demandando-se a interação entre diversos especialistas e técnicos de apoio. Logo, percebe-se que existe "paralelamente a necessidade de que os profissionais da saúde estejam na posse de um número cada vez maior de conhecimentos e técnicas, assim como, e consequentemente, de uma

[102] BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 285.
[103] GALHARDES, Maria de Fátima. Negligência médica no código penal revisto. *Sub Judice*: *Justiça e Sociedade*, Coimbra, n. 11, p. 163-167, jan.-jun. 1996. p. 166.

especialização cada vez mais reduzida no seu campo de ação, porém mais profunda"[104], de forma que o sucesso do diagnóstico e do tratamento dependem da integração de todos os profissionais e técnicos.

A divisão do trabalho, portanto, é condição necessária à eficiência dos procedimentos médicos, sendo que a esta divisão se aplica o já mencionado princípio da confiança, segundo o qual é direito daquele que trabalha em uma equipe esperar que seus companheiros ajam de acordo com o quanto exigido pela *lex artis*, não cabendo a cada indivíduo vigiar os demais, senão apenas supervisionar a equipe dentro de limites razoáveis.[105]

De fato, exemplo corrente deste princípio é a já citada relação entre médico cirurgião e anestesista. Devido ao princípio da confiança, só haverá infração do dever de cuidado por um destes se a atuação do outro em desconformidade com a ciência médica e a *lex artis* seja perceptível – ou seja, caso consista em ação ou omissão a qual o outro profissional pode, dentro de seus conhecimentos, perceber como errônea ou incomum. Não ocorrendo fato nestes moldes, e não havendo razão para se suspeitar das qualificações do outro profissional, não se pode falar em dever de cuidado sobre as ações alheias, sendo impossível imputar, por omissão ou violação deste dever, eventual resultado lesivo ocorrido.[106]

A doutrina italiana, por exemplo, já possui posicionamento acerca da responsabilidade dos subordinados por atos culposos de seus superiores. Para Andrea Rocco di Landro[107], em um contexto cirúrgico seria impraticável que cada decisão ou ato passasse pelo crivo dos profissionais envolvidos, razão pela qual, a um integrante hierarquicamente inferior, não se pode imputar responsabilidade pelos resultados oriundos de uma ordem ou conduta culposa advindo de seu superior. Tal impossibilidade, contudo, não significa que se exclui a obrigação de garantia relacionada ao papel principal de cada um dos membros da equipe[108].

---

[104] CASABONA, Carlos María Romeo. *Op. cit*. p. 10.
[105] BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 287. Claus Roxin compactua com esse entendimento, aduzindo que existe, contudo, dever de cuidado na supervisão de auxiliares menos experientes. ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte General. Madrid: Civitas, 1997. p. 1004-1006.
[106] SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudência de medico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo. *Revista Peruana de Ciencias penales,* Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994. p. 198-199.
[107] DI LANDRO, Andrea Rocco. Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'equipe. *Rivista Trimestrale di Diritto penale Dell'Economia*, Padova, v. 18, n.1-2, p. 225-272, jan.-jun. 2005. p. 233.
[108] *Ibidem.* p. 237.

Assim, os limites da obediência às ordens superiores seguem, neste caso, também os limites previstos em casos análogos – como, por exemplo, de policiais –, devendo o sujeito atentar-se à ilicitude manifesta da ordem[109]. Ainda não se escusa o sujeito de não atuar de forma culposa, cumprindo ordens que são claramente ineptas à consecução do resultado.

Há quem defenda – posição que não compartilhamos – a aplicação de uma espécie da teoria do domínio do fato, sendo que, em ocasiões nas quais existem diversas equipes atuando sobre o mesmo paciente (ex: radioterapia, diálise, etc.), sem prejuízo da responsabilização de cada indivíduo por seus erros, o chefe da equipe de tratamento, por possuir a visão do que deseja ver feito e os dados fornecidos por cada núcleo, assume uma espécie de obrigação de vigilância e controle, o que pode vir a fundar uma imputação por negligência se este não perceber – e não corrigir – erros nas condutas dos demais profissionais.[110]

Ainda mais complicada é a questão quando não existe subordinação hierárquica entre os profissionais – como, por exemplo, entre médicos que atuam em turnos (ex: pronto socorro), assumindo o dever de cuidado de pacientes que estavam, anteriormente, sob o cuidado de outro profissional. Nesses cenários, a responsabilidade sobre fatos ocorridos deve recair sobre aquele que violou os deveres de cuidado, não informando seu sucessor, ou sobre o sucessor, que, podendo e devendo agir de forma a eliminar a violação ocorrida não o fez? Ou a ambos?

A doutrina italiana reconhece que o cedente poderia escusar-se de tal responsabilidade caso informasse, tempestivamente e de maneira completa, ao sucessor sobre os riscos, sobretudo ocultos, da situação.[111] Já o cessionário, escusar-se-ia caso tomasse todas as medidas a mitigar os riscos encontrados na situação.[112]

Todavia, para o nosso ordenamento, parece inadequado que o cedente possa afastar de si a responsabilidade pela violação aos deveres objetivos de cuidado apenas pela informação, ao próximo profissional, do quanto ocorrido. Tal afastamento deve ocorrer apenas caso o segundo profissional efetivamente neutralize os riscos, sem prejuízo de que a conduta do

---

[109] Conforme art. 22 do Código penal: "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.".
[110] Neste sentido: GALHARDES, Maria de Fátima. *Op. cit.* p. 166.
[111] DI LANDRO, Andrea Rocco. *Op. cit.* p. 261.
[112] *Ibidem.* p. 261-262.

primeiro profissional de informar o ocorrido possa ser sopesada quando da determinação do *quantum* de sua responsabilidade e consequente pena.

Ainda, a responsabilização do profissional que sucede àquele que criou situação de risco ao paciente deve ser medida através do caso concreto, verificando-se se ele teria condições de identificar tais riscos e se, identificando-os, seria possível reverte-los. Sendo a resposta a tais questionamentos negativa, não se poderá imputar a ele qualquer responsabilidade, sob pena de incorrer em responsabilização objetiva[113] e desvinculada de qualquer nexo causal.

Na doutrina pátria encontramos que o entendimento dominante é aquele que homenageia o princípio da confiança, ou seja, em regra não há a responsabilização do profissional por erros cometidos por colegas ou auxiliares aos quais se delegou a realização de parte das atividades, confiando na correção da conduta e na habilidade técnica dos mesmos.[114] Nesse sentido, o cirurgião-chefe não será responsável pelos erros de conduta exclusivos de seu anestesista, por exemplo.

4.1.2.1 A RESPONSABILIDADE DO PRECEPTOR

Não é possível tratar de responsabilidade de equipe médica sem adentrar, ainda que de forma breve, na relação entre residente e preceptor. Isso porque, é este o indivíduo responsável por conduzir e supervisionar, por meio de orientação e acompanhamento, o desenvolvimento dos médicos residentes nas especialidades de um hospital, exercendo

[113] Ao contrário do Direito Civil, o Direito penal não admite a responsabilização objetiva, sendo necessária a verificação da responsabilidade subjetiva do agente, ou seja, o conteúdo de vontade da conduta, que abrange tanto o aspecto volitivo (querer realizar) quanto um aspecto cognoscivo (conhecimento do que faz e dos eventuais riscos). Cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Marco general para delimitar la responsabilidade médica: sinopses de la teoria del delito. In: BUERES, Alberto J. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. VANNELLI-VIEL, Renato Luis (Colab). *Responsabilidad medica*: aspectos civiles y penales. Buenos Aires: Hammurabi, p. 142-146, 2009. p. 145. De fato, a imputação do resultado baseada tão somente em sua causação seria o mesmo que admitir um Direito Penal afastado da culpa, o que se repudia não apenas em nosso ordenamento, mas na doutrina mundial. Tanto o é que a Lei n. 7.209/1984, a qual contém a exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, aduz que deste "eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva". Neste sentido, cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 456.

[114] SCHREIBER, Simone. *Op. cit.* p. 319.

papel de suporte, ao novo profissional para que este possa adquirir prática.[115] Assim, é possível afirmar que:

> A principal função do preceptor é ensinar a clinicar, por meio de instruções formais e com determinados objetivos e metas. Portanto, entre as suas características marcantes devem estar o conhecimento e a habilidade em desempenhar procedimentos clínicos. Nesse sentido, o preceptor se preocupa principalmente com a competência clínica ou com os aspectos de ensino-aprendizagem do desenvolvimento profissional, favorecendo a aquisição de habilidades e competências pelos recém-graduados, em situações clínicas reais, no próprio ambiente de trabalho.[116]

O papel do preceptor é regulado pela Resolução n. 5/2004 do Conselho Nacional de Residência Médica, dispondo, em seu art. 2º, que caberá ao preceptor "orientar diretamente os médicos residentes do programa de treinamento".

Nesse contexto, apesar de ser indiscutível que a responsabilidade penal é individual, questionam-se os limites da responsabilidade de cada um. Ou seja, há dever de cuidado que levará o preceptor a responder pelos atos do residente? Caso o residente, atuando em conformidade estrita com as orientações recebidas, lesione um paciente, a quem cabe a imputação? É o que buscamos elucidar.

O CREMESP, de há muito, já exarou entendimento acerca da responsabilidade do residente, entendo que este, sendo médico já formado – posto que a residência é, em verdade, espécie de pós-graduação[117] –, possui plena capacidade de responder por seus atos. É do parecer:

> O médico Residente apesar de toda a supervisão e orientação conforme já enfocado, subentende-se que tenha os necessários conhecimentos para tratar de vida humana.
> Com efeito, o Residente ao prestar atendimento ao paciente, assume a responsabilidade direta pelos atos decorrentes, não podendo em hipótese alguma atribuir o insucesso a terceiros.[118]

---

[115] BOTTI, Sérgio Henrique de Oliveira. REGO, Sérgio. Preceptor, supervisor, tutor e mentor: quais são seus papéis?. *Revista brasileira de educação médica,* v.32, n.3, p. 363-373, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbem/v32n3/v32n3a11.pdf. Acessado em: 13.1.2016. p. 365.
[116] *Ibidem.*
[117] Conforme o Decreto n. 80.281/1977.
[118] Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1989/23090_1989.htm. Acessado em: 13.1.2016.

> Desta forma, apesar da possibilidade de ocorrência de aspectos negativos na formação profissional, temos que entre o paciente e o médico existe uma relação jurídica perfeitamente definida por dispositivos legais existindo para ambos direitos e deveres. Destaca-se entre os deveres dos médicos a responsabilidade. Entre os direitos do paciente, o de não sofrer dano por culpa do médico.
> Assim, em conclusão, entendemos que não há como isentar Residentes, Internos e Docentes da responsabilidade jurídica por eventuais danos, uma vez caracterizada a prática de ato ilícito.

Melhor esclarecendo a questão, Miguel Kfouri Neto afirma:

> Quanto ao residente, já doutor em medicina, a responsabilidade é pessoal. Eventualmente, o preceptor de residência médica poderá responder solidariamente, caso permita que um residente de primeiro ano (R-1), por exemplo, realize ato da especialidade considerada, para o qual ainda não se encontre habilitado (apenas um R-3, p. ex., já estaria capacitado para tal). Portanto o residente ainda é considerado imperito.[119]

O Conselho Federal de Medicina entende que há, em regra, responsabilidade compartilhada entre preceptor e residente na prática de atos médicos[120]. Contudo, caso ocorram erros médicos na ausência do preceptor, o Conselho Federal entende ser a responsabilidade deste, posto que a atuação do residente deve ser a todo tempo seguida de perto pelo preceptor, o qual deve, ainda, estar presente durante todos os atos cirúrgicos[121].

A jurisprudência criminal pouco trata do tema, fornecendo parcos subsídios para um posicionamento. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a responsabilização do preceptor depende de efetiva verificação de conduta omissiva ou comissiva que evidencie negligência, imprudência ou imperícia[122], tendo também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenado apenas a médica que realizou

---

[119] KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.183-184.

[120] Conforme o Processo-Consulta CFM n. 3.426/2001, disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2002/13_2002.htm. Acessado em: 13.1.2016.

[121] Conforme parecer n. 23/2015 – CFM, disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&buscaEfetuada=true&pareceresUf=&pareceresNumero=23&pareceresAno=2015&pareceresAssunto=&pareceresTexto=#buscaPareceres. Acessado em: 13.1.2016. Nesta linha, está em trâmite o Projeto de Lei n. 456/2015, que busca definir a responsabilidade penal durante a residência como exclusiva do preceptor. Inteiro teor disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AB53CD89DE60B845970C347202127155.proposicoesWeb2?codteor=1425565&filename=PL+4156/2015. Acessado em: 13.1.2016.

[122] Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, HC n. 17.461, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13.11.2011.

cirurgia indevida, na qual foi auxiliada pelo residente e demais membros da equipe, por se vislumbrar total domínio da situação por aquela[123].

Pois bem. Analisando a questão à luz do Código Penal, é evidente que a responsabilidade pelo fato recai sobre aqueles que lhe deram causa[124]. Dessa forma, na prática do ato que ocasionou lesão a bem jurídico, o residente, via de regra, será responsável por suas ações ou omissões, bem como o será o preceptor, posto seu dever de zelar pelos pacientes a seus cuidados e vigiar as condutas dos residentes[125].

Por outro lado, caso o residente atue seguindo orientações do preceptor e, no estrito cumprimento destas, ocorram danos ao paciente, poderá ser excluída a responsabilidade do residente caso se verifique, no caso concreto, que lhe era impossível prever tal resultado, confiando nos conhecimentos de seu preceptor[126]. Nestes casos, verifica-se que o erro foi determinado por terceiro e que sobre o residente recai a chamada descriminante putativa[127].

Dessa forma, percebe-se que o preceptor encontra-se em posição que determina o dever de vigilância, sendo sua responsabilidade penal diferenciada, posto que responde tanto pelas suas orientações como por sua omissão em fiscalizar os atos de seus residentes, podendo mesmo responder exclusivamente por eventos lesivos que venham a ocorrer.

Sendo assim, é imprescindível que os profissionais que atuam na condição de preceptor tenham plena ciência de sua posição, atuando com a diligência devida e zelando pela plena segurança de seus pacientes.

---

[123] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Criminal, Apelação n. 0011041-09.2003.8.26.0050, Rel. Des. Newton Neves, j. 13.3.2012.

[124] "Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

[125] Neste caso, não há que se falar em princípio da confiança, posto ser intrínseca à posição de residente a ignorância de diversos aspectos práticos da profissão, bem como a ausência de perícia específica.

[126] Na situação inversa, plenamente aplicável o princípio da confiança. Assim, em sendo a orientação aparentemente correta e não havendo previsibilidade subjetiva de dano ao paciente, o residente está justificado em confiar nas ordens do preceptor.

[127] Conforme art. 20 do Código Penal: "§1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.
§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.". Pode-se vislumbrar, também, a incidência do art. 22 do mesmo *Codex*, segundo o qual: "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem."

4.2 A QUESTÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva, criada por Claus Roxin, pode ser vista como uma resposta do Direito Penal à sociedade do risco, buscando acrescer aos critérios da causalidade os do risco permitido e risco proibido, como elementos normativos. Assim, cria-se um redutor para as hipóteses de incidência da norma penal, com a inclusão de um novo requisito para a caracterização da tipicidade objetiva.

Por esta, a imputação liga-se não ao resultado causado, mas à criação do risco – não permitido – de que se produzissem os resultados, assim o autor é aquele que contribui com a criação ou aumento do risco, tendo, ainda, o poder de interrompê-lo.[128] Em suma, pode-se dizer que:

> um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.[129]

Esse risco não permitido se entende pela assunção de que, na vida em sociedade, vigora o princípio da confiança, o qual só seria afastado ao haver indicações objetivas que permitam aferir o risco existente e seu incremento em desacordo com as regras legais e sociais.

Assim, caso o risco se realize, ou seja, caso ocorra o resultado danoso, considera-se que o tipo penal foi preenchido, permitindo a imputação do fato delitivo ao agente.[130] Por outro lado, caso o dano resulte de conduta que respeitava as normas vigentes, este não poderá ser imputado ninguém, posto não haver o preenchimento do tipo.[131]

---

[128] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugenio. *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, p. 109-134, 2011. p.130-131.

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

[130] *Ibidem*. p. 14-15.

[131] *Ibidem*. p. 18. Eventos ocorridos dentro do âmbito do risco permitido são entendidos como inevitáveis. Exemplo da situação é o condutor de veículo que, na velocidade regulamentar e obedecendo às marcações da via, atropela pessoa que atravessa, repentinamente, fora da faixa de pedestres. Outro exemplo é o médico que, obedecendo a todas as previsões da ciência médica, não consegue conter hemorragia de paciente durante cirurgia que objetivava salvar-lhe a vida.

A teoria não afasta a análise do tipo subjetivo, defendendo que a culpa depende da previsibilidade do resultado ou do incremento do risco, sendo esta aquilo que se é obrigado a prever de acordo com parâmetros jurídicos definidos, e não consoante possibilidade hipotética de previsão. Assim, a violação ao dever de cuidado – hipótese juridicamente prevista –, é uma criação ou incremento de risco proibido.[132]

Dessa forma, entende-se que as normas penais constituem um padrão de comportamento imposto aos indivíduos, o qual deve passar por diversos filtros[133] – causalidade, tipicidade objetiva, imputação objetiva, tipicidade subjetiva, culpabilidade – para a aferição de sua relevância penal. Portanto, só os comportamentos perigosos *ex ante*, ou seja, previsíveis, são penalmente desvalorados, sendo a imputação objetiva mera interpretação do comportamento e o tipo subjetivo uma ferramenta de delimitação do quanto é relevante ao Direito Penal.[134]

Assim sendo, para que os crimes culposos sejam objetivamente imputáveis, a lesão deve ser uma expressão de uma conduta típica, realizada com lesão ao dever de cuidado, estando esta compreendida nos resultados que a norma buscava evitar.[135] Ainda, basta a mera cognoscibilidade ou advertibilidade das circunstâncias que fundamentam o perigo para que se justifique a imputação objetiva culposa.[136]

Desta forma, de acordo com Claus Roxin, será imprudente a ação daquele que, conhecendo os fatores de risco – ou, em sendo fatores que o agente deveria conhecer, este os desconheça –, não se detém e acaba por realizar o resultado proibido pela norma.[137]

---

[132] *Ibidem*. p. 21-22. Importa ressaltar a diferenciação entre a imputação por criação de risco não permitido e por aumento deste e efetiva lesão ao bem. No primeiro caso, trata-se da imputação de tipos de perigo, nos quais não há qualquer medida de risco permitido. Já o segundo caso trata da imputação em tipos de resultado, nos quais existem condutas permitidas em sociedade, ingerindo o Direito Penal apenas quando se aumenta o risco além do permitido e aceito, ou quando há efetiva lesão do bem conforme descrito na norma penal. Cf.: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 5, n. 17, p. 32-74, jan.-mar. 1997. p. 36.

[133] Claus Roxin expressamente coloca a teoria da imputação objetiva como um filtro que deve ser posterior àquele da causalidade. Cf.: ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. *Cuadernos de política criminal,* Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990. p. 136.

[134] REGIS PRADO, Luiz. CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no Direito Penal Brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 2, n. 3, p. 81-110, 2005. p. 90-92.

[135] *Ibidem*. p. 93-94.

[136] ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte General. Madrid: Civitas, 1997. p. 1020.

[137] ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. *Cuadernos de política criminal,* Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990. p. 143/144.

Para Santiago Mir Puig, qualquer resultado danoso advindo de conduta que violou regra explícita pode ser atribuído ao autor, posto que a violação da norma implica na previsibilidade concreta da periculosidade do ato.[138]

Inobstante, é de se lembrar que a relação de causalidade segue como elemento fundamental para a tipicidade, não sendo eliminada pela imputação objetiva. Assim, é necessário que se demonstre que o comportamento do autor condicionou o mundo exterior ao resultado típico.

