

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND**

**NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA À LUZ DO DIREITO PENAL  
MÉDICO**

**GUSTAVO RODRIGUES BARBOSA DOS SANTOS**

**Rio de Janeiro**

**2024**

**GUSTAVO RODRIGUES BARBOSA DOS SANTOS**

**NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA À LUZ DO DIREITO PENAL  
MÉDICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins.**

**Rio de Janeiro  
2024**

## CIP - Catalogação na Publicação

S237n Santos, Gustavo Rodrigues Barbosa dos  
NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA À LUZ DO  
DIREITO PENAL MÉDICO / Gustavo Rodrigues Barbosa dos  
Santos. -- Rio de Janeiro, 2024.  
58 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Direito. 2. culpa. 3. erro médico. 4.  
responsabilidade. 5. médico. I. Martins, Antonio  
José Teixeira , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**GUSTAVO RODRIGUES BARBOSA DOS SANTOS**

**A NEGLIGÊNCIA, A IMPRUDÊNCIA E A IMPERÍCIA À LUZ DO DIREITO  
PENAL MÉDICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins.**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_.

Orientador

\_\_\_\_\_.

Membro da Banca

\_\_\_\_\_.

Membro da Banca

\_\_\_\_\_.

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2024**

## AGRADECIMENTOS

A minha mãe, dedico essas primeiras linhas e esse espaço, não poderia ser dedicado a outra pessoa. Ela é a minha primeira e mais segura rede de apoio. Aos seus esforços que sempre foram direcionados ao meu bem. Não tenho como agradecer por todo o seu empenho, por lutar incansavelmente pela continuidade da minha educação e por simplesmente ter fé em mim, mesmo quando eu não acreditava no meu potencial. Às vezes só precisamos de alguém que acredite em nós e diga que tudo vai ficar bem, essa pessoa é você mãe. A sua coragem, apoio e dedicação, me ajudaram a continuar e obrigado por chegar até aqui comigo, nesse momento e a conclusão de um sonho. Sonho esse que não era só meu, mas nosso e conseguimos mãe, alcançamos esse sonho que era tão distante, que foi cursar a graduação em direito na Faculdade Nacional de Direito e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Ao meu pai e à minha irmã, que viram minha jornada de estudos antes do ENEM, em que eu estudava até tarde da noite. Obrigado por me consolarem e acreditarem em mim, cada um à sua própria maneira. Muito obrigado, a minha irmã, por ter ido comigo fazer a matrícula na cidade universitária comigo e acreditar em mim, quando eu mesmo não acreditava que havia passado no vestibular.

Ao Felipe, obrigado, por ter me acolhido em momentos de vulnerabilidade emocional e ter me ajudado a não desmoronar, eu serei eternamente grato, muito obrigado! A Armanda, que pediu que não chamasse de Dona Armanda novamente, e ao Sr. Francisco, muito obrigado por me apoiarem e por me ensinarem a ser forte. A Tia Cida, que ignora o fato que eu não danço muito bem, mas sempre me chama para dançar e torna a vida mais leve com seu humor.

A Dr<sup>a</sup>. Eneida, que proporcionou o melhor estágio que um aluno em graduação poderia ter, foram dois anos de estágio na Advocacia Geral da União e foram muito felizes, mesmo em um tempo em que a pandemia de Covid-19 aterrorizava o mundo, trazendo insegurança e tristeza ao cotidiano. Muito obrigado, por acreditar em mim e por tornar esses dias mais fáceis!

A Dr<sup>a</sup>. Cristiane Xavier, que me acolheu na Defensoria Pública, no núcleo de direitos humanos e acreditou em mim, seu trabalho, esforço e dedicação a população em situação de vulnerabilidade social, é uma das experiências mais bonitas que já tive na vida. A Gabi, que também conheci na defensoria e sempre foi uma grande amiga, mesmo quando estava extremamente atarefada sempre estava disposta a ajudar. Ao Alexandre, que foi um dos meus melhores amigos durante o estágio na Defensoria Pública.

Agradeço a Faculdade Nacional de Direito, aos funcionários e aos professores, que mesmo com as dificuldades que o ensino público convive, tem o orgulho de fazer parte dessa magnífica instituição, que marca permanentemente a vida dos que dela fazem parte. Ainda me lembro de passar em frente da faculdade e dizer que também faria parte dela. Independente do venha a ocorrer no futuro, sempre serei parte da FND, meu nome sempre estará na lista dos alunos, sempre serei um filho da Faculdade Nacional de Direito e da UFRJ, também conhecida como Minerva, para os mais íntimos. Portanto, a FND e a UFRJ que sempre vão carregar um pedacinho de mim em sua história e eu sempre carregarei um pedacinho da FND e da UFRJ comigo na minha trajetória de vida.

Gostaria de agradecer especialmente ao Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins, que aceitou ser meu orientador, sua erudição, bom humor e simplicidade encantam todos os que têm a oportunidade de conhecê-lo.

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo compreender, por meio do método de revisão bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial, a responsabilização do profissional médico em sede penal. Tal profissional habilitado atualmente responde por suas falhas em certas modalidades da culpa, estabelecidas na legislação contemporânea. Destarte, haverá a atenção à falha do exercício regular das funções do profissional médico, a qual é tipificada em normas penais vigentes e a depender dos graus da falha, tais atos tem a capacidade de causar danos temporários ou permanentes para o paciente. Nesta mesma seara a culpabilidade apresentada pelo Código Penal, é prevista nos termos do artigo 18, inciso II, prescrita enquanto imprudência, negligência e imperícia. Ademais, esse profissional da saúde em específico, pode ter suas ações caracterizadas enquanto dolo, neste caso há presença do elemento subjetivo da vontade do agente, o qual será fundamental para a distinção entre culpa e dolo, dos atos praticados pelo profissional da saúde. Portanto, a princípio, não é esperado que um profissional da área da saúde proceda em sua atuação para causar danos, pois o médico que pratica um crime no exercício das suas funções está sujeito às normas tipificadas no Código Penal Brasileiro, seja por ação, omissão ou culpa.

**Palavras-chave:** Direito; medicina; culpa; erro médico; responsabilidade penal do profissional médico.

## ABSTRACT

This monograph aims to understand, through the method of bibliographical review and jurisprudential research, the liability of medical professionals in criminal cases. Such qualified professionals are currently responsible for their failures in certain forms of guilt, established in contemporary legislation. Therefore, attention will be paid to the medical professional's failure to perform his or her duties regularly, which is typified in current criminal law and, depending on the degree of failure, such acts have the capacity to cause temporary or permanent harm to the patient. In this same area, the culpability presented by the Penal Code is provided for in the terms of article 18, item II, prescribed as imprudence, negligence and malpractice. Furthermore, this specific health professional may have his actions characterized as intent, in this case there is the presence of the subjective element of the agent's will, which will be fundamental for the distinction between guilt and intent, of the acts carried out by the health professional. Therefore, in principle, it is not expected that a healthcare professional will act to cause harm, as a doctor who commits a crime in the exercise of his duties is subject to the rules typified in the Brazilian Penal Code, whether by action or omission. or guilt.

**Keywords:** Law; medicine; fault; medical error; criminal liability of the medical professional.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**Art. - Artigo**

**CC - Código Civil Brasileiro**

**CEM - Código de Ética Médica**

**CF/88 - Constituição Federal Brasileira**

**CFM - Conselho Federal de Medicina**

**CNJ - Conselho Nacional de Justiça**

**CP - Código Penal Brasileiro**

**CRM - Conselho Regional de Medicina**

**HC - Habeas Corpus**

**STF - Supremo Tribunal Federal**

**STJ - Supremo Tribunal de Justiça**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1. CAPÍTULO I – DIREITO MÉDICO</b>	14
1.1 Direito Penal Médico, como área de conhecimento.	14
1.2 Bens Jurídicos Tutelados pelo Estado.	16
1.3 Proteção à Vida e Dignidade Humana.	18
1.4 Direitos do paciente.	23
1.5 Direito à Saúde.	26
1.6 Sistema Único de Saúde.	28
1.7 Exaustão do profissional pela carga horária de trabalho, burnout.	29
<b>2. CAPÍTULO II - Erro médico</b>	32
2.1 Teoria Geral do Delito.	33
2.2 Definição do Crime.	34
2.3 A tipicidade e o fato típico.	35
2.4 Atipicidade.	36
2.5 A antijuridicidade.	37
2.6 A culpabilidade.	39
2.7 Princípios Limitadores do Poder Punitivo do Estado.	40
2.8 Responsabilidade Penal Médica.	42
2.9 Imprudência médica.	43
2.10 Negligência médica.	44
2.11 Imperícia médica.	45
2.12 Omissão Médica.	46
<b>3. CAPÍTULO III – DADOS DOS TRIBUNAIS</b>	47
3.1 Alteração do termo “ERRO MÉDICO” pelo Conselho Nacional de Justiça.	47
3. 2 Reversão de Sentença por Erro Médico.	49
<b>CONCLUSÃO</b>	52