Ou seja, além da realização do risco não permitido, é necessário que esta se ligue ao âmbito de responsabilidade do autor[139]. Assim, caso seja um terceiro, ou mesmo a vítima, o introdutor de um novo risco aos fatos, ou caso este modifique ou suprima a previsibilidade do resultado da ação ou omissão praticada pelo agente, a imputação poderá ser excluída.[140]

Assim, se o paciente vem a sofrer lesões oriundas de intervenção médica, derivando estas de uma supressão de informações por parte do paciente, o dano não poderá ser imputado de nenhuma forma ao profissional. Referida exclusão também se opera de acordo com as regras de nosso Código Penal, pois a ausência de previsibilidade de um resultado exclui a responsabilidade.

Dessa forma, se um paciente omite ser usuário de drogas, vindo a sofrer lesões por interações medicamentosas, não se podem imputar estas ao médico, posto não ser razoável que o profissional duvide de todos os seus pacientes ou realize extensos exames toxicológicos previamente a cada interação. De fato, está o profissional protegido pelo princípio da confiança na relação médico-paciente, de forma que a atuação conforme as informações passadas pelo primeiro não pode ser considerada como negligente ou imprudente.

---

[138] MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 13, n. 56, p. 173-201, set.-out. 2005. p. 195.
[139] ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. *Revista Penal,* Valência, n. 19, p. 152-161, jan. 2007. p 153.
[140] MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento imprudente: comentário a la STS de 17 de julio de 1990. *Anuario de derecho penal y ciências penales,* Madrid, v. 44, n. 1, p. 259-267, jan.-abr. 1991. p. 262.

A teoria não ignora que o tipo penal não pode ver-se completo quando a vontade do agente – o elemento subjetivo do tipo – for alheio à descrição contida no tipo objetivo[141], de forma que não se pode considerar típica uma conduta que não atender, minimamente, à tipicidade subjetiva, ou seja, devem existir os elementos definidores do dolo ou da culpa.

De fato, deve-se ter cuidado com a aplicação da teoria – que não é oficialmente adotada por nosso ordenamento, mas tampouco rejeitada –, de forma que não se perca esta diferenciação entre dolo e culpa, posto que enquanto a teoria da imputação objetiva considera responsabilizável o agente pela mera consciência da periculosidade de sua ação, nosso Direito Penal não prescinde dos complexos elementos volitivos que compõem a tipicidade subjetiva.

A teoria também se aplica aos tipos omissivos, posto que só é possível conceber uma omissão no Direito Penal quando esta se vincule a um dever de agir[142] – e, portanto, seja parte essencial do âmbito de proteção da norma.

Assim, a omissão não constitui um aumento do risco, mas uma não diminuição deste, em contrariedade a um mandamento legal.[143] Considerando que o Código Penal brasileiro expressamente adotou a teoria da condição[144], a aplicação da teoria da imputação objetiva se dá em momento posterior à análise da causalidade, verificando-se se a omissão teve relevo no incremento ou não diminuição do risco.[145]

Importa ressaltar que, também nos delitos omissivos, não se prescinde da análise do tipo subjetivo, de forma que deve o agente ter-se decidido a não executar a ação que lhe era possível – e exigível.[146]

Relacionando a teoria com o *compliance*, entende-se que a previsão das regras de conduta pode facilitar a evidenciação do momento no qual se iniciaram as condutas imprudentes ou

---

[141] GRACIA MARTÍN, Luis. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais,* v. 2, n. 2, p. 5-28, jan.-jun. 2005. p. 23.
[142] TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 4, n. 15, p. 125-157, jul.-set. 1996. p. 131.
[143] *Ibidem*. p. 140.
[144] "Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."
[145] TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 142.
[146] *Ibidem.* p. 156/157.

negligentes, servindo como ponto de partida para a verificação da periculosidade da conduta em confronto com os bens jurídicos protegidos pela norma penal.[147]

Entendemos que a simples violação de norma de *compliance* não pode ser vista como penalmente relevante, se desta violação não houver qualquer resultado típico – lesão corporal, morte, etc. –, posto que todo delito deve, por óbvio, ser antijurídico, e só o é o fato que resulta em uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico[148]. Isso porque, ainda que uma ação culposa seja reprovável, se esta não produzir um resultado não haverá tipicidade penal objetiva e, portanto, a ação não será punível.[149]

Dessa forma, ainda que se aplique a teoria da imputação objetiva, as condutas que violem as previsões do *compliance* não serão, *per se*, criminosas e imputáveis, dependendo estas, em primeiro lugar, da ocorrência do resultado lesivo. Em ocorrendo este, deve, ainda, ser analisado se a conduta permitia uma previsão *ex ante* e concreta de dano – o que a violação à norma do *compliance* indica, mas não define. Por fim, a conduta lesiva, ainda que considerada previsível, deve ser vista à luz do consentimento do paciente ou da ocorrência de causas de justificação.

Por todo o exposto, entende-se que a previsão de normativas de *compliance* não aumenta o risco de imputação ao agente, sendo certo que a mera violação destas não constitui crime, sobretudo quando ausente resultado danoso.

4.3 TIPOS DE POSSÍVEL ENQUADRAMENTO

Conforme estabelecido, o profissional da medicina está sujeito, a qualquer momento, a ter suas condutas questionadas perante a autoridade policial ou a justiça criminal. Ressalte-se que eventual discussão – ou mesmo absolvição – de responsabilidade contratual para com

[147] A esse respeito, cf.: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudência de medico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo. *Revista Peruana de Ciencias penales,* Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994. p. 206.
[148] MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad em derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciências penales,* Madrid, v. 47, n. 1, p. 5-28, jan.-abr. 1994. p. 9.
[149] *Ibidem*. Notar que a presente conclusão apenas se dirige a tipos de resultado, como os analisados na presente dissertação. Contudo, sendo esta referente a crimes culposos, como nosso Código Penal não prevê crimes de perigo nesta modalidade, a conclusão se sustenta.

o paciente, pendência de ação civil ou mesmo de procedimento administrativo perante conselho de classe não constitui obstáculo à investigação e persecução penal, já que em nosso ordenamento vigora o princípio da independência das instâncias.

Destarte, caso a conduta se enquadre em algum dos tipos previstos no ordenamento penal, o profissional estará sujeito a intervenções policiais e judiciais. Portanto, de forma a auxiliar a prevenção, é de rigor que se conheça quais são os dispositivos legais que podem ser aplicados e quais as condutas que estes descrevem, de forma a evitar enquadramentos acidentais ou atitudes que prejudiquem eventual defesa.

Existem, no Código Penal brasileiro, alguns tipos penais que só podem ser praticados por profissionais de saúde – omissão de notificação de doença (art. 269)[150], exercício ilegal da medicina (art. 282)[151], falsidade de atestado médico (art. 302)[152], e a forma específica da infração de medida sanitária preventiva (parágrafo único do art. 268)[153] –, sendo estes, pela especificidade de agente exigida, denominados crimes próprios.

Outros delitos com os quais o profissional pode se deparar são o homicídio culposo (art. 121, §3º)[154], o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122)[155], a lesão corporal culposa (art. 129, §6º)[156], a provocação de aborto (arts. 125 e 126)[157], a omissão de socorro (art. 135)[158], o condicionamento de atendimento médico-hospitalar (art. 135A)[159], maus

---

[150] "Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória."
[151] "Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites."
[152] "Art. 302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso."
[153] "Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.
parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro."
[154] "Art. 121. Matar alguém.
[...] § 3º Se o homicídio é culposo:
pena - detenção, de um a três anos."
[155] "Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça."
[156] "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.
[...]
§ 6° Se a lesão é culposa"
[157] "Art. 125 - provocar aborto, sem o consentimento da gestante.
Art. 126 - provocar aborto com o consentimento da gestante."
[158] "Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública."
[159] "Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial."

tratos (art. 136)[160], e o constrangimento ilegal (art. 146)[161], sendo que tais tipos penais são crimes comuns, podendo ser praticados por qualquer indivíduo e, eventualmente, por profissionais da medicina.

Apesar de crimes comuns – ou seja, que podem ser cometidos por qualquer pessoa –, há uma particularidade que se aplica ao profissional em diversos dos delitos acima, para a definição de sua responsabilidade, que é a já analisada posição de garante (art. 13, §2º)[162].

A violação do segredo profissional (art. 154)[163] é outro crime que pode ser praticado pelo profissional, contudo não é exclusivo da profissão médica, podendo nele incidir outros indivíduos, como advogados.

Nem todos os delitos acima analisados admitem a figura culposa (por exemplo, a omissão na notificação de doença deve ser intencional). Para os efeitos desta dissertação, a análise detida de todos os tipos exclusivamente dolosos não é interessante, pois se está tratando de condutas preventivas.

Ainda, além dos delitos tipificados no Código Penal, existem condutas definidas como crime em outras normas legais, e com as quais o profissional da medicina pode, eventualmente, se deparar ao longo de sua carreira.

---

[160] "Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina."

[161] "Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
[...]
§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:
I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida"

[162] "Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
[...]
§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

[163] "Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem"

Afigura-nos provável que qualquer conduta que se enquadre nos delitos destas normas especiais se de não por uma vontade de agir em desconformidade com a lei, mas por simples desconhecimento das proibições.

Ocorre que o desconhecimento da norma – a qual, por seu tema, presume-se ser de conhecimento dos profissionais – não isenta o infrator de responsabilidade, sendo, se tanto, causa de diminuição da pena (art. 21 do Código Penal)[164].

Assim, de rigor a menção a estas, sendo dever do profissional familiarizar-se com as condutas previstas na Lei de Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/96)[165], Lei de Transplantes (Lei n. 9.434/97)[166], e Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05)[167].

---

[164] "Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência."

[165] "Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei .
parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:
I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.
II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;
III - através de histerectomia e ooforectomia;
IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;
V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.
Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.
Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.
parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.
Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.
[...]
Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159, 1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art. 63 do Código de processo penal."

[166]"Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.
§ 1o Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.
§ 2o A inscrição em lista única de espera não confere ao pretenso receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte.
parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.
Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:
a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;

Ainda algumas disposições do Código de Ética Médica possuem correspondência a tipos penais que, contudo, não serão analisados nesta dissertação, a exemplo do art. 40[168], que traz condutas que podem caracterizar estelionato e estupro de vulnerável.

---

c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.
parágrafo único. Os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de comunicação social, campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos.
[...]
Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:
§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:
§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:
I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
II - perigo de vida;
III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
IV - aceleração de parto:
§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:
I - Incapacidade para o trabalho;
II - Enfermidade incurável;
III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
IV - deformidade permanente;
V - aborto:
§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:
Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.
Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei.
Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei.
Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único.
Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados.
Art. 20. publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11."

[167] "Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou
II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.
[...]
Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5o desta Lei.
Art. 25. praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano.
Art. 26. Realizar clonagem humana."

[168] "Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza."

A seguir, serão expostos pontos relevantes de alguns dos delitos acima elencados[169] tanto sob o viés do Direito Penal como do Código de Ética Médica – ou seja, analisaremos quais as normas éticas previstas que, se violadas, podem resultar, além da sanção disciplinar, em procedimento criminal.

4.3.1 HOMICÍDIO

É importante pontuar que a doutrina aceita como vida – para fins do delito de homicídio – a existência do indivíduo após o rompimento do saco amniótico. Antes deste momento, incorre-se no crime de aborto.[170]

Este crime possui duas modalidades, a dolosa e a culposa (prevista no supracitado §3º do art. 121). Tratando-se de dissertação voltada à prevenção de condutas e proteção do profissional, ater-nos-emos ao homicídio culposo.

Para a ocorrência do homicídio culposo, são necessários alguns elementos, a saber[171]: comportamento voluntário – ativo ou passivo; descumprimento de dever de cuidado objetivo (art. 13, §2º), manifesto através de imprudência, negligência ou imperícia[172]; possibilidade objetiva de previsão do resultado; inexistência de previsão subjetiva do resultado; e ocorrência de morte da vítima de forma involuntária. Tal modalidade será mais bem analisada mais adiante.

---

[169] Conquanto alguns apresentem pontos controvertidos a serem analisados, diversos delitos não apresentam qualquer discussão relevante, sendo de fácil compreensão.

[170] DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit.*. p. 440. Ainda neste sentido, entende-se que não influi para a tipificação do crime o grau de vitalidade do indivíduo (cf.: DA COSTA JUNIOR, Paulo José. GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. NINNO, Wilson. *Código penal* – Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1I. p. 106.)

[171] DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit.* p. 451.

[172] Entende-se por imprudência o agir sem o necessário cuidado, é uma conduta ativa dotada de precipitação, insensatez ou inconsideração. A negligência é a forma omissiva da culpa, consiste em deixar de tomar os cuidados devidos antes do início da ação, é a inação, passividade. por fim, a imperícia é a inaptidão técnica em profissão ou atividade, a falta de capacidade, conhecimento, ou habilidade para o exercício daquela atividade. Cf.: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 210-211.

Importante pontuar, ainda, que pode haver aumento de pena do homicídio culposo se o profissional incorrer em determinadas hipóteses (art. 121, §4º)[173], estando em especial relevo a circunstância de inobservância de regra técnica de profissão, significando esta tanto o estado da arte médica, quanto técnicas novas e mesmo normativas dos Conselhos de Medicina[174] – tal disposição não se confunde com a mera imperícia, pois enquanto no primeiro caso o agente conhece a técnica e não a observa, no segundo o agente, por inabilidade ou insuficiência profissional, sequer domina todo o conhecimento técnico[175].

Dessa forma, ainda que as normativas possam não ser vinculantes e, igualmente, que prevaleça o entendimento de que o médico possui autonomia para decidir o método de tratamento e as técnicas utilizadas, tais decisões devem ser fundamentadas, sempre levando em consideração a possibilidade de questionamentos por leigos.

Importa ressaltar a possibilidade de concurso de pessoas no homicídio culposo. Assim, todo aquele que estava envolvido no trato com o paciente e agiu com algum grau de violação do dever de cuidado será coautor do delito e responderá por ele.[176] Responde também como partícipe aquele que, verificando condutas culposas que coloquem pacientes em risco, se omite e deixa de agir.[177]

Por fim, relevante a aplicação do princípio da confiança nas condutas médicas tomadas em equipes, como, por exemplo, durante cirurgias. Assim, caso o cirurgião, confiando que sua equipe atuará de forma correta e vigilante, recebe de seu auxiliar um medicamento diferente do solicitado e o aplica ao paciente, vindo este a falecer, o cirurgião não

---

[173] "§ 4o No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos." BRASIL. Código Penal (1940). *Op. cit.*

[174] Cf.: BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores. *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 3, p. 371-409, jul.-set. 2002. p. 376: "As *leges artis* abrangem as 'regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica' e, ainda, os 'demais e gerais deveres de cuidado do tráfego médico'. Regras e deveres que respeitam tanto ao diagnóstico e escolha da terapia (indicação médica) quanto à execução do tratamento ou intervenção médico cirúrgica."

[175] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal* – parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 80-81.

[176] Neste sentido: Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 61.405, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 18.11.1983.; e Supremo Tribunal Federal, Recurso em Habeas Corpus n. 55.258, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 14.6.1977.

[177] Cf.: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal* – parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 26.

responderá por homicídio culposo – o auxiliar, contudo, responderá, pois sua ação violou o dever objetivo de cuidado.[178]

4.3.1.1 SITUAÇÕES DE FIM DE VIDA

Para o profissional da medicina, um tema relevante é o da ortotanásia[179]. Enquanto a eutanásia[180], em nosso ordenamento é, indubitavelmente, considerada homicídio privilegiado (art. 121, §2º - cometimento do crime "impelido por motivo de relevante valor social ou moral"), a ortotanásia enfrenta debate, principalmente após a publicação da Resolução n. 1.805/2006 pelo Conselho Federal de Medicina[181].

Filiamo-nos à posição de que tal conduta não configura crime – de homicídio ou de omissão de socorro – por manifesta ausência de dolo[182], sendo, inclusive, conduta que se coaduna com a boa prática da medicina, a qual busca a morte tranquila, não artificialmente acelerada, mas também não inutilmente postergada[183].

---

[178] *Ibidem.* p. 78-79.

[179] A ortotanásia é entendida como o não prolongamento artificial do processo de morte. Ocorre quando o doente já encontra-se em processo terminal e o médico cessa as interferências postergatórias, deixando que se corra o curso natural. Cf.: JUNGES, José Roque. CREMONESE, Cleber. *et al.*. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. *Revista Bioética*, Brasília, v.18, n.2, p. 275-288, nov. 2010. p. 277. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/564/537. Acessado em: 21.4.2015. Contrapõe-se a esta a distanásia, que é o adiamento da morte, prolongando o sofrimento do paciente. A distanásia associa-se ao conceito de obstinação terapêutica, um comportamento inútil ou até mesmo nocivo, também chamada de "futilidade terapêutica". Cf.: FERNANDES, Márcia Santana. GOLDIM, José Roberto. A atividade médica em situações de final de vida e de terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 397-412, 2014. p. 403-404.

[180] A eutanásia, por sua vez, é o processo ativo de ocasionar a morte do enfermo, visando acabar com o sofrimento do indivíduo. Cf.: *Ibidem.*

[181] Tal resolução traz o seguinte texto:
"Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar"
Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acessado em: 19.4.2015.

[182] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 441.

[183] FERNANDES, Márcia Santana. GOLDIM, José Roberto. *Op. cit.* p. 405.

Contudo, não há consenso jurisprudencial ou doutrinário, e a normativa do Conselho Federal de Medicina não tem o condão de sobrepor-se às normas legais pátrias, sendo recomendado ao profissional que se abstenha de tais práticas enquanto não houver maior segurança sobre o tema[184].

4.3.2 LESÕES CORPORAIS

Nas lesões culposas aplica-se também a causa de aumento de pena prevista no delito de homicídio. Assim, caso a lesão derive de inobservância da *lex artis*, o agente não preste imediato socorro à vitima, não procure diminuir a extensão dos danos, ou fuja para evitar sua prisão, a pena será majorada.

O que se protege é tanto a integridade física quanto a saúde do indivíduo, entendendo-se por dano à integridade corporal a alteração anatômica ou funcional – interna ou externa –, enquanto a lesão à saúde é uma alteração fisiológica ou psíquica.[185]

Assim, incorre no delito o profissional que avalia de forma errônea uma radiografia, causando deformidade ao paciente por não perceber a existência de fraturas. Por outro lado, não incorre no tipo o médico que lesa a vítima durante cirurgia levada a cabo por técnica não usual, caso seja comprovado que a escolha se deveu ao estado de saúde do paciente e à admissão da técnica em alguns casos.[186]

O que se deve ter em mente é que o delito, sendo culposo, não prescinde dos requisitos acima elencados, sendo que as consequências lesivas, para serem imputadas ao profissional, devem ter sido objetiva e subjetivamente previsíveis. Nesta linha, não se

---

[184] Previsão interessante é a encontrada na Lei estadual n. 10.241/1999, que dispõe sobre os direitos dos pacientes no estado de São Paulo: "Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:
[...]
XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida". Tal previsão parece autorizar a ortotanásia. Contudo, tendo em vista que a norma é de hierarquia inferior, é prudente evitar sua aplicação dada a possibilidade de conflito.
[185] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 474.
[186] *Ibidem.* p. 481.

pune, por exemplo, profissional que não prevê anemia aguda em paciente saudável, a qual leva a complicações cirúrgicas, por ser questão atípica[187].

Ainda, a atuação sem o cuidado devido, seja ao superestimar a própria capacidade, seja ao realizar o diagnóstico ou ao executar a intervenção, levará à imputação dos resultados lesivos ao profissional, posto ter agido de forma negligente, imprudente, ou imperita.[188]

De se notar que as lesões inerentes ao ato cirúrgico – ou que decorram de riscos normais ao ato – não configuram crime, posto serem um fato permitido pelo ordenamento jurídico.[189] Relevante, neste ponto, que a existência de consentimento do paciente – informado do ato e de seus riscos –, exclui completamente a ilicitude de lesões derivadas de intervenções terapêuticas[190], não havendo questionamento, enquanto em casos de ausência de consentimento a exclusão do crime se dá pela possibilidade de configuração de estado de necessidade de terceiro[191].

Já nas intervenções estéticas ou que buscam a cura de terceiros (ex: transplantes), o consentimento deve estar presente para afastar a imputação.