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, tem como título “Negligência, imprudência e imperícia à Luz do Direito Penal Médico”. Tal monografia tem por objetivo principal a investigação de erros na atividade do profissional médico e por consequência se tais erros subsumem à norma penal<sup>1</sup>, analisando especialmente a culpa do agente e o erro médico.

Para tal investigação, o trabalho apresentado, buscou trazer como objetivo secundário e de contextualização, sendo este a evolução ética da ciência médica, os direitos do paciente, os quais advêm da relação médico-paciente, bem como do código de ética médico.

Outrossim, ao longo do texto podemos compreender melhor o conceito de erro médico, para o código penal o termo é tratado como negligência, imprudência e imperícia. E ao prosseguir nessa busca nos deparamos com a ideia de responsabilidade penal do profissional médico.

Além disso, haverá uma breve consideração sobre a teoria do crime e o debate em si mesmo sobre o tema erro médico. Por fim, haverá a reflexão sobre o tema, após mudanças recentes do Conselho Nacional de Justiça, a pedido do Conselho Federal de Medicina<sup>2</sup>, sobre a nomenclatura do termo “erro médico”.

Em resposta a motivação do tema, tal assunto possui grande relevância nacional, especialmente no Brasil, que possui um amplo e complexo sistema de saúde. Tal sistema trata-se do Sistema Único de Saúde e é utilizado por expressiva parcela dos brasileiros<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019

<sup>2</sup> CREMERJ, “No entendimento do presidente do CREMERJ, Walter Palis, a correção terminológica está alinhada ao direito à ampla defesa e ao contraditório.” Disponível em: <<https://www.cremelj.org.br/informes/exibe/5943>>. Acesso em: 09/06/2024

<sup>3</sup> PAULA, Patrícia. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. Disponível em: <<https://bvsmms.saude.gov.br/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia/#:~:text=71>>

Entretanto, erros médicos também podem ocorrer em âmbito privado, portanto, nesse trabalho haverá também uma breve análise sobre a relação do sistema público e privado de saúde. Outro aspecto que podemos citar é a crescente demanda de casos judiciais<sup>4</sup>, que tem por objeto o erro médico e atividade médica como um todo.

O presente trabalho de conclusão monográfico não pretende esgotar o tema do direito penal médico e tão pouco visa abordá-lo em sua totalidade. Pois o campo de pesquisa e atuação o direito médico está em constante expansão.

Por isso, tal monografia visa a investigação por meio do método de revisão bibliográfica do tema, demonstrar o debate sobre questões legais, doutrinárias, penais e a existência de erro médico.

A estrutura do presente trabalho de conclusão foi elaborada da seguinte forma, em primeiro lugar o resumo, contendo de forma breve os principais aspectos do tema; em segundo lugar a introdução, nela podemos entender do que se trata o trabalho, contendo a dissertação sobre os objetivos, metodologia (revisão bibliográfica) e estrutura do texto; em terceiro lugar, este trabalho é formado por três capítulos, sendo eles: “Direito Médico; Erro Médico e Dados dos Tribunais”; e por último a própria conclusão do trabalho e em sequência a referência bibliográfica que apoiou e alimentou as ideias contidas nesta monografia.

No primeiro capítulo “Direito Penal Médico”, somos introduzidos ao campo de conhecimento do direito médico, seguindo para uma breve consideração sobre os “Bens Jurídicos Tutelados Pelo Estado”, nesse contexto há ainda a abordagem da questão primordial ao direito médico, que é a “Proteção à Vida e a Dignidade Humana”. Tais questionamentos nos levam a pensar sobre os “Direitos do Paciente”, encadeados ao “Direito à Saúde” e ao “Sistema Único de Saúde”.

---

%25%20dos%20brasileiros%20t%C3%AAm%20os,Biblioteca%20Virtual%20em%20Sa%C3%BAde%20MS>. Acesso em: 09/06/2024

<sup>4</sup> DUARTE, Deborah. **Direito à Saúde: aumento de mais de 63% nos atendimentos do Nudesa**. Disponível em: <<https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/direito-a-saude-aumento-de-mais-de-63-nos-atendimentos-do-nudesa/>>. Acesso em: 09/06/2024.

Outro ponto importante, é sobre a relação do trabalho e a exaustão da pessoa, que atualmente vem ganhando grande destaque e que será brevemente abordado neste trabalho, ou seja, a “exaustão do profissional pela carga horária de trabalho, burnout<sup>5</sup>”.

Portanto, nesse primeiro capítulo vamos questionar ligeiramente a relação entre o direito e a ciência médica, que são áreas do conhecimento humano que impactam direta ou indiretamente a vida de seus assistidos. Destarte, exercem certa influência sobre a vida cotidiana das pessoas, tuteladas sob a luz da dinâmica dos profissionais habilitados para o exercício da função.

Dessa maneira a vida humana e suas extensões, são tidas como um ponto de partida em comum entre o direito e a medicina, duas áreas de conhecimento. Havendo, a todo momento, a possibilidade dos profissionais médicos serem confrontados com questões jurídicas acerca da sua atuação laboral cotidiana.

Ademais, o segundo capítulo tratará do “Erro Médico<sup>6</sup>” e serão abordados temas como os “Princípios Limitadores do Poder Punitivo do Estado”, sem os quais o nenhum Estado dito democrático deve deixar de seguir. A teoria geral do crime, em que para determinar se tal delito será imputado ou não, deverá passar pelo crivo do ato cometido é típico, ilícito e culpável. Apresentando questões relacionadas ao erro médico, como negligência, imprudência e imperícia.

Contudo, para “não” incorrer em tais atos passíveis de punibilidade, o profissional deve sempre estar atento aos estatutos, normas e princípios que regem a Medicina. Além do que, visitaremos questões relacionadas à teoria geral do crime.

Em suma, o presente trabalho tratará da negligência, imprudência e imperícia, não deixando de abordar brevemente o instituto da responsabilidade jurídica penal do médico.

---

<sup>5</sup> MAGALHÃES, Andrea. **Setembro Amarelo: os impactos da Síndrome de Burnout no ambiente de trabalho**. Disponível em: <https://tst.jus.br/-/setembro-amarelo-os-impactos-da-s%C3%ADndrome-de-burnout-no-ambiente-de-trabalho>>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>6</sup> Ibidem.

Pois tal atividade envolve uma série de riscos que podem afetar valores, a vida e a integridade física das pessoas, havendo portanto a necessidade da proteção da pessoa por parte do Estado.

No terceiro capítulo, intitulado como “Dados dos Tribunais”, será tratado o aumento do número de processos por erro médico, nos últimos anos, com base nos dados do CNJ, com espaço breve para reflexão sobre a transparência dos dados e sua categorização. Tal questionamento, sobre a correta apuração de dados e termos, foi levantada pelo Conselho Federal de Medicina, que questionou o CNJ sobre o uso do termo “Erro Médico”, o qual foi até o momento suspenso, pois outras categorias, como odontologia ou outras profissões da área da saúde, passaram a integrar o termo “erro médico” nos tribunais.

O questionamento e a suspensão do termo pelo Conselho Nacional de Justiça, também abre espaço para um lacuna gerada nos tribunais, bem como a necessidade de atualizar a doutrina atual.

Em conclusão e para a compreensão deste trabalho apresentado, vamos discorrer sobre a responsabilidade penal em face do erro médico. Buscando inicialmente apresentar e introduzir o leitor ao campo de pesquisa do do direito médico. Posteriormente, iremos considerar a avaliação dos elementos da culpa e dolo.

Nesse mesmo sentido, será ressaltado a situação atual de dados do Conselho Nacional de Justiça sobre processos, contendo como objeto de análise o erro médico, ponderando por fim a suspensão do termo “erro médico” e a lacuna doutrinária ou jurisprudencial que tal lacuna pode vir a gerar.