Dessa forma, recomendável a obtenção, sempre que possível, do consentimento do paciente ou de seu responsável legal, de forma a evitar qualquer contratempo.

4.3.3 INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO

Com relação a este delito, o ponto de maior relevância para o profissional é a questão do chamado "suicídio assistido", não havendo consenso na doutrina ou na jurisprudência acerca do tema[192].

---

[187] *Ibidem.*
[188] REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. II. p. 130.
[189] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal* – parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 144.
[190] REGIS PRADO, Luiz. *Op. cit*. p. 130.
[191] Código Penal, art. 146, §3º, I.
[192] A discussão retorna ao tema da ortotanásia e eutanásia, tratado em tópico anterior.

O tipo penal conta, ainda, com uma qualificadora em seu parágrafo único, que prevê a duplicação da pena caso a vítima tenha diminuída sua capacidade de resistência, o que é claramente o caso de doentes e enfermos que solicitam a ajuda dos profissionais da saúde para o término de suas vidas.

Filiamo-nos à posição de que o crime só admite a forma comissiva, ou seja, não se pode auxiliar ao suicídio pela omissão de algum ato – é necessária uma ajuda material – e deve estar presente o dolo, a vontade consciente de auxiliar o sujeito passivo a suicidar-se.[193]

Entende-se que a preservação da livre vontade e dignidade da pessoa humana, através de uma morte controlada, sobrepõe-se à preservação da vida a qualquer custo. Contudo, não há segurança jurídica suficiente para a prática de atos que possam ser vistos como auxílio à morte do doente terminal, nos mesmos moldes da discussão a respeito da ortotanásia e, portanto, recomenda-se a abstenção de qualquer prática que possa ser assim entendida.

Importante ressaltar que o auxílio só pode ser prestado de forma secundária, isto é, uma cooperação meramente acessória – instruções, fornecimento de meios, frustração de socorro imediato –, caso contrário a conduta será considerada como de homicídio simples.[194]

4.3.4 ABORTO

As condutas a que o profissional da medicina pode se enquadrar, nesta temática, são as de provocar o aborto sem ou com[195] o consentimento da gestante (arts. 125 e 126, respectivamente), entendendo-se por aborto a interrupção dolosa da gravidez, com a morte do feto.

Conquanto o ponto final na linha temporal da gravidez seja bem fixado (o início do trabalho de parto, com rompimento do saco amniótico), o ponto inicial é controverso.

---

[193] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 464-465.
[194] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal* – parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 98-99.
[195] Não adentraremos as discussões a respeito da validade da criminalização do aborto quando consentindo pela gestante, por fugir do escopo desta dissertação.

Alguns autores consideram como início da gravidez a implantação do ovo na cavidade uterina[196], enquanto outros entendem que seria a constituição do ovo[197].

Já quanto à definição de início da vida, existe discussão relacionada à sua coincidência ou não com o início da gravidez. As posições defendidas podem ser assim resumidas[198]:

1. Inicia-se a vida com a fecundação do óvulo e o desenvolvimento do ovo, ainda que tal fecundação ocorra fora do corpo da gestante – e, portanto, antes do início da gravidez. Para esta corrente, assim, o início da gravidez e da vida não estão necessariamente ligados. Tal posição pode conflitar com medidas anticoncepcionais como a "pílula do dia seguinte" – permitida em nosso ordenamento – e com a utilização científica de embriões[199].
2. A vida tem início com a implantação do ovo na cavidade uterina, o que ocorre alguns dias após a fecundação. Segundo esta posição, a expressão "desde a concepção" adotada em nosso Código Civil (art. 2º da Lei n. 10.406/2002)[200] equivale ao momento em que o útero recebe o óvulo fecundado – assim, não haveria vida sem a existência de gravidez.
3. A vida inicia-se a partir do momento em que o embrião possui batimentos cardíacos.
4. Dá-se por iniciada a vida a partir do momento no qual o feto possui impulsos cerebrais. Tal posição se escora na Lei n. 9.434/97 (Lei de Transplantes), a qual define como momento de constatação do óbito a morte encefálica do indivíduo[201].

A provocação do aborto pode dar-se de forma livre, de maneira omissiva ou comissiva, sendo necessário que o feto esteja vivo[202] quando da ocorrência do fato – caso contrário, tratar-se-ia de crime impossível.

---

[196] Cf.: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal* – parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1. p. 80-81.
[197] Cf.: DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122.
[198] DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit.* p. 468.
[199] A este respeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é permitida a pesquisa de células-tronco de embriões inviáveis ou daqueles congelados a mais de três anos. Cf.: Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 3.510, Rel. Ministro Ayres Britto, j. 29.5.2008.
[200] "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.".
[201] "Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina."
[202] DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit.* p. 468.

Destaque-se que o legislador brasileiro permite o aborto em duas hipóteses (art. 128)[203]: no chamado aborto necessário ou terapêutico, quando há necessidade de salvar a vida da gestante – deve ser este realizado apenas mediante perigo de vida da gestante e como último recurso; e no denominado aborto sentimental, que leva em consideração não a saúde física da gestante, mas sua saúde psíquica. Neste último caso, deve o médico apenas acautelar-se de tomar o consentimento escrito da gestante ou de seu representante, bem como buscar verificar a veracidade da alegação (não é necessária a existência de processo criminal contra o suposto autor).[204]

Em casos de gravidez de feto anencéfalo, apesar de não constar expressamente do ordenamento, a matéria foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF n. 54[205], na qual se entendeu ser legal a interrupção da gravidez nestes casos.

4.3.5 Omissão de socorro

A omissão de socorro na qual incorre o profissional da medicina é a expressa pela primeira parte do art. 135, o qual prevê deixar de prestar assistência, precipuamente a indivíduos inválidos ou feridos, e liga-se fortemente à posição de garante do profissional. Ressalte-se que, como crime doloso, é necessária a intenção de omitir-se no socorro do indivíduo afligido.

A omissão deve ser de assistência material à vítima, independentemente da posição espacial do profissional em relação à vítima – ou seja, o abandono não se infere somente pela conduta de afastar-se da vítima ou por não vir a seu socorro quando chamado, necessitando, também, da passividade com relação à prática de condutas de salvamento.[206]

---

[203] "Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."
[204] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 470.
[205] Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.4.2102.
[206] Neste sentido: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, p. 809-854, 2003. p. 839.

Por fim, deve haver a possibilidade concreta do profissional de afastar o perigo à vida ou à saúde da vítima. Caso esta possibilidade não exista, deve o profissional possibilitar o socorro por outrem, que esteja habilitado a tanto – ou, ao menos, buscar tal possibilidade –, sob pena de incorrer no delito.[207] Importante mencionar que tais atos podem, dependendo do grau de negligencia do profissional, transformarem a conduta em homicídio culposo.

A jurisprudência reconhece a ocorrência deste delito em diversas hipóteses de falta de assistência médica (ou de enfermeiro), por exemplo[208]: recusar assistência a pretexto de falta de pagamento ou inexistência de convênio[209]; recusa de atendimento por falta de vagas; recusa de atendimento por alegação de estar em folga, sabendo não haver outro médico apto a atender o paciente; e não atendimento por alegação de estar fora de turno de trabalho.

De se notar que o Código de Ética Médica veda, também, o afastamento do profissional de suas atividades, deixando os pacientes sem cuidado. Veja-se:

> Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.
> Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Oportuno indicar que, além do delito em comento, existe forma especial de omissão de socorro, prevista no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), razão pela qual, sempre que o paciente tenha 60 anos ou mais, aplicar-se-á a norma prevista nos art. 97 e 98 do Estatuto[210].

---

[207] Cf.: BRITO, Teresa Quintela de. *Op. cit.* p. 388.
[208] DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit.* p. 497.
[209] Neste quesito, de forma mais específica, há a previsão do art. 135-A: "Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial."
[210] "Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:
Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.
Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:
Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa."

Ressalte-se que a escusa de consciência não exime o profissional de responsabilidade caso este seja o único médico presente, em casos de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos ao paciente.[211]

4.3.6 MAUS TRATOS

Os maus tratos cometidos por profissionais da saúde enquadram-se precipuamente na previsão de privação – absoluta ou relativa – de alimentação ou cuidados indispensáveis[212], devendo o sujeito passivo estar sob sua guarda para fins de tratamento.

Anote-se que Heleno Fragoso defende que o fim de tratamento previsto no tipo penal não abrange apenas o cuidado para a cura de moléstias, mas também o cuidado dispensado na manutenção e subsistência do indivíduo – assim, inclusive aquele responsável pelo asseio e alimentação do paciente, exemplificativamente, pode incorrer no delito.[213]

São formas omissivas e é necessário atentar ao fato de que, caso a privação de alimentos ou cuidados necessários tenha como fim a morte do indivíduo estas condutas omissivas serão meio de execução do crime de homicídio.[214]

Também aqui não há previsão de conduta culposa, sendo tipo omissivo ligado à posição de garante, devendo haver a intenção da privação – mas não de matar a vítima, caso em que será homicídio doloso, ou de lesioná-la, caso em que se estaria diante de uma lesão corporal[215] –, a qual seja apta a expor o indivíduo a perigo.

---

[211] Neste sentido: "VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.
[...]
Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria."
[212] Definidos como patamares mínimos para a preservação e asseguração da vida e da saúde do indivíduo.
[213] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal* – parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1. p. 200.
[214] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito penal – parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 229.
[215] Cf.: BATISTA, Nilo. *Op. cit*. p. 277.

De se notar que não é necessária a completa supressão do fornecimento de alimentos, sendo a privação penalmente relevante seja por sua quantidade, seja pela qualidade nutricional dos alimentos sonegados, levando-se a uma situação objetivamente perigosa.[216]

Como no delito de omissão de socorro, o Estatuto do Idoso também prevê a forma especial do delito de maus tratos, em seu art. 99[217], aplicando-se aquela Lei nos casos de pacientes idosos.

De forma tangencial, há outra questão que envolve o médico e o crime de maus tratos, e esta é a obrigação legal do profissional de notificar às autoridades casos de suspeita (ou confirmação) de maus tratos a crianças e adolescentes (art. 245 do ECA)[218]. Assim, a conduta omissiva, de deixar de notificar, constitui não apenas uma infração administrativa frente à norma, como uma infração ética e moral do médico[219], que deve prezar pela saúde e integridade de seus pacientes, principalmente aqueles menores de idade.

Por fim, quanto ao caso acima, não há que se falar em violação de sigilo profissional, posto que tanto o Código de Ética Médica quanto o Código Penal permitem que este seja afastado quando há justa causa para tanto.

4.3.7 CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Embora não haja em nosso ordenamento um tipo específico sobre intervenção médica sem o consentimento do paciente, esta conduta pode enquadrar-se no constrangimento

---

[216] *Ibidem.* p. 275.

[217] "Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:
Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.
§ 1o Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
§ 2o Se resulta a morte:
Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos."

[218] "Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:
pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência."

[219] É do Código de Ética Médica: [é vedado] "Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.".

ilegal – a menos que, conforme previsto no art. 146, §3º, tal intervenção busque sanar perigo à vida do paciente.

Previsão interessante é encontrada no Código de Ética Médica, a qual busca contornar situação em que conflita a vontade do paciente com a necessidade de atuação do profissional:

> [é vedado] Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Para a configuração deste, pressupõe-se que o profissional constrangeu o paciente/vítima mediante grave ameaça, violência, ou através da redução de sua capacidade de resistência (ex: sedação)[220].

Entende-se violência como a violência física sobre a pessoa, e a grave ameaça como a violência moral, ou seja, uma ameaça de causar mal futuro, devendo este ser grave (sério) e verossímil.[221]

4.3.7.1 Breve apontamento sobre as Testemunhas de Jeová

O tratamento de indivíduos que aderem à religião denominada "Testemunhos de Jeová" traz ao profissional uma especial complicação: de acordo com sua crença, as transfusões sanguíneas são proibidas. Assim, o que ocorre é a recusa de tratamento – para si ou para aqueles sob sua guarda – ou, caso seja feita a transfusão contra sua vontade – seja esta forçada ou estando o indivíduo inconsciente –, o paciente não raro processa o profissional por ter violado sua liberdade e o tornado impuro aos olhos de Deus.

As decisões a respeito do tema seguiam diversos caminhos, ao livre entender do julgador, não proporcionando nenhuma segurança jurídica a pacientes ou profissionais da medicina.

---

[220] SCHREIBER, Simone. *Op. cit*. p. 324-325.
[221] DELMANTO, Celso *et. al. Op. cit.* p. 525.

Ademais, a lacuna deixada pela falta de firme posicionamento das Cortes propiciava a ocorrência de debates – e conflitos – *in loco*, com evidente prejuízo ao paciente.

Há, a respeito, acórdão que traz situação singular, na qual foi, inclusive, aplicado o anteriormente abordado dolo eventual. Veja-se:

> Homicídio. Sentença de pronúncia. Pais que, segundo consta, impedem ou retardam transfusão de sangue na filha, por motivos religiosos, provocando-lhe a morte. Médico da mesma religião que. também segundo consta, os incentiva a tanto e ameaça de processo os médicos que assistiam a paciente, caso realizem a intervenção sem o consentimento dos pais. Ciência da inevitável conseqüência do não tratamento. Circunstâncias, que, em tese, caracterizam o dolo eventual, e não podem deixar de ser levadas à apreciação do júri. Recursos não providos.
> [...]
> Quando o pai já estava quase sendo convencido, a intervenção de José Augusto, médico, teria feito com que ele novamente mudasse de idéia e impedisse o tratamento. José Augusto teria ameaçado a médica encarregada do tratamento, dizendo que seria processada caso realizassem a transfusão sem o consentimento dos pais. Os apelantes são testemunhas de Jeová. Juliana veio a falecer; a causa da morte foi assistolia ventricular, crise vásculo-oclusiva e anemia falsiforme (fls. 77).
> [...]
> Em síntese: há evidências bastantes de que os apelantes se opuseram firmemente a uma transfusão de sangue: pudesse ou não esse tratamento ser realizado sem seu consentimento, parece certo que a conduta deles quando menos retardou o tratamento; está comprovada, por laudo necroscópico, a morte da vítima. É dizer: há prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria e de participação; mais do que isto não se exige para a pronúncia (Código de Processo Penal, art. 413). Se, por exemplo, a prova da efetiva oposição dos apelantes ao tratamento é satisfatória ou não, é algo que cabe aos jurados decidir.
> [...]
> O que se quer dizer é: já que parece fora de dúvida que tanto a lei penal quanto o código de ética médica autorizam a transfusão, em caso de iminente perigo de vida, independentemente do consentimento de quem quer que seja, é bem possível tenha havido culpa do hospital, que não só poderia como deveria ter realizado, de qualquer forma, o tratamento.
> [...]
> Não se olvida a dramaticidade do fato; não se menospreza a dor dos pais e do outro apelante, amigo da família; muito menos se despreza a circunstância, que me parece bem clara, de que culpa muito maior (embora talvez não penal) reside na insegurança demonstrada pelo hospital no tratamento que, repito, poderia e deveria, objetassem os pais ou não, ser realizado.[222]

[258] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito n. 993.99.085354-0, Rel. Des. Francisco Bruno, j. 28.1.2010.

Percebe-se no caso acima que, não obstante tenha sido mantida a hipótese acusatória de responsabilização dos genitores e do outro médico que interviu no tratamento, o julgador (acompanhado, nisto, no voto vencido do Desembargador Nuevo Campos[223]) evidenciou que a inação dos profissionais responsáveis pelo cuidado da paciente, derivada da insegurança de sua posição jurídica, foi indevida, afirmando mesmo que se "deveria ter realizado, de qualquer forma, o tratamento".

Este cenário foi alterado em 2014 após julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de caso envolvendo a morte de adolescente ocasionada pela negativa dos pais em autorizar a transfusão, negativa esta acatada pelos médicos responsáveis pelo tratamento, em homenagem ao princípio da autonomia do paciente. É da decisão[224]:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. [...] LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes.
> No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção

[223] "Assim sendo, em vista do iminente risco de vida, o dissenso não possuía o efeito de impedir a realização da transfusão de sangue e não afastava o dever legal do médico responsável pelo atendimento da menor de adotar o procedimento terapêutico necessário.
[...]
Respeitado entendimento diverso, a conduta dos réus não possui tipicidade penal, na medida em que, em se tratando de hipótese de iminente risco de vida para a ofendida, o dissenso dos réus não possuía qualquer efeito inibitório da adoção do indispensável procedimento terapêutico a ser adotado, qual seja, a transfusão de sangue. Os integrantes da equipe médica, que a atendiam, tinham o dever legal de agir. Ademais, nada há na inicial ou nos autos no sentido de que os genitores e o co-réu tenham praticado qualquer espécie de conduta concreta no sentido de impedir a realização do procedimento médico, ou de que tenham tentado praticar.". *Ibidem.*

[224] Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 268.459, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.9.2014.

> religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.

Percebe-se que o Tribunal Superior trabalhou com o sopesamento dos bens jurídicos protegidos pelo Direito, tendo a um lado, a liberdade (de convicção, de religião), também presente no princípio bioético da autonomia, e de outro a vida do paciente.

Entendeu a Corte – com razão – que a vida é o bem supremo a ser protegido, tendo preferência ante os demais, entendimento este esposado, repetidamente, pelo Código de Ética Médica[225].

Assim, abriu-se precedente para que os profissionais possam, com segurança, atuar de acordo com o melhor interesse do paciente, ainda quando isto conflite com suas crenças íntimas, resguardados por esta decisão contra eventual denúncia por constrangimento ilegal.

A solução da questão, a nosso ver, é a realização da transfusão em caso de perigo iminente à vida, sem olvidar o profissional de documentar todos os fatos que o levaram a esta conclusão.

4.3.8 Exercício Ilegal da Medicina

Aqui a parte de relevo no tipo penal é sua parte final, a qual prevê o exercício da profissão de médico excedendo-lhe os limites[226]. Verifica-se, portanto, que também aqui deve haver

[225] Exemplo: "Capítulo I [...]
II – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional."

[226] A parte inicial, "sem autorização legal" pode ser configurada, por exemplo, em casos de médicos formados que não registrem seu título, diploma ou licença, ou seja, não basta a mera habilitação profissional, sendo necessária a habilitação legal – no caso, o registro perante o Departamento Nacional de Saúde pública.

o confronto da norma com legislação complementar sobre o tema, a qual definirá os limites a serem respeitados pelo profissional.

Há correntes que defendem que o exercício da medicina fora da área de especialização do profissional integra o tipo penal, pois tal configuraria a ultrapassagem dos limites.[227]

A restrição ao exercício amplo e irrestrito do mister médico encontra-se também na Lei n. 3.268/1957, que, em seu art. 17, determina a necessidade de inscrição no Conselho da localidade:

> Art. 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

De se notar que se pune o exercício da profissão, ou seja, a prática habitual da ação como forma de vida, devendo obrigatoriamente haver a reiteração da conduta para a caracterização do delito.[228]

Entende-se que, pela importância e complexidade da atividade médica, caso o profissional extrapole os limites de sua habilitação é lícito presumir que o paciente se encontrará em sérios e graves riscos, o que justifica a intervenção do Direito Penal.[229]

Por fim, a conduta independe do dano efetivo, sendo, ao contrário dos demais tipos analisados, um crime de perigo. Ou seja, o mero exercício habitual da profissão fora dos limites estabelecidos já configura o delito, não sendo necessária a ocorrência de qualquer danosidade a terceiros.

A esse respeito, questiona-se: seria a transferência de atos médicos a membros não-médicos da equipe uma forma de contribuição para o exercício ilegal da medicina?

Neste sentido, cf.: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX. p. 145-146. Há decisões que consideram que o não registro perante os Conselhos de classe, estando o diploma registrado no Departamento Nacional de Saúde pública, configura mero ilícito administrativo. Cf.: DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 811.

[227] SCHREIBER, Simone. *Op. cit.* p. 325.

[228] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 810.

[229] LEAL, João José. Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal. *Bioética*, v. 2, n. 2, p. 151-163, 1994. p. 156-157.