## 1. CAPÍTULO I – DIREITO MÉDICO

### 1.1 Direito Penal Médico, como área de conhecimento.

O direito e a ciência médica são áreas do conhecimento humano que possuem copiosos meios de atuação, as quais são aplicadas aos pacientes assistidos em cada caso. Além disso, exercem certa influência sobre a vida cotidiana das pessoas, tuteladas sob a luz da dinâmica dos profissionais habilitados para o exercício da função. Para tanto, devemos entender que a vida humana e suas extensões, são tidas como um ponto de partida em comum, para as duas áreas de conhecimento. Havendo, a todo momento, a possibilidade dos profissionais médicos serem confrontados com questões jurídicas acerca da sua atuação laboral cotidiana. Para Erick Hilgendorf, a conexão entre essas duas áreas se deve em função das necessidades do homem, como podemos observar a seguir:

“Um outro traço comum entre a medicina e o direito é a orientação humana. As duas disciplinas são diretamente voltadas às necessidades do homem. A medicina está em uma relação estreita com as ciências naturais, especialmente com a biologia humana, e é, por isso, uma ciência natural aplicada. À ciência jurídica, ao contrário, acentua tradicionalmente sua autonomia metodológica. (HILGENDORF,2019).”

Destarte, toda intervenção médica na saúde do paciente, deve pressupor o conhecimento adequado do profissional, a sua habilitação para tal intervenção e o domínio integral dos meios de garantia à vida.

Diante do exposto, é provável que a primeira indagação que surge ao pensar sobre a atuação desses profissionais é a integridade corporal do paciente, a qual pode ser violada ao mero erro procedimental.

Em face disso e a depender do consentimento do paciente<sup>7</sup>, junto ao profissional médico, diversos procedimentos podem ser realizados pela extensão corporal do indivíduo.

---

<sup>7</sup> LOUZADA, Lívia Cardoso. "A responsabilização penal do médico por lesão corporal diante de intervenções médicas arbitrárias." Instituto de Ciências Penais, 2021. Acesso em: ...; Disponível em: <<https://www.icp.org.br/Jovem/ComaPalavra/38>>

Outro fator também é o dever médico sobre o sigilo do prontuário<sup>8</sup>, o qual poderá vir ao conhecimento do público comum com a autorização do paciente, por quem a ele responder ou casos previstos em lei. Portanto, para a atuação do profissional é pressuposto que este detenha o conhecimento técnico, ético e jurídico das regras as quais sua intervenção pode estar penalmente tutelada e passível de responsabilização penal.

Outrossim, o panorama geral do direito penal médico é a responsabilização dos que exercem a medicina, em caso de erro, não sendo, portanto, exclusividade apenas dos tempos contemporâneos.

Na Grécia antiga, podemos claramente notar que houveram inovações éticas, promovidas por estudiosos, como é o caso de Hipócrates<sup>9</sup> e o seu juramento. Tal o qual, até os dias atuais é visto como uma das bases éticas da medicina e por gravitação, torna-se fonte do direito penal médico tradicional<sup>10</sup>. Entretanto, outros aspectos históricos podem ser citados, como por exemplo na história alemã, o *Codex Criminalis Carolina* de 1532, trouxe a possibilidade do homicídio por negligência ou imperícia. Ademais, devemos refletir nesse estudo sobre o código penal brasileiro atual, que possui normas positivadas as quais a depender da significância e evolução do erro médico podem vir a ocorrer, tal como lesão corporal culposa<sup>11</sup>, homicídio culposo, o aborto, omissão de socorro, entre outros.

---

<sup>8</sup> Para tanto, editou a Resolução CFM 1.605/2000:

“Art. 1º – O médico *não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.*” Acesso em ...; Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2000/1605>>

<sup>9</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 11 ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 33

<sup>10</sup> **Art. 129.** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.720, de 2012). Acesso em ...; Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

<sup>11</sup> **Art. 121.** Matar alguém:

§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003). Acesso em ...; Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

Como exposto acima, o juramento de Hipócrates pode ser avaliado como uma das fontes do direito penal médico<sup>12</sup>. Este nome foi incorporado ao juramento, pois recebeu o nome do médico grego Hipócrates.

O juramento possui diversos pontos de análise, entretanto, podemos compreender certos princípios, tais como o dever do médico de não causar danos, a relação entre professor e aluno, bem como marca o rito de passagem do estudante ao profissional. Há ainda a orientação ética de proibição ao abuso de poder médico, do homicídio e demais condutas ilícitas, bem como a necessidade da confidencialidade entre médico e paciente.

Em função desses fatores, devemos ter em mente que o paciente ao necessitar de atendimento muitas vezes encontra-se em estado de vulnerabilidade<sup>13</sup>. Nesses termos a vulnerabilidade pode ser observada em razão da saúde do paciente, por atuação medicamentosa, idade, incapacidade ou sofrimento, as quais impedem que o paciente tenha seu poder de discernimento e de escolha preservados.

Logo, sempre existe a possíveis traumas ou danos que venham a ocorrer durante o momento em que está sob observação médica<sup>14</sup>, como por exemplo a violência obstétrica<sup>15</sup>.

## 1.2 Bens Jurídicos Tutelados pelo Estado

---

<sup>12</sup> Na antiguidade grega, surgiu o juramento de Hipócrates (cerca de 400 a.C.), que até hoje é base dos padrões éticos da medicina e fonte essencial do Direito Penal da Medicina tradicional. Ele contém a chamada “regra de ouro da medicina”. HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

<sup>13</sup> “A doença, a incapacidade e o sofrimento são algumas das circunstâncias que conferem estado de vulnerabilidade, assim como as anteriores mencionadas, na infância e terceira idade e são condições que levam ao cuidado.” Torralba FR. **Antropologia del cuidar**. Madrid: Institut Borja de Bioética/Fundación Mapfre Medicina; 1998.

<sup>14</sup> DINIZ, Simone Grilo; DUARTE, Ana Cristina. **Parto normal ou cesárea?** São Paulo: UNESP, 2004, p. 47.

<sup>15</sup> ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; URIBE, Magaly Calderón; NADAL; Ana Hertzog Ramos; HABIGZANG, Luísa Fernanda. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA REVISÃO NARRATIVA**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil; 2017.

O bem jurídico é fundamental<sup>16</sup> no ramo da aplicação do direito, especialmente por constituir a base da interpretação dos tipos penais e o que se pretende tutelar, ou seja, o que é legalmente aceito, passível de proteção e sanção por parte do Estado.

Há necessidade teorizar sobre o bem jurídico<sup>17</sup>, pois o tipo penal em si mesmo não é o suficiente para justificar a criminalização de uma conduta. Para tanto, devemos pensar em sua função social, situações fáticas, acadêmicas e teleológicas da norma penal em si mesma, para justificar a sua aplicação. Outrossim, se tal norma não possui tal fundamento, essa mesma não irá corresponder às expectativas da sociedade e nem ao menos sua função sistemática, a qual está vinculada diretamente a sua aplicação.

Portanto, ao compreender tais dimensões expressas em lei, devemos seguir parâmetros fundamentais e preceitos penais, os quais são utilizados em caso de conflito de valorações. Não é raro que questões morais, pessoais ou do ponto de vista fático do julgador influenciem na tomada de uma decisão. Tendo vista uma sociedade plural, como é o caso da república democrática brasileira. Há necessidade de balizamento legal para a tomada de decisões pelo julgador. Desse modo a doutrina e juristas vão trazer diferentes interpretações do que é o bem jurídico<sup>18</sup>.

Nesse mesmo sentido, preceitua Bitencourt, “o conceito de bem jurídico<sup>19</sup> somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX (Bitencourt, 2023)”. Ademais, podemos observar que o conceito em si, sofreu diversas mudanças e foi revisitado por vários pensadores ao longo da história, vejamos:

“Diante da concepção dos Iluministas, que definiam o fato punível como lesão aos direitos subjetivos, Feuerbech sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objetivo de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como estado valorado pelo legislador. Von Listz, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do direito subjetivo para o interesse juridicamente protegido, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Listz viu nele um conceito central da estrutura do delito. Como afirmou Mezger, “existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a

---

<sup>16</sup> Bitencourt, Cezar Roberto Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 - 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2016.Pgs. 55 e 56.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem

lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico. (Tratado de Direito Penal Cezar Roberto Bitencourt , 2023)”

Por conseguinte, atualmente, quando pensamos na teoria do delito ou do crime, devemos pensar o que é o tipo penal em lei e como esse deve ser analisado. Tal norma deve ser admitida em razão dos fundamentos que constituem o sentido material e acontecimento fático do injusto? A resposta não é tão simples quanto aparenta ser, mas a doutrina majoritária penal entende que o tipo penal deve ser claro e objetivo ao identificar o conteúdo material que o legislador quis expressar em lei<sup>20</sup>.