A doutrina ilustra ser possível a coautoria neste delito, através da permissão consciente para que terceiro, não habilitado, pratique atos exclusivos da profissão médica.[230] Ainda, o Código de Ética Médica veda ao profissional "delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica"[231].

Dessa forma, deve o profissional evitar tal situação, posto ser infração ética e possuir elementos aptos a caracterizar coautoria em ilícito penal.

4.3.9 FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO

Trata-se de crime próprio, tão somente doloso, podendo ser cometido apenas pelo médico – e durante o exercício da profissão. O que se pune é a entrega de documento, escrito, dotado de falsidade referente a fato juridicamente relevante, isto é, que possui ao menos potencial de dano[232]. Existem algumas questões de relevo neste tipo penal, abaixo discutidas.

A falsidade certificada no atestado abrange a afirmação a respeito de o paciente ser ou ter sido portador de determinada moléstia, afirmação falsa de que o paciente possui perfeita saúde, ou a certificação de que o indivíduo sofre de enfermidade diversa daquela de que realmente é portador.[233]

Há discussão acerca da abrangência do falso, sendo que alguns doutrinadores acreditam que se consideram tão somente fatos concretos indiscutivelmente falsos[234], enquanto outros defendem que se considera tanto os fatos como as opiniões e juízos do profissional[235] - entendemos, contudo, que o crime diz respeito tão somente aos fatos falsos, posto que o médico possui liberdade de atuação, podendo seus prognósticos divergirem de outros[236].

---

[230] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.* p. 812.
[231] Código de Ética Médica, Capítulo III, Art. 2º.
[232] DELMANTO, Celso. *Et. al. Op. cit.*. p. 871.
[233] MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. São Paulo: Rideel, 1995. v. IV. p. 178.
[234] *Ibidem.* p. 179.
[235] Cf.: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal* – parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. IV. p. 1030
[236] Há quem defenda que, havendo manifesta má-fé, pode haver a responsabilização. Neste sentido: LEAL, João José. *Op. cit*. p. 158.

Observe-se que o atestado de óbito é também documento apto a ensejar a tipificação deste delito – contudo, caso a falsidade do atestado vise a alterar a verdade em documento público (ex: alteração de *causa mortis* no Registro Público), haverá o cometimento do crime de falsidade ideológica.[237]

Também há alteração da tipificação, ocorrendo o delito do art. 301 do Código Penal (certidão ou atestado ideologicamente falso)[238] caso o médico seja funcionário público e a vantagem a ser obtida com o documento seja também de natureza pública (ex: auxílio-doença).[239]

É um delito que, além dos danos que podem advir da utilização do atestado falso, consiste também em infração a artigos do Código de Ética Médica[240], e gera perda de confiabilidade da classe[241].

4.3.10 LEI DE TRANSPLANTES

A Lei n. 9.434/97, que trata do tema, é regulamentada pelo Decreto n. 2.268/97, sendo o assunto também normatizado pelo CFM através da resolução n. 1.480/97[242] – a qual traz disposições a respeito do diagnóstico de morte encefálica.

---

[237] Cf.: DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Op. cit.* p. 871.

[238] "Art. 301 - Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:
§ 1º - Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:
§ 2º - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa."

[239] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX. p. 295.

[240] "Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.
[...]
É vedado ao médico:
Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.
Art. 81. Atestar como forma de obter vantagens.
Art. 82. Usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados na clínica privada.
Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.
Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta."

[241] LEAL, João José. *Op. cit*. p. 158.

O ponto mais controverso desta lei é a consideração da doação como um fundamento, sendo a transmissão fragmentária da existência humana considerada como um princípio que se afasta apenas por uma solene manifestação da vontade[243] – quase uma imposição de solidariedade por parte do legislador.

Tal valoração, contudo, não pertence ao presente estudo. O que cabe ao profissional da medicina é a obediência às normativas postas, sendo fundamental que toda a documentação – do atestado de óbito à verificação de consentimentos – esteja regular e seja elaborada pelos profissionais competentes, já que esta será a primeira linha de defesa contra eventuais questionamentos.

Ademais, conquanto os atos previstos na Lei de Transplantes sejam dolosos, é importante notar que estes podem configurar o crime de lesão corporal culposa, conforme tratado no tópico específico do tema.

---

[242] Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acessado em: 11.5.2015.

[243] OLIVEIRA, William Terra de. Lei n. 9434/97: os transplantes e a polêmica sobre seus aspectos constitucionais e penais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.52, p. 10-11, mar. 1997. p. 11.

5 FORMAS DE PREVENÇÃO: FERRAMENTAS E CONDUTAS

Para a proteção efetiva, diversos pontos precisam ser abordados. Não apenas as condutas cotidianas precisam ser tomadas com cuidado, também alguns pontos específicos merecem atenção, as ferramentas que auxiliam o profissional em sua atividade.

A primeira, e mais importante, ferramenta do médico será analisada abaixo, sendo esta o prontuário. Em seguida, apresentaremos outros instrumentos que auxiliam tanto no cotidiano do profissional como na proteção visada.

5.1 O PRONTUÁRIO MÉDICO, FERRAMENTA DE PROTEÇÃO

De plano, mister esclarecer no que consiste o prontuário médico. O Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua Resolução n. 1.638/2002[244], define o prontuário médico como:

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

Este, portanto, é um documento – normalmente físico, embora possa ser virtual[245] – que reúne informações do paciente, dos exames realizados e prescrições feitas, e no qual constam as condutas adotadas pelos profissionais[246] – tanto médicos como membros da equipe enfermagem.

---

[244] Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. Acessado em: 12.1.2015.

[245] No Brasil, a utilização de prontuários eletrônicos é muito baixa. Cf.: SILVA, Fábia Gama. TAVARES-NETO, José. Avaliação dos prontuários médicos de hospitais de ensino do Brasil. *Revista brasileira de educação médica*, v. 31, n.2, p. 113-126, 2007. p. 119.

[246] PAVÃO, Ana Luiza Braz *et al*. Estudo de incidência de eventos adversos hospitalares, Rio de Janeiro, Brasil: avaliação da qualidade do prontuário do paciente. *Revista brasileira de epidemiologia*, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 651-661, dez. 2011 . Disponível em:

Trata-se de um documento de extrema relevância no cuidado ao paciente, posto nele constar toda a continuidade do tratamento e evolução do paciente, além de, como já afirmado, servir de importante prova jurídica ou administrativa, podendo mesmo ser considerado como evidência de uma infração penal[247].

Deve ser anexado ao prontuário, sempre que possível, um questionário de anamnese preenchido pelo paciente – ou por seu acompanhante, quando este esteja impossibilitado.

Tal questionário deve ser amplo, de forma a cobrir diversas informações da vida do paciente e de seu histórico familiar, sendo então assinado por quem o preencher. Tal cuidado, além de auxiliar no bom diagnóstico, é uma salvaguarda do profissional contra acusações infundadas.[248]

Nesta senda, dada sua relevância, foram criados diversos dispositivos regulamentares acerca de seu preenchimento. Por exemplo, artigos do Código de Ética Médica[249], recomendam a elaboração de prontuários individuais, vedando a escrita de forma ilegível ou secreta, enquanto a resolução do CFM n. 1638/2002 estabelece a obrigatoriedade de seu preenchimento em letra legível, assim como a correta identificação dos prestadores do atendimento[250].

---

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2011000400012&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 3.7.2014. p. 652.

[247] SILVA, Fábia Gama *et.al*. A Qualidade dos prontuários Relacionada ao perfil dos processos Ético-profissionais. *Gazeta Médica da Bahia*, p. 11-18, jan.-jul. 2007. p. 12-13.

[248] SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. *Op. cit.* p. 54.

[249] "[é vedado ao médico]
Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.
Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.
§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.
§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.
Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.
Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.
§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.
§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.
Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina."

[250] Tal identificação é de suma importância, tanto nas esferas cíveis quanto criminais, já que, de plano, parte-se do pressuposto que um único médico realizou o atendimento – o que, sabe-se, não condiz com a realidade. Desta forma, fundamental a identificação de cada profissional que atuou e quais condutas tomou.

A importância do prontuário médico, portanto, não é apenas formal, sendo instrumento bastante utilizado nos procedimentos administrativos e éticos, além de serem também consultados e utilizados como meio de prova ou embasamento de perícias oficiais em ações judiciais.

Contudo, apesar de sua inquestionável importância, diversos estudos verificaram que, de forma sistêmica, a qualidade dos prontuários médicos no Brasil é baixa, fato que compromete não apenas eventual defesa contra questionamentos, mas também o próprio tratamento do paciente, fim primeiro da prática médica e objetivo ao qual o prontuário visa auxiliar acima de tudo.

5.1.1 A QUALIDADE DOS PRONTUÁRIOS MÉDICOS NO BRASIL: ESTUDOS

Em um estudo realizado na Bahia, sobre procedimentos ético-disciplinares, o prontuário foi utilizado como prova em 68% dos casos, sendo que tal utilização foi considerada de grande relevância para a absolvição dos profissionais.[251] A qualidade destes prontuários, contudo, deixou a desejar. Vejamos:

> De acordo com o escore formulado por este trabalho, a média da qualidade dos prontuários analisados foi de 3,45 (±1,20), numa escala de 0 a 5. Quanto às faixas de escore, 47 prontuários (18,6%) foram considerados de boa qualidade, 155 (61,3%) regular e 51 (20,1%) ruim.
> [...]
> verificou-se que apenas 18,6% (n=47) deles foram considerados de boa qualidade, enquanto os mais de dois terços restantes (81,4%; n=206) tinham elaboração regular. Apesar de as informações estarem presentes na grande maioria dos prontuários, essas só foram consideradas completas em metade e totalmente legíveis em apenas 1/4 dos casos.[252]

Ainda no mesmo estudo supramencionado, verificou-se que o maior número de infrações referia-se aos erros culposos – imperícia, imprudência ou negligência –, sendo que se aventou, de forma grave, que "isso levanta a hipótese do fato estar relacionado à má formação de caráter do profissional e não má formação técnica"[253].

---

[251] SILVA, Fábia Gama *et.al*. *Op. cit.* p. 15-16.
[252] *Ibidem.*
[253] *Ibidem.* p. 16.

A este respeito, em trecho que demonstra a indispensabilidade de um prontuário médico completo e bem elaborado para a defesa do profissional:

> Nas ações civis, da mesma forma que nas demais esferas de responsabilidade, percebe-se um a grande dificuldade e m determinar com exatidão se o médico foi realmente negligente, imprudente ou imperito, ou se o dano decorreu de circunstâncias outras.
> Por vezes os advogados dos autores descrevem de forma exagerada os danos sofridos e as evidências de má conduta médica, enquanto os defensores da parte contrária, fundamentados em obras científicas e pareceres de especialistas, alegam que seus clientes nunca se afastaram dos procedimentos corretos.[254]

Em outra pesquisa, desta vez realizada no Rio de Janeiro, tratando da qualidade de prontuários médicos, os resultados também são desalentadores. Veja-se:

> A qualidade dos prontuários foi considerada ruim, tomando-se como base o escore de completitude da informação para todas as variáveis obtidas do prontuário (26,9%).
> A proporção de documentação adequada foi igual a igual a 60,1%, no conjunto de pacientes, variando de 42,2%, no hospital 1, a 76,5%, no hospital 3, para todas as variáveis analisadas. Tendo em vista que se trata de hospitais de ensino, onde se espera que haja melhor qualidade no registro, os resultados são ainda mais preocupantes.[255]

Um terceiro exame, ao levantar dados sobre erros na prescrição de medicação, constatou:

> No período de estudo foram computados 8152 registros de doses de fármacos ou soluções prescritas e em 1717 (21,1%) verificaram-se erros.
> Identificaram-se 175 (10,3%) erros nos quais a medicação prescrita pelo médico foi registrada como suspensa pela enfermagem, evidenciando provavelmente falha no registro de ordens verbais feitas pela equipe médica.
> Detectaram-se 119 (6,9%) situações nas quais a medicação foi suspensa pelo médico e não suspensa pela enfermagem, configurando provavelmente um erro de documentação que deve ser prevenido por poder acarretar a administração de uma medicação suspensa.
> Nas unidades hospitalares pesquisadas é utilizado o sistema manual de registros dos cuidados prestados ao paciente, constituindo fonte de informações de todas as atividades realizadas pela equipe, permitindo identificar a assistência implementada e medir os resultados obtidos.[256]

---

[254] CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro. *Op. cit.* p. 331.
[255] PAVAO, Ana Luiza Braz *et al*. *Op. cit.* p. 657.
[256] MELO, Liliane Rodrigues. PEDREIRA, Mavilde Luz Gonçalves. Erros de medicação em pediatria: análise da documentação de enfermagem no prontuário do paciente. *Revista brasileira de enfermagem*, vol.58, n.2, p. 180-185, 2005. p. 182-183.

Ainda, uma quarta análise aponta as deficiências encontradas nos prontuários médicos pelo país:

> O Quadro 2 mostra as principais omissões observadas naqueles quatro formulários. Nos itens associados a anamnese, por exemplo, cerca de um quarto (24,7%) dos prontuários examinados não tinha espaço para o registro da queixa principal ou do motivo da consulta (ou atendimento); 15,6% para a história da doença atual; 44,2% para o registro das queixas relacionadas aos diversos sistemas; e mais da metade dos prontuários não tinha espaço para a história de infecções sexualmente transmissíveis (67,5%), recordatório do calendário de imunização (70,1%), história de acidentes e violências (71,4%), fatores associados às principais endemias (70,1%) e hábitos de vida (58,4%).[257]

Verifica-se, portanto, que a ferramenta mais importante para o profissional – tanto no exercício regular e satisfatório de seu mister, quando para eventual defesa contra questionamentos – encontra-se eivada de falhas.

É imperioso que seja dada ao prontuário médico sua devida importância, esforçando-se os profissionais para seu bom preenchimento – aí inclusa a preocupação com a legibilidade das informações –, com dados completos e acurados, além de pleitearem junto às suas organizações de trabalho pela melhoria dos formulários, adequação dos campos necessários para preenchimento e, quando possível, a adoção de ferramentas eletrônicas de controle[258].

A utilização correta e completa do prontuário médico é o primeiro e mais importante passo para a implementação das ferramentas de proteção ao profissional, servindo de base documental de todas as suas condutas e atitudes, as quais devem ser conformadas de forma a evitar o enquadramento em diversos tipos criminais, conforme será adiante explorado.

5.2 TERMOS DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Podemos definir o consentimento informado como um processo de comunicação entre médico e paciente, de forma bilateral, a qual abrange as informações a respeito de riscos dos

---

[257] SILVA, Fábia Gama. TAVARES-NETO, José. *Op. cit.* p. 121.

[258] O prontuário eletrônico é utilizado, por exemplo, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, auxiliando na redução dos erros relacionados a seu preenchimento ou leitura. Cf.: ABRAMOVICIUS, Alexandra Cruz. *Op. cit.*

procedimentos, benefícios, e alternativas, possibilitando ao indivíduo tomar uma decisão autônoma sobre se deseja ou não se submeter-se ao um tratamento ou procedimento diagnóstico proposto[259], sendo este revogável a qualquer instante a desejo do paciente.[260]

O ordenamento brasileiro não possui normas específicas sobre o tema na seara penal, sendo que, na seara cível, este é apenas tangencialmente tratado pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, a questão é vista pela doutrina e construção jurisprudencial.

Por sua vez, o Código de Ética Médica – o qual, como já visto, constitui norma que é levada em consideração para a aferição da responsabilidade do profissional – aborda a questão de forma específica e incisiva, dispondo que as condutas abaixo são vedadas ao médico:

> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
> [...]
> Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.
> [...]
> Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.
> [...]
> Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Ainda, dispõe que o profissional não deve deixar de assumir a responsabilidade de seus atos, mesmo quando estes tenham sido consentidos:

---

[259] PITHAN, Lívia Haygert. O consentimento informado no poder Judiciário brasileiro. *Revista da AMRIGS*, porto Alegre, v. 1, n. 56, p. 87-92, jan.-mar. 2012. Disponível em: http://www.amrigs.com.br/revista/56-1/0000095683-17_1000.pdf. Acessado em: 19.9.2015. p. 87.

[260] Claus Roxin considera que o consentimento informado e livre, devendo ser anterior ao fato e revogável a qualquer tempo, é expressão da livre disposição corporal do indivíduo, de sua liberdade, e sua existência serve tanto para afastar a incidência do tipo penal quanto, também, como causa de justificação. De fato, Roxin crê tanto no consentimento como expressão da liberdade que afirma que este pode não apenas proibir intervenções necessárias, como também permitir intervenções desnecessárias e até mesmo insensatas. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte General. Madrid: Civitas, 1997. p. 517-539.

> Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.[261]

A respeito do tema, foi pioneiro o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, ao afirmar que há responsabilidade civil – do médico e da instituição hospitalar – pelos danos causados em mulher que se submeteu a cirurgia oftalmológica sem ter sido devidamente informada do risco de cegueira inerente ao procedimento, tendo-se considerado a falta de informação como violadora das regras éticas que cercam a relação médico-paciente.[262]

Inobstante a decisão diga respeito à responsabilidade civil, facilmente esta poderia ser ampliada para a responsabilidade penal do profissional, que, ao desconsiderar a autonomia do paciente, pode até mesmo incidir em constrangimento ilegal.

Assim, para que exista o exercício regular do direito do profissional – isto é, seu direito de definir o tratamento e aplicá-lo – é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal, com a exceção de casos de urgência (risco de morte ou lesão grave).

A respeito, colacionamos duas decisões do Superior Tribunal de Justiça que consideram a ausência do consentimento um indício que pesa contra a boa atuação do profissional.

> Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.[263]

> A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.[264]

De fato, a melhor doutrina entende que o consentimento quanto a uma conduta exclui qualquer lesão dela derivada, desde que tal lesão diga respeito ao quanto fora previsto e

---

[261] *Ibidem.* p. 13.
[262] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.422.18, Rel. Min. Raul Araújo, j. 24.11.2014.
[263] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.180.815, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.8.2010.
[264] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 436.827, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.10. 2002.

informado ao paciente *ex ante*, aplicando-se tal raciocínio mesmo em casos que o risco recai sobre a vida do paciente.[265]

Ressalte-se que a licitude do consentimento quanto a procedimentos que impliquem em risco à vida não se confunde com a autorização de disposição irrestrita a esta – fato que nosso Direito proíbe –, posto que o fim da conduta não é a morte mas, pelo contrário, a cura. Assim, trata-se de risco permitido nos termos da liberdade individual garantida constitucionalmente.[266]

Ainda, mesmo que obtido o consentimento informado, este não exclui o crime quando houver imperícia, negligência, ou imprudência do agente, servindo apenas para afastar a responsabilização em casos nos quais o evento danoso era consequência possível do método, mesmo quando aplicados todos os cuidados e técnicas adequados.

Entretanto, de nada adianta firmar termos mal elaborados de consentimento informado, com termos vagos, imprecisos, ou incompreensíveis, podendo tal atitude constituir um indício probatório de que o paciente não fora adequadamente informado.[267] Por isso, cabe analisar quais seriam os requisitos mínimos a serem considerados em um documento de consentimento informado.

Parece-nos ser essencial que tal termo conte com: identificação completa do paciente e do profissional; natureza da enfermidade e sua evolução natural (sem intervenção); o procedimento que se pretende realizar e suas especificações; detalhamento dos benefícios e dos riscos (conhecidos e normais, incluindo prováveis complicações, taxa de mortalidade e de sequelas) da intervenção; esclarecimentos acerca das consequências da denegação do tratamento; apresentação de alternativas de tratamento, comparando-as ao procedimento elegido; esclarecimentos sobre a medicação que será utilizada durante todo o tratamento (e, se houver, durante a anestesia/sedação) e seus riscos; informar a possibilidade de revogação do consentimento, a qualquer tempo anterior à intervenção; aferir por escrito que houve a plena satisfação do paciente com a informação recebida e que foram sanadas todas as suas dúvidas; e, por fim, assinatura do médico, do paciente, e

---

[265] MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento imprudente: comentário a la STS de 17 de julio de 1990. *Anuario de derecho penal y ciências penales,* Madrid, v. 44, n. 1, p. 259-267, jan.-abr. 1991. p. 266-267.
[266] *Ibidem*. p. 267.
[267] PITHAN, Livia Haygert. *Op. cit.* p. 91.

das testemunhas (acompanhantes, de preferência), se possível acrescidas de identificação civil, como CRM, CPF, etc.