Em desenredo, o conceito de bem jurídico<sup>21</sup> está relacionado e enraizado com a idealização de uma sociedade livre, pacífica, que valoriza a defesa de direitos e garantias individuais para a coexistir de forma pacífica, assegurando a prevalência e a garantia da observação dos direitos humanos.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito, busca promover a criação de um consenso democrático, para definir o que seria o bem jurídico<sup>22</sup>, atuando institucionalmente por meio de seus representantes eleitos e outros extratos sociais, advindos da vontade normativa da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88).

Consequentemente, a criação e manutenção da proteção do conceito do bem jurídico<sup>23</sup> tutelado pelo Estado e pelo direito penal, denota um fundamento do direito penal que propõe segurança jurídica em torno da criação de novos tipos penais e dos já em vigor.

Isto posto, o critério do bem jurídico<sup>24</sup> deve ser utilizado como princípio norteador no Estado brasileiro voltado à interpretação do tipo penal. Visando a proteção de coisas essenciais ao pleno funcionamento do Estado.

### **1.3 Proteção à Vida e Dignidade Humana.**

---

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial. V2. 7. ed. ver atual. São Paulo: Saraiva. 2007, p 172.

<sup>21</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires, 1956. Pg. 05 e 06.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem.

A proteção à vida e a dignidade humana no Brasil são bens jurídicos<sup>25</sup> protegidos, inclusive, constitucionalmente expressos. A existência de direitos e garantias individuais, se justificam em um Estado que ainda há a necessidade do cidadão contestar o imenso poder que essa instituição possui.

Tais direitos também são relevantes para contrapor terceiros<sup>26</sup>, que podem agir contra a pessoa tutelada. Podemos ver que a vontade do legislador, foi justamente instaurar o princípio da igualdade entre as pessoas, pelo previsto no Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

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, (...). (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**).

Portanto, devemos compreender que os direitos e garantias individuais, bem como o Código Penal, devem ser seguidos à luz da Constituição e interpretados em favor da pessoa humana.

Nesse contexto, o direito à vida deve ser interpretado conforme o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Ao passo que, a vida é um direito inerente à dignidade humana e vice-versa. Desse modo, o Estado se propõe a proteger não só o direito à vida<sup>27</sup>, em seu sentido mais básico, mas também que suas extensões, como valores e particularidades.

O mais famoso caso presente em muitas doutrinas, é o caso do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco - CREMEPE, que debateu sobre a transfusão sanguínea às testemunhas de Jeová e a recusa por parte dessas pessoas.

---

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2001; p.50

<sup>27</sup> Ibidem

Nesse caso em específico a relatora foi Helena Maria Carneiro Leão, esse debate resultou na criação do Parecer nº 29/16. Tal parecer entendeu que ao negar a transfusão de sangue o paciente está na verdade exercendo o próprio direito à vida que entende como digna.

PARECER Nº29/16 PROCESSO CONSULTA Nº 30/16  
PROTOCOLO Nº 9303/16 INTERESSADO:A.B. dos S.ASSUNTO: Recusa de paciente Testemunha de Jeová em permitir a Transfusão sanguínea.  
RELATORA: Conselheira Helena Maria Carneiro Leão

O Caso Paciente adulto, consciente e orientado, encontra-se em tratamento no HCP (qual tipo de Câncer -diagnóstico), qual o prognóstico?, o estadiamento? Ou seja. Faltam várias informações para emitir o parecer do caso em tela. A evolução clínica, os diálogos com o paciente, os atores envolvidos no contexto clínico, etc.. ou seja precisamos ter uma real compreensão dos fatos sob pena de estarmos agindo preconceituosa e eticamente incorreta. Sem informações suficientes não tem como fazer um julgamento de valor. Mas mesmo sem conhecer o caso clínico na sua essência, segue abaixo a construção da análise ética. O Dilema de Ordem Moral A paciente recusa-se a receber hemotransfusão, pensamento contrário a equipe assistente; Conflito entre princípios: Autonomia do paciente X Beneficência Médica Análise Ética / Jurídica Situações clínicas envolvendo pessoas com convicção religiosa denominada TJ é bem frequente. Torna-se importante considerar vários aspectos de ordem ética, legal e clínico para as tomadas de decisões. Observa-se diante da recusa, à crença religiosa como fator de dignidade e de autonomia da vontade. Compreendendo o paciente como um ser de direitos, é plenamente compreensível e aceitável a manifestação da vontade diante de procedimentos que possam contrariar convicções, valores e crenças, inclusive procedimentos médicos. No caso do TJ recusar hemotransfusão, não pode ser entendida como uma ação suicida por parte do paciente. O paciente não pede para morrer, mas apenas se nega por sua fé em não receber hemoderivados em sua totalidade ou parcialidade. A liberdade de crença, como todas as liberdades constitucionais, desde que não prejudiquem a terceiros, não tolera nenhuma coação e não pode sofrer limitações. A tese de que há um conflito entre vida e liberdade