De relevo considerar, ainda, a possibilidade de pacientes que se recusam a aceitar o tratamento (como as Testemunhas de Jeová recusam transfusões de sangue, tema que será abordado adiante) ou que se encontram impossibilitados de anuir (estando inconscientes, por exemplo) e que não tenham responsável legal no momento.

No primeiro caso, não sendo questão de urgência, a conduta ideal é a documentação da recusa do paciente, o oferecimento de alternativas, ou seu encaminhamento a outro profissional. Já se a questão demandar ação imediata, pode o profissional atuar da forma que considerar mais adequada ao interesse supremo da saúde do indivíduo, sendo certo que sua ação estará justificada perante qualquer juízo[268].

Por outro lado, se o paciente estiver incapaz de consentir, o médico, em sendo possível, deve aguardar que um responsável legal tome as decisões em nome daquele. Inobstante, como no exemplo acima, em casos de urgência prevalece o interesse supremo de se preservar a vida e a saúde do indivíduo, também devendo o profissional agir com presteza.

Apesar da pouca incidência da questão na jurisprudência criminal, a obtenção do consentimento – verdadeiramente – informado do paciente obedece às normas éticas da medicina, sendo, ainda, elemento de prova que pode influir em decisão positiva ao profissional. Além disso, é ato que prestigia a autonomia do paciente e sua dignidade como pessoa humana, dotada de consciência e autodeterminação, devendo, assim, ser, sempre que possível[269], utilizado.

---

[268] A esse respeito, concordamos com o posicionamento segundo o qual a negativa de consentimento de tratamento exime o profissional de imputações penais, cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Aspectos de la comission por omission: fundamento y formas de intervencion. El ejemplo del funcionario penitenciário. *Cuadernos de política criminal,* Madrid, n. 38, p. 367-404, 1989. p. 400. Tal questão, contudo, não nos parece excluir eventual punição ética ou disciplinar.

[269] A impossibilidade deve ser extraordinária, como por exemplo em caso de paciente desacordado, sem acompanhante, e em situação de emergência que descarte a busca de contatos do indivíduo.

5.3 A UTILIZAÇÃO DAS DENOMINADAS "*RED RULES*"

A busca por melhores padrões de segurança e redução das falhas humanas tem resultado na importação, ao campo da medicina, de diversas práticas adotadas em outras áreas. Uma dessas práticas é a adoção das chamadas *red rules* ou, ainda, *red flag rules*, que consiste na pré-determinação de alguns procedimentos considerados essenciais, e cuja violação acarreta duas consequências: em primeiro lugar, todo o procedimento é paralisado e, em segundo lugar, há uma tentativa de compreender o ocorrido e, se necessário, responsabilizar aquele que violou a regra.[270]

Um dos aspectos mais importantes de uma *red rule*, além das consequências acima apontadas, é que ela pode ser alegada por qualquer dos indivíduos presentes, sejam eles envolvidos diretamente com a ação ou não, independentemente de sua senioridade[271]. Deve haver uma garantia de que, ao reportar a violação, não haverá qualquer consequência para aquele que o fez, o que estimula um ambiente justo e saudável.

Também é importante que se internalize que caso haja a violação de uma *red rule*, estar-se-á frente a sua principal característica – a completa paralisação do que ocorria –, a qual será efetivada imediatamente, independentemente de qualquer objeção relacionada a custos, perdas de tempo, ou inconveniências[272].

Enquanto é fácil visualizar tais regras em outros setores – ex: um funcionário sem capacete ou arnês –, a medicina possui suas peculiaridades[273]. Por isso, a previsão destas regras especiais deve ser pautada pela parcimônia, posto que o excesso de amarras pode ser prejudicial à conduta médica e, também, um grande volume de regras invioláveis torna difícil a memorização destas e, consequentemente, sua implementação[274].

---

[270] GRISSINGER, Matthew. Some Red Rules Shouldn't Rule In Hospitals. *P&T*, v. 37, n. 1, p. 4-5, jan. 2012. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3278189/pdf/ptj3701004.pdf. Acessado em: 8.10.2015. p. 4.
[271] *Ibidem.*
[272] BADER, Barry S. Red Rules for Boards. *Great Boards,* v. 7, n. 2, p. 1-4, summer 2007. p. 1.
[273] Claro que regras básicas da sociedade podem ser entendidas como *red rules* em sentido lato, como, por exemplo, não abusar sexualmente de pacientes, não causar danos intencionais, etc., porém tais situações fogem ao escopo da presente dissertação.
[274] GRISSINGER, Matthew. *Op. cit.* p. 5.

Alguns exemplos de *red rules* que são facilmente implementadas e que possuem o potencial de reduzir eventos indesejados são[275]: ter por regra a contagem de material antes e depois de cada procedimento, em especial os invasivos; estabelecer uma pausa (*time-out*) antes do início de qualquer procedimento invasivo, para que o paciente seja checado, bem como o que será realizado e se todo o material necessário encontra-se disponível; e por fim, em hipótese alguma, submeter a procedimentos, realizar exames, ou ministrar medicamentos e tratamento a qualquer paciente que esteja sem um bracelete de identificação.

[275] *Ibidem*. E, também, cf.: BADER, Barry S. *Op. cit.* p. 1.

6 APLICAÇÃO PRÁTICA

Sendo verdadeiras as palavras de D. M. Berwick, segundo o qual todo sistema é perfeitamente desenhado para alcançar os resultados que sempre alcança[276], pode-se afirmar que quando um erro ocorre em um sistema complexo – como o cuidado com a saúde –, é razoável concluir que aquele sistema encontra-se perfeitamente alinhado para que aquele erro, ou outro semelhante, ocorra novamente.

Assim, sendo imperioso evitar que tais erros ocorram, e tendo em vista todo o quanto acima exposto, resta a questão: como aplicar este conhecimento no dia-a-dia da *práxis* médica, concretizando a teoria de forma a efetivar a proteção do profissional em face da interferência do Direito Penal?

Essa é a questão que buscamos responder a seguir.

6.1 COMPREENDENDO O ERRO PARA MINIMIZAR OS RISCOS

Pelo quadro já desenhado, percebe-se que mesmo os profissionais diligentes e cuidadosos podem cometer erros, e que por vezes estes entrarão na seara do Direito Penal. Isso porque, não basta, para o sucesso da prevenção, a diligência individual e focada somente momento do ato, sendo necessário um sistema que propicie segurança ao médico, servindo como *checkpoint* e evitando a ocorrência ou perpetuação daquelas condutas indesejadas.

Os primeiros passos em um sistema ideal seriam a eliminação de ambientes de trabalho insalubres, com falta de pessoal e de materiais, além da criação de escalas que propiciem aos médicos o descanso – físico e mental – adequado.

[276] Tradução livre do original, "Every system is perfectly designed to achieve exactly the results that it achieves.". Cf.: MASSOUD, M. Rashad. Advances in Quality Improvement: Principles and Framework. *QA Brief -The Quality Assurance Project's Information Outlet*, v. 9, n. 1, p. 1-5, 2001. Disponível em: http://www.smbs.buffalo.edu/GME/pdf/Advances_in_Quality_Improvement.pdf. Acessado em: 20.1.2016. p. 1.

Tais providências, contudo, são impraticáveis na maior parte dos cenários brasileiros, devendo ser aplicadas, o melhor possível, de acordo com o permitido pelas circunstancias locais.

Inobstante, existem outros meios aptos a reduzir a incidência de erros, permitindo a criação de um sistema eficaz de prevenção. Para tanto, trabalhar-se-á com a teoria de múltiplas causas sobre o erro humano, da autoria de James Reason.

6.1.1 O ERRO HUMANO E SUAS CAUSAS: UMA APROXIMAÇÃO

A teoria das múltiplas causas considera como fato que os indivíduos falharão, sendo os erros, portanto, esperados, uma vez que são verdadeiras consequências da atividade humana, e advém, em geral, de fatores sistêmicos que vão além da contribuição individual.[277]

Para ilustrar tal ideia, James Reason propôs um modelo chamado "Queijo Suíço", no qual se sugere que um acidente resulta da complexa interação de inúmeras causas ou eventos, vindo a se concretizar devido à sequência de falhas do processo.

Isso porque, em um contexto hipotético, cada camada de defesa deveria estar íntegra. Todavia, na realidade tais barreiras são mais como as fatias de um queijo suíço, cheias de buracos, que estão continuamente abrindo e fechando em diferentes momentos e locais. Assim, tais buracos em uma única salvaguarda seriam inofensivos, porém quando ocorre um alinhamento destes surge a possibilidade de ocorrência de um evento perigoso. [278]

Tais falhas podem ter múltiplas origens. Podemos considerar que cada indivíduo da equipe médica – enfermeiros, assistentes, anestesistas, colegas – correspondem a uma barreira, sendo certo que cada um deveria não apenas atuar de forma a evitar os seus erros, como também colaborar para que erros alheios não ocorram ou não se perpetuem, buscando atuar como um obstáculo eficaz às condutas indesejadas.

---

[277] REASON, James. *Human error*. New York: Cambridge University press, 1990. p. 372.
[278] REASON, James. Human error: models and management. *British Medical Journal*, London, n. 320, p. 768-770, 2000.

Ainda, a falta de estrutura, a superlotação, e as jornadas extenuantes, são fatores que influem na ocorrência de erros. Todavia, inobstante sua importância, a indicação de caminhos para a resolução de problemas estruturais não é objeto deste estudo.[279]

Para James Reason, o erro humano pode ser visto através de duas dinâmicas: a pessoal e a sistêmica.[280] No primeiro caso, o foco é o indivíduo que comete um erro ou viola um procedimento estabelecido, sendo tais fatos considerados como derivados de lapsos mentais, como a desatenção, ausência de motivação, descuido, negligência, esquecimento, ou imprudência. Por essa razão, as contramedidas, consequentemente, são focadas apenas na pessoa que cometeu o erro, buscando-se a prevenção através de estímulos negativos (medo da sanção, culpabilização, humilhação, etc.)[281], chegando-se mesmo a tratar o erro como um desvio moral do responsável pela ocorrência.

Já a segunda abordagem parte da premissa de que seres humanos são falíveis e os erros são aspectos dessa falibilidade inerente, não sendo derivados de alguma falha moral do indivíduo, mas de fatores e consequências sistêmicas. A prevenção, portanto, deve visar à criação de um sistema de defesa, barreiras e salvaguardas, sendo que, em ocorrendo eventos indesejados, o foco deve ser a identificação de qual parte do sistema falhou em barrar sua concretização.

Filiamo-nos a este segundo enfoque, dado que o erro médico, em regra, não é uma falha ética, técnica, ou cognitiva inerente a um indivíduo, mas faz parte de ações e omissões, muitas vezes previsíveis, que compõem as engrenagens das ferramentas e tarefas diárias de

---

[279] Sobre o tema, cf.: AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. *Responsabilidade dos hospitais e operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes*. Dissertação (Mestrado em Direito penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-22042013-143114/pt-br.php. Acessado em: 18.9.2015.

[280] REASON, James. Human error: models and management. *British Medical Journal*, London, n. 320, p. 768-770, 2000.

[281] Refletindo as teorias da função da pena criminal como detentoras de diversos aspectos de controle social. Neste caso, enxerga-se a aplicação da prevenção especial positiva – que visa repersonalizar o sujeito para que este não mais transgrida – e, também, a prevenção geral negativa – a qual produz efeitos de atemorizar os demais para que não cometam infrações, por medo da sanção. A respeito do tema, cf.: SHECAIRA, Sérgio Salomão. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 131-134.

cada um[282], sendo mais benéfico que se lide com a questão de forma sistêmica do que tão somente pontual[283].

Para a implementação de um programa que aborde o erro como uma questão sistêmica, é essencial que se desenvolva uma cultura[284] de transparência e relato das ocorrências (*reporting culture*), o que possibilita o constante aperfeiçoamento dos procedimentos e parâmetros. Tal cultura, contudo, depende da instilação, nos indivíduos envolvidos, de confiança e da noção de que existe uma linha divisória entre erros e condutas escusáveis e culpáveis, para que se coíbam arbitrariedades punitivas[285].

Essa necessidade de denúncia – no sentido de expor o que era secreto, *in casu* o erro – liga-se à utilização de sistemas de *whisteblowing*, que são os canais que receberão os relatos das ocorrências. A peculiaridade de tal sistema, em oposição a um canal aberto de denúncias, é que apenas aqueles indivíduos que possuem relação com as atividades podem utilizá-lo.[286]

O gerenciamento dos erros (passados, presentes, e futuros) deve ter dois componentes, a redução e a contenção.[287] A primeira busca limitar a ocorrência daqueles, enquanto a segunda visa melhorar a detecção e a recuperação, minimizando as consequências do evento indesejado.

Ainda segundo James Reason[288], e em linha com o até agora exposto, o erro humano mais prevalente é derivado da omissão – deliberada ou não – de alguma ação ou prática que deveria ter sido adotada. Para combater este fato, advoga que sejam elaborados lembretes[289],

---

[282] DEKKER, Sidney W. A. LEVESON, Nancy G. The bad apple theory won't work: response to 'Challenging the systems approach: why adverse event rates are not improving' by Dr Levitt. *BMJ Quality & Safety*, v. 23, n. 12, p. 1050-1051, dez. 2014. p. 1050.
[283] Nesse sentido, cf.: KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *Op. cit.* p. 66.
[284] É fundamental que se tenha em mente que, para o sucesso de qualquer programa de prevenção de falhas e, consequentemente, de incidentes penais, é essencial que todos os envolvidos tomem parte na questão. A este respeito, cf.: SCARDAMALIA, Marlene. Collective cognitive responsibility for the advancement of knowledge. In: SMITH, B. (Ed.). *Liberal Education in a Knowledge Society*, Chicago: Open Court, p. 67-98, 2002.
[285] A esse respeito, válida a observação de que é importante para o sucesso da *reporting culture* que as punições sejam vistas por todos como justas, não incidindo – a menos quando estritamente necessário – sobre aquele que reportou as condutas. Cf.: KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *Op. cit.* p. 180.
[286] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* uma aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 20.
[287] REASON, James. Combating omission errors through task analysis and good reminders. *Qual Saf Health Care*, n. 11, p. 40-44, 2002.
[288] *Ibidem.*
[289] Podendo estes ser cartazes, etiquetas, sinais, códigos, etc.

preferencialmente por aqueles indivíduos melhor familiarizados com a tarefa em questão, já que estes saberão não apenas todos os passos envolvidos para o sucesso da empreitada, como também quais são os mais complicados ou mais fáceis de serem esquecidos, sendo tais avisos frequentemente atualizados para evitar que se tornem inócuos.

Desta forma, uma boa cultura organizacional, e os processos padrões de conduta que ela engloba, devem combater duas frentes: a das condições locais de trabalho e a das condições situacionais, as quais podem instigar a ocorrência de erros ou violações procedimentais. É esta cultura que irá determinar quais as barreiras existentes entre as condutas e os possíveis resultados adversos – acidentais ou incidentais[290] – devendo-se, portanto, dar especial atenção às falhas latentes.[291]

Para efetivar a proteção almejada, os padrões de conduta devem contemplar, exemplificativamente: treinamentos, aprimoramento na comunicação interpessoal, estabelecimento de códigos visuais (ex: seringas etiquetadas e guardadas por cores), incrementos na supervisão, e monitoramento constante dos sintomas que indicam a possibilidade de falhas nas barreiras estabelecidas, com atuação constante nos pontos vulneráveis.[292]

Apenas a compreensão das complexas interações que levam à ocorrência de erros, contudo, não basta. É necessária, também, uma mudança na cultura que cerca a questão, como se verá a seguir.

6.1.2 *JUST CULTURE* E A PREVENÇÃO: CAMINHOS DE COMUNICAÇÃO

As ideias acima expostas se ligam intimamente à ideia de "Cultura Justa" (*just culture*)[293], segundo a qual de nada adianta a punição de responsáveis por erros se não houver uma mudança do sistema e da cultura que envolve o profissional (uma das barreiras do "queijo"

[290] Enquanto acidentes são definidos como "1 O que é casual, fortuito, imprevisto. 2 Desastre, desgraça.", incidente é um "1 Episódio. 2 Circunstância acidental. 3 Fato que sobrevém.", cf.: http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php. Acessado em: 9.10.2015. Assim, pode-se entender que o incidente é uma das consequências do acidente, ou, ainda, uma consequência lógica – que poderia ser prevista – de uma cadeia de eventos.
[291] REASON, James. Understanding adverse events: human factors. *Qual Health Care,* n. 4, p. 80-89. 1995. p. 83.
[292] *Ibidem*. p. 86-88.
[293] BOYSEN, Philip. G. Just Culture: A Foundation for Balanced Accountability and patient Safety. *The Ochsen Journal*, n. 13, p. 400-406, 2013.

de James Reason), sendo necessário que se reporte erros (aqui entendidos como qualquer omissão procedimental ou deslize, mesmo que corrigido) ainda que estes não tenham resultado em danos, já que eles carregam, em si, um forte potencial lesivo.[294]

Assim sendo, é importante criar uma cultura na qual o erro seja apontado[295] e reconhecido, pois é essa identificação que, ao ser analisada, permite a criação de soluções sistêmicas que beneficiam tanto pacientes quanto profissionais.[296]

Segundo Sidney Dekker[297], a Cultura Justa é o equilíbrio entre a responsabilização e a segurança, de tal forma que a responsabilidade individual não interfira no fluxo de informações a respeito da segurança do sistema, contando, inclusive, com mecanismos para o acolhimento de profissionais que cometam erros[298]. É necessário, portanto, que se crie um espaço discricionário de atuação individual, não moldado e contido pelos receios de punições[299].

Essa Cultura Justa deve ir além da repressão, focando na reconciliação, com espaços de diálogo – incluindo ai as eventuais vítimas ou seus representantes – que permitam compreender o que deu errado e a razão para tanto, abrindo caminho para que se projete um sistema de responsabilidade que atua "para frente".[300]

---

[294] *Ibidem.* p. 400-401.

[295] Sobre a importância de se estabelecer uma cultura na qual exista uma voluntariedade em reportar falhas, cf.: NAHQ (National Association for Healthcare Quality). *Call to action:* Safeguarding the Integrity of Healthcare Quality and Safety Systems. Estados Unidos, 2012. p. 7. Disponível em: http://www.nahq.org/uploads/NAHQ_call_to_action_FINAL.pdf. Acessado em: 8.10.2015.
Interessante notar que, como um embrião desta cultura, o Código de Ética Médica, em seu capítulo II, prevê ser um direito do médico "apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros".

[296] JACOBSON, L. *et. al*. Error and safety in primary care: no clear boundaries. *Family Practice,* v. 20, n. 3, p. 237-241, 2003. p. 240.

[297] Disponível em: https://psnet.ahrq.gov/perspectives/perspective/145. Acessado em: 6.10.2015.

[298] A vitimização secundária do profissional da saúde é frequentemente esquecida, contudo é importante o acolhimento para que este tenha assistência psicológica e não se sinta ostracizado. Tal providência permite que os profissionais sintam-se mais seguros, aumentando a possibilidade de que os erros e falhas sejam reportados, e também, através do auxílio àquele que cometeu falhas, cria-se novas barreiras de contenção para o futuro.

[299] DEKKER, Sidney W. A. LEVESON, Nancy G. The bad apple theory won't work: response to 'Challenging the systems approach: why adverse event rates are not improving' by Dr Levitt. *BMJ Quality & Safety*, v. 23, n. 12, p. 1050-1051, dez. 2014. p. 1050. Ademais, é certo que a atribuição de culpa sem um sentido justo é contraproducente ao aumento da segurança, posto que leva à ocultação deliberada de erros, impossibilitando sua correção e o aprendizado daí decorrente. Cf.: DEKKER, Sidney W.A. LEVESON, Nancy G. The systems approach to medicine: controversy and misconceptions. *BMJ Quality & Safety*, v. 24, n. 1, p. 7-8, jan. 2015. p.8. Também neste sentido, cf.: CHAPMAN, Chris. Dispensing errors: a criminal mistake?. *Chemist & Druggist*, n. 8, 2009. Disponível em: http://www.chemistanddruggist.co.uk/content/dispensing-errors-criminal-mistake. Acessado em: 8.10.2015.

[300] DEKKER, Sidney W. A. HUGH, Thomas B. A just culture after Mid Staffordshire. *BMJ Quality & Safety*, v. 23, n. 5, p. 356-358, maio 2014. p. 358.

Também os mecanismos de *whistleblowing* devem revestir-se desta cultura, de forma que garantam tanto a segurança daquele que delata, quanto a confiabilidade das informações – o que afasta a possibilidade de que sejam realizadas denúncias anônimas pois, além de o anonimato não ser protegido por nossa Constituição[301], possibilitaria relatos falsos e abusivos[302].

Para contornar esta situação, sugere-se a adoção do método da confidencialidade, segundo o qual o denunciante é identificado, porém sua identidade é mantida em segredo até segunda ordem[303], ou seja, caso haja ordem judicial para que se identifique o sujeito, ou, ainda, caso se verifique ser falsa a informação, para que se possa proceder à punição daquele que utilizar a ferramenta de controle com interesses escusos ou de forma leviana.

Por tudo isso, ainda que na esfera de atuação individual, a aplicação do *compliance* abrange a adoção sistemática de algumas condutas que são em si simples, porém em conjunto proporcionam diversas barreiras para a contenção de falhas e erros. Isso porque, não se pode perder de vista que todo comportamento médico está inserido em um sistema, seja o sistema de saúde local, um hospital, ou mesmo uma equipe[304].

A seguir, analisaremos casos concretos de erros médicos que adentraram no terreno do Direito Penal, realizando apontamentos sobre tais situações.

6.2 A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA NA JURISPRUDÊNCIA PAULISTA: ANÁLISE

A leitura de algumas decisões judiciais nos permite visualizar como as questões apresentadas ao longo desta dissertação se apresentam na prática. Para tanto, transcreveremos trechos dos julgados e faremos os comentários pertinentes a respeito.

---

[301] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

[302] LOBATO, José Danilo Tavares. PAULINO, Hélder Lacerda. Notas críticas acerca da relação entre *criminal compliance* e *whistleblowing*. *Boletim do IBCCrim*, p. 4-5, n. 275, out. 2015. p. 4.

[303] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit*. p. 124.

[304] DEKKER, Sidney W. A. LEVESON, Nancy G. The systems approach to medicine: controversy and misconceptions. *BMJ Quality & Safety*, v. 24, n. 1, p. 7-8, jan. 2015. p.7.

> OMISSÃO DE SOCORRO – Médico que nega internação à vítima com operação infeccionada – ausência de cuidados básicos – Ocorrência – Caracterização. Caracteriza o crime de omissão de socorro a conduta do médico que impassível e indiferentemente, deixa por horas vítima com operação infeccionada dentro de ambulância, negando-lhe internação, e nem mesmo ministrando a ela sedativo para minimizar seu sofrimento, desrespeitando o agente seu dever profissional.[305]

Esta decisão traz caso de gritante omissão, em claro exemplo de situação que não deve, jamais, ocorrer. Por mais que exista um sistema de triagem ou de prioridade, o profissional não pode – sob pena de incidir em condutas criminosas – deixar paciente sem qualquer tipo de cuidado, ainda que de controle da dor ou desconforto.

A atitude do médico deveria ter sido a de orientar a equipe de enfermagem ou o socorrista da ambulância a prestar as adequadas medidas para deixar a paciente confortável, permitindo, assim, que esta pudesse aguardar seu atendimento em condições dignas.

Caso diverso de omissão de socorro, desta feita relativo à prática de plantonistas se ausentarem do local de trabalho, pode ser visto abaixo.

> O apelante foi condenado pela r. sentença de (fls.235/238), porque, segundo a iniciai acusatória, "no dia 01 de maio de 2002, no Hospital Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Araraquara, localizada na Rua Padre Duarte, cidade e comarca de Araraquara, deixou de prestar assistência médica, quando lhe era possível e sem qualquer risco pessoal, a Maria do Carmo Rodrigues Jardim, pessoa enferma, em grave e iminente perigo, que em razão da omissão veio a falecer". Segundo deflui ainda, da inicial acusatória, "a vitima foi internada no referido hospital em 30 de abril de 2002, por estar sentindo fortes dores no tórax, abdômen, além de náuseas e vômito. Foi atendida pelo médico plantonista Dr. Eduardo Luis Yano, que acionou o médico cardiologista de plantão, o Dr. Joaquim Meirelles, que, por sua vez, solicitou alguns exames e, constatando não ser problema relativo à sua especialidade (cardiologia), indicou a necessidade da paciente ser avaliada por um médico gastroenterologista. A enfermeira de plantão (conceição)

[305] AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. *Op. cit*. p. 73. Caso semelhante é encontrado no seguinte julgado: "A vítima, adolescente, ao que tudo indica com uma vida saudável, foi acometida de uma infecção que teria causado a miocardite1 viral e sua internação. Internada, teve acompanhamento da "equipe de médicos" do Hospital, porém, não houve, pelo que se depreende dos autos, a assistência mais aguda ou mesmo o auxílio mais efetivo de especialistas.
Ficou constatado pelo Conselho que a ré não teria se utilizado de todos os meios necessários ou mesmo dos mais adequados para combater à doença, que é grave e exige constante e aguçada verificação. Em face disto, o Conselho lhe impôs uma pena de censura. Diversa, porém, é a responsabilidade penal.", cf.:. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 990.10.016648-4, Rel. Des. Almeida Sampaio, j. 2.8.2010.

> atendendo a orientação, contatou, via fone, por volta de 10:00 horas, o indiciado Dr. JOSÉ HUNDARJ NETO, solicitando a sua presença, com urgência, para examinar a paciente. Contudo, apesar de ser o plantonista naquela especialidade (gastroenterologista), na data acima, em sistema de "plantão à distância", não atendeu a vítima. Novamente acionado às 19:50 horas, o indiciado somente compareceu ao nosocômio por volta de 21:10 horas, quando chegou gritando com os funcionários e com os parentes da senhora Maria do Carmo, demonstrando inconformismo em ser compelido ao atendimento. Examinada a vitima, prescreveu-lhe analgésicos e solicitou exames laboratoriais e de ultra-sonografía, sem, contudo, mesmo ciente da gravidade e perigo iminente, aguardar os respectivos resultados. Sucede, que as dores cederam temporariamente, respondendo a potente medicação, porém, o quadro clínico da vítima apresentou piora, sendo a mesma transferida para a Unidade de Terapia Intensiva, e mesmo diante do empenho do facultativo intensivista, a vítima veio a falecer por volta das 11:30 horas do dia 02 de maio de 2002, constando como causa da morte parada cardio-respiratória, aneurisma rota aorta abdominal hipertensão sistêmica
> [...]
> Assim, tem-se, por primeiro, que efetivamente o médico, no caso o acusado, deixou a paciente sem seu diagnóstico por mais de dez horas, fato esse admitido por ele quando interrogado em juízo (fls.136), foi avisado pela enfermeira por volta de J 0;30 ou J J ;00 horas e só compareceu no hospital por volta das 20:30 horas, apesar de por volta das 19:00 ter recebido outra ligação (enfermeiro Waldemar - fls.16), quando respondeu a este que só iria comparecer no hospital mais tarde, que é o que efetivamente acabou ocorrendo.
> [...]
> Assim, não resta a menor dúvida que o apelante sabia que a vítima estava necessitando de socorro, mas se omitiu, se esquecendo de seu juramento, como também infringindo e desrespeitando o princípio da dignidade humana, (a solidariedade é o primeiro passo que o ser humano realiza para exercitar o princípio da dignidade humana), devendo por essa razão ser mantida a r. sentença condenatória.[306]

Inobstante a conduta do profissional em comento ter excedido todos os limites, fato é que se deve ter em mente que o plantonista não pode ausentar-se de seu local de trabalho, sob pena de ser punido por omissão de socorro caso a demora em seu deslocamento acarrete danos, ao mesmo a morte, ao paciente. Conforme já apontado, a inação não isenta o médico de responsabilidade.

> A acusação é no sentido de que no dia 03 de outubro de 2007, por volta de 18h30min., até o dia 04 de outubro de 2007, por volta de 16h06min., na Santa Casa de Misericórdia, na Cidade de Casa Branca, ODENIR BESSA DE ALMEIDA, cometeu homicídio culposo, na modalidade negligência, sem a observância de regra técnica de profissão, contra a

[306] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 993.06.010968-5, Rel. Des. Jaime Ferreira Menino, j. 30.5.2008.

> criança Camili Giovana dos Santos Lucio, tendo diagnosticado incorretamente a vítima, levando-a a óbito (cf. certidão de fls. 11).
> [...]
> O parecer médico legal de fls. 171/172 foi conclusivo no sentido de que o acusado, ao suspeitar do diagnóstico de meningite, deveria ter solicitado o exame de líquor, o que não ocorreu. No entanto, a criança foi tratada com medicamento adequado a bactéria que deu curso a doença. Como se vê, ao contrário do que busca a acusação, pelos documentos e declarações constantes dos autos, tudo produzido sob o crivo do contraditório, não há possibilidade de se afirmar que o apelante tenha agido com negligência e inobservância das regras técnicas da profissão, dando causa à morte da pequenina vítima.[307]

O caso acima é delicado. Embora a conduta do profissional tenha sido reprovável, ainda assim o Tribunal o absolveu, por entender não haver certeza de que a atitude fora negligente ou contrária à *lex artis* – isso porque, apesar de tudo, fora dado antibiótico à criança, ainda que este tenha se apresentado ineficaz.

Ocorre que a prevenção ora buscada, conquanto se volte para a proteção do profissional, não pode perder de vista o objetivo precípuo da medicina, que é o cuidado com o paciente. Assim, apesar de não ter sido condenado, a conduta acima – claramente negligente para os padrões aqui buscados – deve ser rejeitada e combatida.

Caso semelhante a este último, porém com solução diametralmente oposta, se colaciona a seguir.

> HOMICÍDIO CULPOSO - Erro médico - Absolvição em primeiro grau - Médico que deixa de realizar investigação neurológica em vítima de acidente de motocicleta - Morte do paciente depois da alta em razão de trauma crânio encefálico - Culpa evidenciada - Provimento do recurso do Ministério Público, com subseqüente reconhecimento da prescrição em razão da pena aplicada.
> [...]
> A vítima sofreu grave acidente de motocicleta e foi atendida pelo réu. Este admitiu que a vítima permaneceu internada sob sua responsabilidade bem como que ele teve um episódio de cefaléia. Consta do relatório médico (fls. 167) que segundo a enfermagem o paciente ficou confuso. A anotação é do dia 19/04/2002. À fls. 172 verso consta outra anotação da enfermagem de que a vítima apresentava períodos de confusão mental.

[307] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0000767-64.2008.8.26.0129, Rel. Des. Ivo de Almeida, j. 25.3.2013. Caso semelhante, no qual, dada a complexidade dos fatos, o Tribunal não conseguiu definir sem sombra de dúvida acerca da responsabilidade do profissional – que a nosso ver agiu com desídia – pode ser encontrado em: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0005202-43.2008.8.26.0077, Rel. Des. Eduardo Abdalla, j, 30.1.2015. Ver também: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0008619-58.2005.8.26.0481, Rel. Des. Raul de Aguiar Ribeiro Filho, j. 18.11.2011.

> Tal anotação é do dia 18/04/2002. No dia seguinte outra anotação (fls. 174 verso) da enfermagem de que embora sem queixas, o paciente se apresentava sonolento.
> [...]
> E, efetivamente, qualquer pessoa que tenha um mínimo de bom senso intui a absoluta necessidade da realização de tomografia ou outros exames neurológicos em um caso como o dos autos em que a vítima referia dores de cabeça, porque se acidentara na condução de motocicleta. É óbvio que a hidrocefalia teve como causa o acidente automobilístico e não outros motivos como procuraram fazer crer os colegas do réu que depuseram, em juízo. Aliás, no ponto, vale destacar o que foi dito na s razões de recurso do competente Promotor de Justiça Dr. Sérgio Claro Buonamici: "Não poderia se cogitar de outra causa porque não existem registros da passagem anterior do paciente pelo Hospital Municipal ou outro nosocômio" (fls. 509).
> [...]
> Se a investigação neurológica tivesse sido feita no momento oportuno, seria possível uma intervenção cirúrgica bem sucedida. Mas isso não ocorreu porque o réu foi omisso, deixando de observar regra de sua profissão. Assim, está provada nos autos a culpa do réu no evento, resultante de inobservância de regra técnica de profissão.[308]

Percebe-se do excerto supracitado que os fatos são, em essência, semelhantes ao anterior. A inação do profissional, contrária aos princípios que deveriam orientar sua ação, ocasionou a morte de um indivíduo que estava sob seus cuidados. Também aqui, apesar de não discutida pelo Tribunal, houve a inação de outros membros da equipe hospitalar – omissão que, por aderir a uma rígida hierarquia ou por descaso, custou a vida de um paciente.

> A ação descreve fato doloroso, pois a vítima, sofrendo de dores, foi até um Pronto Socorro e de lá encaminhada para a Santa Casa de Misericórdia de Araçatuba, onde foi atendida pelo Dr. Giulio, que, em face do narrado, determinou a realização de exames. Após, entendeu que havia indicação de cirurgia. Foi solicitada a presença do acusado que determinou sua internação e a realização de exames, isto no dia 24 de março. Ficou a ofendida aos cuidados do acusado até o dia 01 de abril, pois os familiares determinaram que houvesse a troca de médico, passando a atendê-la o Dr. Sérgio de Mello Rodrigues. Este último determinou a realização de uma punção e foi extraído 1.500 ml de líquido purulento do abdómen, confirmando um estado de peritonite. Operada no dia seguinte, 02 de abril, ficou constatado grave quadro de apendicite aguda rota necrosante com a presença de fezes e pus na cavidade abdominal. Em 10 de abril, a vítima faleceu devido à septicemia.
> [...]
> Com efeito, não se pode deixar de reconhecer que exige-se do Médico que, ao efetuar o diagnóstico, especialmente em situações não corriqueiras ou de causa indefinida, realize uma série de atos que o ajudarão na definição do mal que aflige o paciente que o procura. Nos

[308] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação sem revisão n. 990.08.022561-8, Rel. Des. Mario Daccache, j. 13.8.2009.

> tempos atuais, com o avanço da medicina, é indispensável a cautela. Se é correta esta afirmação, no caso dos autos outro foi o procedimento do apelante.
> [...]
> Este quadro indica que, infelizmente, o apelante não agiu com a desenvoltura necessária. Com efeito, havendo a indicação de que um dos caminhos a seguir, em face do quadro apresentado, seria efetuar ao menos a punção, não o fazendo e procrastinando o ato, agiu culposamente. Descuidou-se das normas elementares e não pode ser reconhecido, como fator de excludente de sua responsabilidade, o fato de ele estar caminhando para o prognóstico, que era possível de plano ou em pouco tempo.
> [...]
> Constata-se, desta maneira, que o réu não avaliou bem o quadro que estava sendo apresentado e não agiu de maneira célere, pois havia indicação para solucionar o que estava ao seu cuidado, agindo, por consequência, de maneira culposa. Em face deste quadro, acredito que a condenação deve ser mantida.[309]

O evento acima descreve situação que pode ser considerada comum nos hospitais brasileiros, sendo certo que o profissional não pode, constantemente, utilizar-se do tempo como método de terapia.

Em havendo indicação de ação cirúrgica, mormente por outro profissional, a ação deve ser imediata – como colocado pelo magistrado, realizando ao menos a punção, que poderia confirmar a necessidade de procedimento invasivo. Atitudes de descaso e negligência como a ora narrada devem ser ativamente eliminadas, pois criam um ambiente nefasto para os pacientes e para os profissionais ao redor, que podem ser responsabilizados indiretamente por permitir a perpetuação da situação.

> O Promotor de Justiça Daniel Santerini Caiado impetra mandado de segurança e aponta como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 4a Vara da Comarca de Cubatão. Alega ofensa a direito líquido e certo, pois indevidamente indeferido pedido de busca e apreensão de prontuários médicos relativos a pessoa falecida em hospital de Cubatão. Postula, assim, que se determine a efetivação da medida.
> [...]
> No curso de investigação sobre suposto erro médico que teria causado a morte de Osvaldo Gomes das Neves, a autoridade policial representou pela juntada ao inquérito dos prontuários do paciente constantes das unidades de saúde de Cubatão em que atendido (fl. 32). Favorável o parecer do Ministério Público (fl. 33), o Magistrado ordenou a expedição de ofícios requisitando os documentos (fl. 34).

[309] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0009531-05.2009.8.26.0032, Rel. Des. Almeida Sampaio, j. 17.7.2015.

> [...]
> O diretor do "Hospital Dr. Luiz Camargo da Fonseca e Silva" respondeu que, a fim de resguardar a privacidade do paciente, o prontuário ficaria "disponível para ser analisado nas dependências do hospital em qualquer dia útil, em horário comercial, por médico ou outro profissional da área de saúde sujeito a obrigação de manutenção do segredo profissional, nomeado por quem de direito, para colher as informações das quais necessita" (fl. 38).
> [...]
> Diante disso, o representante do Ministério Público postulou que se determinasse busca e apreensão do prontuário e que se enviassem cópias dos autos para o Juizado Especial Criminal a fim de que se apurasse eventual prática de crime de desobediência pelo diretor da unidade de saúde (fl. 66).
> [...]
> Frente ao exposto, denega-se a segurança.[310]

Em rara discussão acerca do conflito entre o dever de sigilo profissional e a necessidade de o Poder Judiciário obter acesso a prontuários e demais documentos para realizar suas investigações, a solução do Diretor do Hospital parece ser um meio-termo. Entretanto, apesar de coberta do bom senso aplicado, sua escolha ainda assim o submeteu a um procedimento judicial.

É importante ter em mente que as autoridades Judiciárias e Policiais têm o poder de requisitar a documentação dos pacientes e, procedendo munidos de decisão judicial que os autorize, é recomendada a colaboração com as investigações, apenas solicitando que se decrete sigilo sobre os autos, pelo conteúdo sensível do material fornecido. Ao agir dessa forma, o profissional estará respeitando o sigilo profissional[311] e, ao mesmo tempo, preservando-se de qualquer imputação de dificultar uma investigação.

> Art. 129, §§ 6º e 7º, do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório suficiente para demonstrar a responsabilidade do réu pelas lesões causadas à vítima. Erro médico causado por negligência e imprudência. Dosimetria e regime mantidos. Recurso improvido.
> [...]
> Segundo a denúncia, no dia 1º de agosto de 2010, por volta de 10h20, no Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia, comarca de Araraquara, Valcir Muniz Junior ofendeu, culposamente, a integridade física da vítima Gabriel Ramos, causando-lhe as lesões corporais de natureza

[310] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. 0062265-58.2011.8.26.0000, Rel. Des. Vico Mañas, j. 1.6.2011.
[311] Tal abertura é, inclusive, prevista no Código de Ética Médica, em seu art. 73:
"Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente."

> grave, descritas em laudo de exame de corpo de delito. Na data dos fatos, o réu era o médico plantonista e atendeu a vítima, paciente, quando deu entrada com fortes dores no testículo esquerdo. O réu prescreveu uma injeção com Voltaren 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 a 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.
> [...]
> O réu tentou e ainda tenta, nas razões de apelação, atribuir a culpa pelo ocorrido à vítima, menino de doze anos, e acompanhante (a mãe), alegando que prestaram informações imprecisas no ato do atendimento.
> [...]
> E, como constou na r. sentença, mesmo que a mãe e o menino tivessem informado ao réu que a dor existia há um dia, o que é improvável em razão da intensidade da dor em caso de torção, o réu deveria ter solicitado exame de ultrassonografia e de urina para o diagnóstico correto, até porque, se até mesmo o especialista em urologia considera necessária muita experiência médica para diagnosticar a torção testicular, pois pode ser confundida com várias outras enfermidades, o réu, que não era especialista, deveria ter adotado esse procedimento e não o fez, agindo com negligência. Outrossim, também agiu com imprudência ao deixar de encaminhar o paciente a médico especialista, o que foi até questionado pela mãe na ocasião. Logo, a condenação era mesmo de rigor.[312]

A decisão supramencionada claramente demonstra a necessidade de cuidado ao se lidar com questões que estão fora da especialidade do profissional. Nestes casos, é melhor pecar pelo excesso – solicitando uma segunda opinião, ou pedindo mais exames –, do que arcar, penal e moralmente, com as consequências.

Ainda, o presente caso demonstra a importância da boa comunicação entre médico e paciente, devendo o profissional ter paciência para lidar com as queixas e realizar uma anamnese e um exame clínico adequados. A falha em fazê-lo, o que geralmente ocorre por irritação ou cansaço, pode levar a infortúnios graves.

> se caracteriza [o exercício ilegal da medicina] quando o agente transpõe os limites da profissão médica para a qual está habilitado, isto é, quando transgride os limites estabelecidos na lei, nas normas regulamentares e na utilização de métodos e práticas não condenadas[313]

---

[312] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0004687-26.2011.8.26.0037, Rel. Des. Francisco Bruno, j. 21.11.2013.

[313] MARQUARDT, Marcelo. PRATES, Núria Derviche Prates. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. *J Vasc Br*, v. 2, n. 3, p. 241-247, 2003. P. 243. Disponível em: http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-241.pdf. Acessado em: 25.9.2015.

O julgado aludido demonstra que a prática forense adota o posicionamento já esposado, de que o profissional deve ater-se a sua especialização, pois o habitual exercício de atividades que fogem a seu escopo de atuação, ainda quando guiados pelas normas regulamentares e da ciência médica, caracterizam crime.

> O paciente se vê processado pelo crime de aborto provocado, sem o consentimento da gestante, por terceiro omisso, já que, na qualidade de médico teria negado pronto atendimento à vítima Juliana Prestes, ocasionando a morte do feto por ela gestado.
> [...]
> De fato, não existe prova cabal, definitiva e incontroversa de que no momento da entrada da gestante no Pronto Socorro o feto já estivesse morto, sendo necessária a apuração dos fatos no curso da ação penal.[314]

O atendimento a gestantes deve ser cercado de atenção redobrada, isso porque, mesmo que o profissional não pratique intencionalmente o abordo na gestante (conduta que é criminalizada independentemente do consentimento desta), a conduta omissiva ou culposa, que acarrete a morte do feto, poderá, ao entendimento do juízo, tipificar a conduta de aborto provocado por terceiro (art. 125 do Código Penal), o qual possui as maiores penas relativas aos delitos de aborto.

> PENAL. FALTA DE SOCORRO AO IDOSO EM SITUAÇÃO DE PERIGO COM RESULTADO MORTE artigo 97, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03. Materialidade e autoria comprovadas, bem como a culpa do acusado, proprietário e enfermeiro da Clínica onde a vítima acometida de "Mal de Alzheimer" estava internada. Local com instalação irregular, queda da vítima sem socorro imediato. Sentença condenatória mantida, inclusive com relação à pena. APELAÇÃO IMPROVIDA.
> [...]
> Cuida-se de ação penal promovida pelo Ministério Público contra FERNANDO DOS SANTOS SILVA, qualificado nos autos, porque este, segundo a denúncia de fls. 1d/2d, no dia 19 de abril de 2010, por volta das 3h, na Avenida Santa Luzia, 255, cidade e comarca de Ribeirão Preto, deixou de prestar adequada assistência à idosa Alzira Mezencio Praes, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, estando ela em situação de iminente perigo. Foi denunciado, por isso, como incurso nas penas do artigo 97, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03.
> [...]
> Por isso, no dia 18 de abril de 2010, em razão de não haver proteção alguma na cama onde dormia, a vítima veio a sofrer uma queda, lesionando-se na região do crânio. O réu omitiu o acidente a seus familiares, vindo a comunicá-lo do ocorrido somente na data de 21 de

[314] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus n. 2037448-51.2015.8.26.0000, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 26.5.2015. Julgamento similar: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus n. 2177901-33.2014.8.26.0000, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 9.12.2014.

> abril, quando seu estado de saúde agravou-se e a vítima veio a óbito em razão de traumatismo crânio encefálico, provocado por queda acidental. Entendeu a Promotoria que sendo o acusado responsável por cuidar daqueles que lá residiam, quando do acidente da vítima Alzira, podendo e devendo, dolosamente retardou-lhe a assistência médica necessária, obrigação que nas circunstâncias lhe incumbia também por contrato. Na ocasião, ele nem sequer comunicou o fato aos seus familiares e, principalmente, não providenciou adequado atendimento médico à idosa que, em virtude das complicações do ferimento sofrido resultante da queda, posteriormente veio a falecer em hospital da cidade evento danoso morte perfeitamente previsível.
> [...]
> Como se vê, não há dúvida de que o réu violou um dever de cuidado e causou a morte da vítima idosa internada na Clínica de Repouso de sua propriedade e sob seus cuidados diretos ao não acionar o socorro médico imediatamente depois de sua queda, acreditando-se tratar de um pequeno corte o que era, na verdade, um traumatismo craniano, sendo tal resultado não querido, mas totalmente previsível.[315]

O julgado supracitado trata da responsabilização de enfermeiro, responsável por lar de idosos, por conduta que configura uma das hipóteses especiais de omissão de socorro, *in casu* aquela prevista no Estatuto do Idoso. Observa-se, assim, que não apenas os médicos são julgados por seu dever de garante e por suas omissões, mas todos aqueles envolvidos no trato dos pacientes.

O caso abaixo, apesar de tratar de condutas dolosas, fornece importantes elementos para se verificar o raciocínio acusatório e dos julgadores em casos médicos. Vejamos:

> [...]foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 121, "caput, c.c. o artigo 18, inciso I, segunda parte, por quatro vezes, c.c. artigo 29, na forma do concurso material, todos do Código Penal porque, os dois primeiros teriam diagnosticado as vítimas como se estivessem em "morte encefálica", quando tal fato poderia ser perceptivelmente descartado face aos exames realizados e constantes de seus prontuários; e o terceiro, na qualidade de presidente da Fundação Universitária de Saúde de Taubaté, teria subvencionado as nefrectomías mediante o pagamento de honorários médicos aos demais acusados, bem como todas as despesas hospitalares, sendo os órgãos renais extraídos entregues a terceira pessoa para implante em pacientes desconhecidos na cidade de São Paulo.
> [...]
> [...] afirmam que os fatos narrados na denúncia não foram satisfatoriamente comprovados; que os pacientes nefrectomizados se encontravam, realmente, em estado de morte encefálica; que o caso foi analisado pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo e pelo Conselho Federal de Medicina que os absolveram; que os laudos periciais

[315] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0030927-37.2010.8.26.0506, Rel. Des. Eduardo Braga, j. 2.4.2013.

são superficiais; que o programa de transplantes em vigor na época foi efetuado dentro da maior preocupação e lisura por parte dos recorrentes; [...].
[...]
A alegação dos recorrentes de tratar-se, no caso, de crimes impossíveis, não merece acolhida uma vez que, como já salientado, a conduta narrada na denúncia é prevista como crime pelo nosso Código Penal. A discussão sobre causar ou não a nefrectomia a morte imediata é matéria de mérito, que depende de exame aprofundado da prova material e testemunhal coligida e, em assim sendo, inadmissível sua apreciação nesta fase processual. O que importa, por ora, é que, segundo o laudo pericial, as vítimas não estavam em estado de morte cerebral ou encefálica, porquanto não realizados os exames necessários para confirmar referido diagnóstico, quando foram submetidas à cirurgia para retirada dos rins tendo, logo após, sido noticiado seu falecimento. Assim sendo, não há razão para se declarar a inépcia da inicial.
[...]
[...] efetuavam contato com os familiares das mesmas, objetivando autorização para a doação e conseqüente retirada dos rins dos pacientes. Assim, se dirigiam a estes informando que as vítimas se encontravam em quadro de morte irreversível, e que nada mais poderia ser feito. Diante de tal afirmação, os familiares das vítimas anuíam com tal pedido. Todavia, após denúncia formulada pelo então diretor da Faculdade de Medicina, Dr. Roosevelt de Sá Kalume, constatou-se que os denunciados efetuavam a extração dos rins das vítimas sem a imprescindível prova da "morte encefálica" das mesmas. A constatação deste diagnóstico era efetuado pelos neurocirurgiões Antônio Aurélio de Carvalho Monteiro e Mariano Fiore Júnior, sendo que ambos diagnosticaram as vítimas como se estivessem com "morte encefálica", o que possibilitou então a extração dos órgãos renais, quando tal fato poderia ser perceptivelmente descartado face aos exames realizados e constantes de seus prontuários. De tal maneira, os co-réus Pedro Henrique e Rui Noronha, sabedores da ausência da constatação necessária de morte encefálica das vítimas, e, cientes de que a retirada de seus rins as levariam à morte, efetuavam as nefrectomias bilaterais nos pacientes, extraindo tais órgãos e conseqüentemente levando-os a óbito por ausência dos mesmos, cuja presença é vital. Em tal proceder foram auxiliados por Antônio Aurélio de Carvalho Monteiro e Mariano Fiore Júnior, os quais forneciam diagnósticos de morte encefálica intencionalmente equivocados, sendo atestado posteriormente como causa mortis fato diverso do que realmente teria ocasionado os óbitos das vitimas.
[...]
Em relação à vítima Alex de Lima, os peritos afirmaram que a angiografia realizada não permitia segura elucidação dessa morte, além do que, em seu prontuário médico faltavam exames necessários e o lançamento do diagnóstico propriamente dito (fls.2270/2274). Quanto à Irani Gobbo, concluíram que as angiografias apresentadas não se prestavam para o diagnóstico de morte encefálica e que de seu prontuário, segundo a evolução médica, não há referência aos sinais clínicos que permitissem tal diagnóstico. Acrescentaram que referido prontuário era tão incompleto que impedia a conclusão de qualquer diagnostico seguro (fls. 2281/2285). Às mesmas conclusões chegaram em relação à José Miguel da Silva, afirmando que as angiografias realizadas eram insuficientes para se diagnosticar a morte cerebral e, pelo prontuário médico, não era possível se chegar a tal diagnóstico, posto que ausentes

> outros sinais ou qualquer exame (fls. 2287/2288). No que diz respeito à vítima José Faria Carneiro os peritos fazem afirmações mais desfavoráveis aos acusados, relatando que as angiografias demonstram claramente sinais de irrigação intracraniana (fls. 2295), sem qualquer registro de sinais de comprometimento encefálico necessários para firmar o diagnóstico de morte encefálica ou cerebral (fls. 2295).
> [...]
> Mas não é só. Em desfavor dos recorrentes existe, também, o laudo encomendado pela Comissão Processante do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, segundo o qual, a definição de morte encefálica do ponto de vista clínico e angiográfico foi inadequada para o paciente José Miguel da Silva; o achado angiográfico exclui o diagnóstico de morte cerebral para o paciente Alex de Lima; os dados clínicos e angiográficos do paciente José Faria não são suficientes a definir a sua morte encefálica e que não há dados no prontuário de Irani Gobbo que possam avaliar se os critérios de morte encefálica foram obedecidos (fls. 2952/2954). Ressalte-se que referido laudo foi subscrito pelo Dr. Ronaldo Abraham, assistente técnico dos réus o que lhe confere maior credibilidade (cf. fls. 2954).
> [...]
> Assim sendo, existindo nos autos prova indiciaria quanto à existência do crime e da autoria, não resta outro caminho, senão o da pronúncia dos acusados, a fim de que sejam submetidos ao Tribunal do Júri.[316]

Percebe-se que se dá enorme importância às provas documentais – laudos, perícias, exames –, o que demonstra a necessidade de elaboração de um bom prontuário, da documentação de todo e qualquer exame, e da realização, em procedimentos de grande magnitude, de todas as checagens possíveis.

Os excertos acima fornecem um breve olhar sobre o tratamento do tema pela Corte Paulistana, demonstrando que as condutas defendidas nesta dissertação não apenas possuem relevância para a atividade curativa como tem, também, o condão de afastar procedimentos criminais e suas sanções.

Realizada esta curta análise, e com escorço em todo o quanto apresentado ao longo da presente dissertação, passaremos à sugestão de condutas voltadas à prevenção de erros e de imputações criminais.

[316] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito n. 300.761-3/0-00, Rel. Des. Debatin Cardoso, j. 13.11.2003. Caso extremamente relevante para o estudo de decisões a respeito da retirada indevida de órgãos para transplante, inclusive com indícios de existência de organização criminosa, pode ser verificado nos autos da ação penal n. 0518.08.148.802-6 da 1ª Vara de Poços de Caldas/MG, atualmente com discussão em curso no Habes Corpus n. 127.754 em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

6.3 CONDUTAS VOLTADAS À PREVENÇÃO: SUGESTÕES PARA O *COMPLIANCE* MÉDICO

Em primeiro lugar, se faz mister que sejam tomadas todas as medidas cabíveis para assegurar o sigilo dos dados e informações dos pacientes, certificando-se o profissional de que estes só possam ser acessados pela equipe médica ou de enfermagem. Tal providência é essencial tanto do ponto de vista legal quanto ético.

Em seguida, importante a definição de quais serão as *red rules* que regerão as condutas de todos aqueles envolvidos no atendimento aos pacientes. Além daquelas já sugeridas, outras podem ser incluídas no programa, a depender da peculiaridade de cada caso, respeitando-se uma razoabilidade em seu número.

Sugere-se a adoção de *checklists* para qualquer tipo de procedimento, por mais simples que sejam, o qual deve sempre passar pelo crivo de dois indivíduos (*check e double-check*). Como exemplo, tem-se a listagem de todos os materiais utilizados no procedimento cirúrgico e, posteriormente ao ato, a contagem – física e visual – dos mesmos, de forma a verificar se nada foi deixado no paciente. Tais checagens devem anteceder o procedimento, verificando-se se os materiais necessários encontram-se presentes e em estado satisfatório, bem como se todo equipamento que possa ser eventualmente necessário está em estado de operação.

É interessante, também, a elaboração de padrões de procedimento para determinados casos, com passos que possam ser seguidos. Por exemplo, definir um procedimento padrão para o atendimento de uma vítima baleada ou em choque anafilático acelera a resposta dos profissionais envolvidos e pode ser a diferença entre a vida e a morte do paciente.

A adoção de uma rotação fixa de visitação aos leitos também é salutar, devendo ser regra a anotação – tanto pela equipe médica quanto pela equipe de enfermagem –, no prontuário do paciente, de todo ato ou fato ocorrido, como exames clínicos, medicação utilizada, orientações, pedidos de exame, intercorrências, etc.

Especificamente quanto ao prontuário, este deve sempre ser verificado no momento inicial da visitação, sendo de rigor seu preenchimento de forma legível, clara, e precisa, sem

abreviações desnecessárias ou siglas entendidas apenas pela equipe. Fundamental, também, que seja possível a individualização da autoria de cada anotação.

Ainda, deve-se cuidar para que o prontuário seja organizado de forma cronológica, atentando-se para que todos os resultados de exames, laboratoriais e de imagem, bem como os laudos médicos, sejam anexados à documentação[317].

A utilização de substâncias, que dependam ou não de dosagem, também deve ser submetida a um controle[318]. Primariamente, é indispensável a organização e etiquetagem de todos os remédios, recipientes, e materiais, de forma a evitar confusões[319]. Ademais, quem solicita a substância para utilização não deve, idealmente, ser a mesma pessoa que verifica a prescrição médica e separa o material ou medicamento (novamente, *check e double-check*).[320]

Igualmente, a prática de qualquer ato invasivo ou de sedação/anestesia necessita ser precedida da tomada do consentimento esclarecido do paciente ou de seu responsável legal, pelo tempo que for necessário para explicar ao paciente/responsável todas as questões que envolvem o ato, seus riscos, consequências, e alternativas, e somente depois de sanadas as dúvidas do indivíduo é que deve este assinar o termo. Propõe-se que o médico, durante os esclarecimentos, se faça acompanhar por uma testemunha (assistente, membro da equipe de enfermagem, etc.), que poderá validar que a anuência foi obtida de forma livre e esclarecida.

É fundamental que se estabeleça uma comunicação ampla e franca, devendo o profissional não apenas buscar fazer-se compreender, como formar uma ligação com o paciente,

---

[317] Atentar para que todos sejam arquivados juntamente com o pedido médico correspondente, sendo este último sempre datado, com marcação do horário em que foi realizado, e regularmente identificado (nome/CRM/assinatura).

[318] Há, a respeito, estudo detalhado que conta com a listagem dos métodos mais recomendados de controle, cf.: GAVIN, R. J. Drug errors: consequences, mechanisms, and avoidance. *British Journal of Anaesthesia,* v. 105, n. 1, p. 76-80, 2010. p. 80.

[319] Já houve condenação de todos os envolvidos em casos de erro advindo da falta de identificação adequada. A ver: "Responsabilidade solidária de todos os que culposamente concorreram para que a anestesia fosse efetuada com o emprego de gás carbônico, ao invés de oxigênio. Condenação da empresa que efetuou o transporte dos tubos, do hospital e do médico." ASSAD, Alexandra. CANTINHO, Fernando Antônio de Freitas. CAVALCANTI, Ismar Lima (Eds.). *Medicina Perioperatória*. Rio de Janeiro: Sociedade de Anestesiologia do Estado do Rio de Janeiro, 2006. P. 999. Disponível em: http://www.saj.med.br/uploaded/File/novos_artigos/112.pdf. Acessado em: 17.9.2015.

[320] Para um estudo que analisa diversas causas de erros de prescrição e fornece, com maior detalhamento, possíveis caminhos para evita-los, cf.: ROUTLEDGE, Philip A. Safe prescribing: a titanic challenge. *British Journal of Clinical Pharmacology*, v. 74, n. 4, p. 678-684, 2012.

deixando-o confortável para relatar seus sintomas e histórico, tirar suas dúvidas e opinar em seu tratamento.[321]

A comunicação entre os profissionais é também importante, devendo ser esta clara e contínua, não se deixando espaços para interpretações equivocadas ou dúvidas.

Um grande foco gerador de erro é o atendimento descontinuado[322], isto é, o atendimento que se inicia por um setor ou profissional e, posteriormente, há uma mudança como, por exemplo, troca de turnos, remessa à UTI, atendimento por outro especialista, etc. Pacientes, receitas, ordens médicas, medicamentos, profissionais, todos se movimentam e se cruzam, passando por turnos, localidades e hierarquias diferentes, e a informação – e a responsabilidade – que cada um carrega consigo pode se perder ou se alterar.

Por isso a importância de um prontuário bem redigido, atualizado, e claramente identificado. Além disso, expedientes que facilitam essas transições são a realização de *double-checks* e a confirmação das ordens recebidas[323].

Igualmente, não se pode perder de vista que, em ocorrendo erros e eventos adversos durante ou após a implementação de novas condutas, estes devem ser utilizados como base para a adaptação dos modelos de prevenção utilizados, aprimorando o sistema e proporcionando maior segurança.[324]

É evidente que procedimentos padronizados e *checklists* não evitam, *per se*, que ocorram erros. Contudo, tais ferramentas reduzem as variáveis presentes em questões delicadas, auxiliando o profissional a atuar de forma responsável e competente[325], constituindo assim meros subsídios para a melhor atuação médica.[326]

---

[321] Neste sentido, cf.: BRYCE, Cindy L., GRABER, Mark L., McDONALD, Kathryn M. The patient is in: patient involvement strategies for diagnostic error mitigation. *British Medical Journal Qual Saf*, n. 22, 33-39, 2013.
[322] DEKKER, Sidney W.A. Independent: Discontinuity and Disaster: Gaps and the Negotiation of Culpability in Medication Delivery. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, n. 35, p. 463-470, 1.10.2007. p. 464.
[323] *Ibidem*.
[324] HOFFMAN, Barbara. ROHE, Julia. Patient Safety and Error Management: What Causes Adverse Events and How Can They Be Prevented?. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 107, n. 6, p. 92-99, 2010. p. 92.
[325] Diversas das sugestões ora apontadas foram também levantadas pelo comitê americano que avaliou a qualidade dos serviços de saúde no país, cf.: KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *Op. cit.* p. 62, 170, e 183.
[326] DEKKER, Sidney W.A. LEVESON, Nancy G. The systems approach to medicine: controversy and misconceptions. *BMJ Quality & Safety*, v. 24, n. 1, p. 7-8, jan. 2015. p.7-8.

Ademais, é essencial que todas as providências acima elencadas façam parte de um contexto de Cultura Justa, com ferramentas de denúncia que preservem a confidencialidade do delator, disciplinando-se os responsáveis de forma transparente e justificada.

Questão complexa diz respeito à divulgação de erros ao paciente. Deve-se adotar uma postura de *full disclosure* ou seria melhor omitir eventualidades que não resultaram em grandes danos?

Acreditamos que a divulgação é necessária, pois do contrário estar-se-á diante de uma subversão ética, colocando-se o interesse particular de salvaguarda do profissional à frente da beneficência que deve orientar suas condutas relativas aos pacientes[327], uma vez que o *non disclosure* pode ser considerado um forte indício de má-fé se analisado em qualquer procedimento.

Dessa maneira, após informar ao paciente sobre o ocorrido – sempre tendo o cuidado com a documentação envolvida –, cabe ao profissional traçar um plano de ação, levando em conta os desejos do mesmo e estando aberto à intervenção e auxílio de outros médicos.[328]

De se ter em vista, também, que é necessário criar um protocolo de atuação para casos de requisição de informações por autoridades públicas, devendo os profissionais respeitarem as solicitações, atendendo-as de maneira breve e completa.

Por fim, deve o profissional sempre manter-se atualizado, posto ser a conformidade à *lexis artis* um requisito presente em diversos dos delitos analisados, bem como consistir um dever ético do médico a atualização constante[329].

As providências ora elencadas podem parecer excessivas, contudo são rotinas facilmente adotadas e que criam em torno do profissional uma rede de proteção, não apenas servindo como eficaz ferramenta preventiva, como também permitindo que qualquer investigação criminal seja solucionada de forma rápida e justa[330].

---

[327] HÉBERT, Philip C. LEVIN, Alex V. ROBERTSON, Gerald. Bioethics for clinicians: 23. Disclosure of medical error. *Canadian Medical Association Journal,* v. 164, n. 4, p. 509-513, 20 fev. 2001. p. 509-510.
[328] *Ibidem*. p. 511.
[329] Conforme o Código de Ética Médico, "V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.".
[330] Não se deve olvidar que o prontuário será, como já afirmado, a principal prova utilizada nas investigações – realizadas por indivíduos leigos às particularidades da medicina. Assim, as providências elencadas se traduzem na transformação deste de ferramenta de acusação para auxiliar da defesa.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo desta dissertação, foi possível verificar que a profissão médica possui inúmeros pontos de vulnerabilidade, eventualmente ensejadores de responsabilização criminal dos envolvidos, aberturas essas que são de dois tipos: as inerentes à profissão e a seu caráter de ciência inexata, e as derivadas de comportamentos enraizados entre seus praticantes.

É sobre estas últimas que o *compliance* se foca, através da identificação das ocorrências mais comuns e da criação de mecanismos de controle, os quais possuem uma dupla finalidade, protegendo tanto o profissional quanto o paciente.

Quanto às aberturas inerentes à profissão, o *compliance* pode, quando bem aplicado, municiar o profissional para que este esteja apto a melhor sustentar a correição de sua atuação, servindo de apoio à sua defesa em quaisquer questionamentos.

Foi visto que os erros médicos inserem-se em um contexto dinâmico, ocorrendo, precipuamente, devido a falhas multifatoriais. Sendo assim, foram apontadas diversas ferramentas a serem utilizadas em conjunto com e no contexto do *compliance*, para que se criem múltiplas e diversas barreiras de supressão e contenção de erros.

Pela análise dos casos reais, entende-se que a presença dos mecanismos de prevenção aqui indicados poderia ter evitado a ocorrência – ou ao menos reduzido drasticamente a gravidade do resultado – da quase totalidade dos eventos narrados.

Não se verificou, analisando a questão pelo viés da doutrina penal, sobretudo pela teoria da imputação objetiva, qualquer óbice à adoção das medidas preventivas, não consistindo estas qualquer risco para o profissional.

Ainda, acreditamos não existir obstáculo à utilização do *compliance* – instrumento criado para e utilizado por pessoas jurídicas – por pessoas físicas, desvinculadas da adoção do

programa por uma entidade empresarial, posto que no Brasil, o real destinatário das normas de *compliance* tradicionais, bem como o receptor da eventual punição estatal, é o indivíduo.

Quanto à viabilidade da adoção desta ferramenta, nos parece que não existem altos custos ligados às medidas propostas, inexistindo, ainda, incompatibilidade entre as normas de *compliance* e as diretrizes éticas e profissionais dos médicos, de forma que se afigura praticável a criação, implementação e uso das técnicas referidas nesta dissertação.

Desta forma, conclui-se ser útil, e até mesmo essencial, que os profissionais da saúde passem a adotar técnicas de *compliance*, com as ferramentas de proteção ora indicadas, adequando-se assim a uma realidade pautada pela dificuldade de exercício do mister médico e de facilidade de acesso de pacientes a mecanismos que colocam em movimento a máquina punitiva estatal.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICIUS, Alexandra Cruz. *Estudo dos erros de prescrição relacionados aos medicamentos utilizados no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*. Dissertação (Mestrado em Saúde na Comunidade) - Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2007.

AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. *Responsabilidade dos hospitais e operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-22042013-143114/pt-br.php. Acessado em: 18.9.2015.

ASSAD, Alexandra. CANTINHO, Fernando Antônio de Freitas. CAVALCANTI, Ismar Lima (Eds.). *Medicina Perioperatória*. Rio de Janeiro: Sociedade de Anestesiologia do Estado do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.saj.med.br/uploaded/File/novos_artigos/112.pdf. Acessado em: 17.9.2015.

BADER, Barry S. Red Rules for Boards. *Great Boards,* v. 7, n. 2, p. 1-4, summer 2007.

BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 10, n. 38, p. 271-279, abr.-jun. 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità penale e civile del medico.* Padova: CEDAM, 2006.

BOTTI, Sérgio Henrique de Oliveira. REGO, Sérgio. Preceptor, supervisor, tutor e mentor: quais são seus papéis?. *Revista brasileira de educação médica,* v.32, n.3, p. 363-373, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbem/v32n3/v32n3a11.pdf. Acessado em: 13.1.2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugenio. *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, p. 109-134, 2011.

BOYSEN, Philip. G. Just Culture: A Foundation for Balanced Accountability and Patient Safety. *The Ochsen Journal*, n. 13, p. 400-406, 2013.

BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 3, p. 371-409, jul.-set. 2002.

BRYCE, Cindy L., GRABER, Mark L., McDONALD, Kathryn M. The patient is in: patient involvement strategies for diagnostic error mitigation. *British Medical Journal Qual Saf*, n. 22, ii33-ii39, 2013.

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

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminal compliance e ética empresarial:* novos desafios do direito penal econômico. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. A autonomia do médico e do paciente no atual Código de Ética Médica. In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 637-655, 2014.
_____. OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro. Os laudos periciais nas ações judiciais por erro médico: uma análise crítica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 105, p. 319-354, jan.-dez. 2010.
_____. SCAPIN, Andreia Cristina. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, n. 108, p. 245-268, jan.-dez. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
_____. *Curso de Direito Penal* – parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* São Paulo: Pillares, 2009.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2007.

CHAPMAN, Chris. Dispensing errors: a criminal mistake?. *Chemist & Druggist*, n. 8, 2009. Disponível em: http://www.chemistanddruggist.co.uk/content/dispensing-errors-criminal-mistake. Acessado em: 8.10.2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2013*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/jncompleto2012v2.7z. Acessado em: 14.7.2014.

CREMESP. *O médico e a justiça*: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.
_____. *Novo Código de Ética Médica*.São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. MARCHIONI, Guilherme Lobo. Compliance Ambiental: Novos Caminhos no Direito Penal?. In: IX Jornada Luso Brasileira de Direito do Ambiente. *Anais da IX Jornada Luso Brasileira de Direito do Ambiente*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 1, p.60-70, 2012.

COUTINHO, Luiz Augusto. Homicídio culposo – médico – inexistência de nexo causal entre a conduta do agente e a causa da morte – trancamento da ação penal [Jurisprudência comentada]. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 62-74, abr.-mai. 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, p. 809-854, 2003.

DA COSTA JUNIOR, Paulo José. GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. NINNO, Wilson. *Código Penal* – Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. V. II.
DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE MORAES, Maurício Zanoide. Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, v. 101, p. 403-430, jan.-dez. 2006.

DEKKER, Sidney W. A. Independent: Discontinuity and Disaster: Gaps and the Negotiation of Culpability in Medication Delivery. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, n. 35, p. 463-470, 1.10.2007.
_____ HUGH, Thomas B. A just culture after Mid Staffordshire. *BMJ Quality & Safety*, v. 23, n. 5, p. 356-358, may 2014.

_____. LEVESON, Nancy G. The systems approach to medicine: controversy and misconceptions. *BMJ Quality & Safety*, v. 24, n. 1, p. 7-8, jan. 2015.
_____. _____. The bad apple theory won't work: response to 'Challenging the systems approach: why adverse event rates are not improving' by Dr Levitt. *BMJ Quality & Safety*, v. 23, n. 12, p. 1050-1051, dez. 2014.

DELMANTO, Celso. *Et. al*. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI LANDRO, Andrea Rocco. Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'equipe. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. 18, n.1-2, p. 225-272, jan.-jun. 2005.

FERNANDES, Márcia Santana. GOLDIM, José Roberto. A atividade médica em situações de final de vida e de terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 397-412, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da Doutrina Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
_____.O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica. *Ciência Penal,* Rio de Janeiro, v.2, n.1, p. 10-23, 1975.
_____. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.12, n.48, p. 62-81, mai.-jun. 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* – Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. IV.
_____. *Lições de Direito Penal* – Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

GALHARDES, Maria de Fátima. Negligência médica no código penal revisto. *Sub Judice*: *Justiça e Sociedade*, Coimbra, n. 11, p. 163-167, jan.-jun. 1996.

GAVIN, R. J. Drug errors: consequences, mechanisms, and avoidance. *British Journal of Anaesthesia,* v. 105, n. 1, p. 76-80, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 5, n. 17, p. 32-74, jan.-mar. 1997.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance* – A excelência na Prática. São Paulo, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais,* v. 2, n. 2, p. 5-28, jan.-jun. 2005.

GRISSINGER, Matthew. Some Red Rules Shouldn't Rule In Hospitals. *P&T*, v. 37, n. 1, p. 4-5, jan. 2012. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3278189/pdf/ptj3701004.pdf. Acessado em: 8.10.2015.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad* – Bases para uma teoria de la imputación em derecho penal. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 1999.

HÉBERT, Philip C. LEVIN, Alex V. ROBERTSON, Gerald. Bioethics for clinicians: 23. Disclosure of medical error. *Canadian Medical Association Journal,* v. 164, n. 4, p. 509-513, 20 fev. 2001.

HOFFMAN, Barbara. ROHE, Julia. Patient Safety and Error Management: What Causes Adverse Events and How Can They Be Prevented?. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 107, n. 6, p. 92-99, 2010.

HOLLNAGEL, Erik. *Barriers and Accident Analysis*. Reino Unido: Ashgate, 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

JACOBSON, L. *et. al*. Error and safety in primary care: no clear boundaries. *Family Practice,* v. 20, n. 3, p. 237-241, 2003.

JUNGES, José Roque. CREMONESE, Cleber. *Et al*. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. *Revista Bioética*, Brasília, v.18, n.2, p. 275-288, nov. 2010. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/564/537. Acessado em: 21.4.2015.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KOHN, Linda T. CORRIGAN, Janet M. DONALDSON, Molla S. *To err is human:* Building a Safer Health System. Washington D.C.: National Academy Press, 2000.

KUHLEN, Lotar. Questiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina *et al* (Eds). *Compliance y Teoría del Derecho Penal.* Buenos Aires: Marcial Pons, p. 51-76, 2013.

LEAL, João José. Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal. *Bioética*, v. 2, n. 2, p. 151-163, 1994.

LOBATO, José Danilo Tavares. PAULINO, Hélder Lacerda. Notas críticas acerca da relação entre *criminal compliance* e *whistleblowing*. *Boletim do IBCCrim*, p. 4-5, n. 275, out. 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Rideel, 1995. v. IV.

MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Fundamentos do compliance criminal*: da sociedade de risco às normas anticorrupção. Dissertação (Especialização em Direito Penal) – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARINOFF, Lou. *Mais Platão, menos Prozac*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MARQUARDT, Marcelo. PRATES, Núria Derviche Prates. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. *J Vasc Br*, v. 2, n. 3, p. 241-247, 2003. Disponível em: http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-241.pdf. Acessado em: 25.9.2015.

MARTINS-COSTA, Sérgio Hofmeister. MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Relação de nexo causal e erro médico. In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 678-686, 2014.

MASSOUD, M. Rashad. Advances in Quality Improvement: Principles and Framework. *QA Brief -The Quality Assurance Project's Information Outlet*, v. 9, n. 1, p. 1-5, 2001. Disponível em: http://www.smbs.buffalo.edu/GME/pdf/Advances_in_Quality_Improvement.pdf. Acessado em: 20.1.2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema Penitenciário no Brasil dados consolidados*. Departamento Penitenciário Nacional, 2008. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={3B16E3BF-B16F-4AE2-8BA5-5169E9DD61E3}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}. Acessado em: 9.1.2015.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* – Parte General. Barcelona: PPU, 1990.
_____. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad em derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciências penales,* Madrid, v. 47, n. 1, p. 5-28, jan.-abr. 1994.
_____. Sobre el consentimiento imprudente: comentário a la STS de 17 de julio de 1990. *Anuario de derecho penal y ciências penales,* Madrid, v. 44, n. 1, p. 259-267, jan.-abr. 1991.
_____. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 13, n. 56, p. 173-201, set.-out. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

MORREI, E. Haavi. Medical errors: pinning the blame versus blaming the system. In: SHARPE, Virginia A. (eds.). *Accountability:* Patient Safety and Policy Reform. Washington, D. C.: Georgetown University Press, p. 213-232, 2004.

NAHQ (National Association for Healthcare Quality). *Call to action*: Safeguarding the Integrity of Healthcare Quality and Safety Systems. Estados Unidos, 2012. Disponível em: http://www.nahq.org/uploads/NAHQ_call_to_action_FINAL.pdf. Acessado em: 8.10.2015.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumprimento normativo em el derecho penal. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina *et al* (Eds). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Buenos Aires: Marcial Pons, p. 21-49, 2013.

OLIVEIRA, William Terra de. Lei n. 9434/97: os transplantes e a polêmica sobre seus aspectos constitucionais e penais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.52, p. 10-11, mar. 1997.

PAVAO, Ana Luiza Braz *et al*. Estudo de incidência de eventos adversos hospitalares, Rio de Janeiro, Brasil: avaliação da qualidade do prontuário do paciente. *Revista brasileira de epidemiologia*, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 651-661, dez. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2011000400012&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 3.7.2014.

PITHAN, Lívia Haygert. O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 56, p. 87-92, jan.-mar. 2012. Disponível em: http://www.amrigs.com.br/revista/56-1/0000095683-17_1000.pdf. Acessado em: 19.9.2015.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing:* uma aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REASON, James. *Human error*. New York: Cambridge University Press, 1990.
_____. Human error: models and management. *British Medical Journal*, London, n. 320, p. 768-770, 2000.
_____. Combating omission errors through task analysis and good reminders. *Qual Saf Health Care*, n. 11, p. 40-44, 2002.
_____. Understanding adverse events: human factors. *Qual Health Care,* n. 4, p. 80-89. 1995.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. II.
_____. CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no Direito Penal Brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 2, n. 3, p. 81-110, 2005.

ROUTLEDGE, Philip A. Safe prescribing: a titanic challenge. *British Journal of Clinical Pharmacology*, v. 74, n. 4, p. 678-684, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte General. Madrid: Civitas, 1997.
_____. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 38, v. 10, p. 11-31, 2002.
_____. Ingerencia e imputación objetiva. *Revista Penal,* Valência, n. 19, p. 152-161, jan. 2007.
_____. Finalidad e imputación objetiva. *Cuadernos de política criminal,* Madrid, n. 40, p. 131-146, 1990.

SCARDAMALIA, Marlene. Collective cognitive responsibility for the advancement of knowledge. In: SMITH, B. (Ed.). *Liberal Education in a Knowledge Society*, Chicago: Open Court, p. 67-98, 2002.

SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. A responsabilidade penal por erro médico. *Revista Jurídica da FURB*, n. 3, p. 51-64, jun. 1998.

SCHREIBER, Simone. Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico. *Revista da AJUFE,* Brasília, v. 19, n. 63, p. 309-328, jan.-jun. 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones funtamentales, Madrid: Technos, p.143-178, 1991.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Fábia Gama *et.al*. A Qualidade dos Prontuários Relacionada ao Perfil dos Processos Ético-Profissionais. *Gazeta Médica da Bahia*, p. 11-18, jan.-jul. 2007.
_____. TAVARES-NETO, José. Avaliação dos prontuários médicos de hospitais de ensino do Brasil. *Revista brasileira de educação médica*, v. 31, n.2, p. 113-126, 2007.

SILVA AYRES, Carlos Henrique da. Programas de *compliance* no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. *Revista do Advogado*, v. 43, n. 125, p. 42-50, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
_____. Libertad de terapia y responsabilidad penal del medico. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal,* Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 171-207, 2001.
_____. Aspectos de la comission por omission: fundamento y formas de intervencion. El ejemplo del funcionario penitenciário. *Cuadernos de política criminal,* Madrid, n. 38, p. 367-404, 1989.
_____. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudência de medico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo. *Revista Peruana de Ciencias penales,* Lima, v. 2, n. 3, p. 197-228, jan.-jun. 1994.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
_____. _____. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 56, 2012.

SOTO NIETO, Francisco. Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 2, n. 46/11, p. 895-904, 17 de dezembro de 1995.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 4, n. 15, p. 125-157, jul.-set. 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Marco general para delimitar la responsabilidade médica: sinopses de la teoria del delito. In: BUERES, Alberto J.. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. VANNELLI-VIEL, Renato Luis (Colab.). *Responsabilidad medica*: aspectos civiles y penales. Buenos Aires: Hammurabi, p. 142-146, 2009.
_____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Sites consultados:

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=21. Acessado em: 9.7.2014.

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=22. Acessado em: 10.7.2014.
http://www.ethics.org/resource/federal-sentencing-guidelines. Acessado em: 7.1.2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. Acessado em: 12.1.2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acessado em: 19.4.2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acessado em: 11.5.2015.

https://psnet.ahrq.gov/perspectives/perspective/145. Acessado em: 6.10.2015.

http://www.conjur.com.br/2010-mar-07/classificar-crime-medicos-responsaveis-morte-feto. Acessado em: 8.10.2015.

http://www.projetodiretrizes.org.br/ans/diretrizes.html.Acessado em: 12.01.2016.

http://www.projetodiretrizes.org.br/amb.php. Acessado em: 12.01.2016.

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1989/23090_1989.htm. Acessado em: 13.1.2016.

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2002/13_2002.htm. Acessado em: 13.1.2016.

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&buscaEfetuada=true&pareceresUf=&pareceresNu

mero=23&pareceresAno=2015&pareceresAssunto=&pareceresTexto=#buscaPareceres. Acessado em: 13.1.2016.

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AB53CD89DE60B845970C347202127155.proposicoesWeb2?codteor=1425565&filename=PL+4156/2015. Acessado em: 13.1.2016.