religiosa nessa situação é equivocada, pois trata-se de direitos de um mesmo titular, que não pretende dispor de nenhum deles. Na verdade, estamos diante do que Canotilho (1999, p. 1189-1191) chamou de “concorrência de direitos fundamentais”, que se dá “quando um comportamento do mesmo titular preenche os “pressupostos de fato” de vários direitos fundamentais”, e não de “colisão de direitos fundamentais”, em que “o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Fica evidente a inexistência de conflito de direitos fundamentais, primeiro porque o paciente não está dispondo de sua vida, na medida em que não quer morrer e aceita tratamentos alternativos; segundo porque está exercendo sua liberdade religiosa, sem que esse exercício atinja negativamente o direito fundamental de outrem; e terceiro porque, ao afirmar sua recusa, está a exercer o próprio direito à vida, o qual considera o ser humano como um todo, incluindo seus valores e sentimentos. Em consequência, não se deve falar em eleição de um dos direitos, mas sim em conjugação deles, norteando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Por outro lado, é dever o médico prestar-lhe todas as informações necessárias, propiciando-lhe o consentimento informado, para que possa decidir quais riscos pretende correr, se os da transfusão de sangue ou os do tratamento alternativo. O Código de Ética Médica é uma norma de orientação profissional e encontra-se no patamar das legislações

infraconstitucionais, sem contrariar o ordenamento maior, já o direito do paciente é um direito constitucional e, portanto, deve ser respeitado. A Resolução CFM 1.021/1980, atualmente em vigor, estabelece que: em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticar a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis. Notem que essa Resolução é de 1980, havendo um atraso cronológico importante no avanço da ciência médica no campo da hematologia. No Parecer CFM nº 12/14 afirma que A reivindicação das Testemunhas de Jeová, em parte atendida nos preceitos do parágrafo único do artigo 41 do CEM/2009, limita-se ao âmbito das transfusões de sangue no paciente adulto que possa exprimir sua vontade, nomear representante legal para fazê-lo ou que a tenha registrado em diretivas antecipadas, bem como, salvável mediante análise de caráter científico e juridicamente capaz. Capítulo V Código de Ética Médica -Relação com pacientes e familiares. É vedado ao médico: 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. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”. O artigo 15 do novo Código Civil estabelece: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002). Assim, quando um determinado tratamento ou terapia apresenta “risco de vida”, é necessário o consentimento do paciente, sob pena de afronta direta ao referido dispositivo legal, que está entre os direitos de personalidade.

Conclusões Considerando o que foi discutido e aprovado pela Câmara Técnica de Bioética passamos a conclusão a qual acatamos integralmente: Quando da indicação de transfusão sanguínea e componentes, deve o médico assistente ter conhecimento atualizado dos critérios técnicos e científicos. Deve considerar também a autonomia do paciente ou do seu responsável legal. Quando necessário e viável, deve solicitar a participação do hematologista para o acompanhamento e suporte hemoterápico. O amparo para o tratamento do indivíduo que necessita de transfusão de sangue e se recusa a recebê-la, está inserido no próprio Código de Ética Médica, desde que demonstrado realmente que a pessoa a ser tratada está em risco iminente de morte e que não exista outro tratamento alternativo eficaz. Do ponto de vista ético e administrativo, nenhum médico pode ser responsabilizado por não ter usado uma terapêutica recusada pelo paciente, pois não pode o médico fazer qualquer tratamento em paciente que se recuse a segui-lo, a exceção de risco iminente de morte segundo o Código de Ética Médica. Recomendações) Identificar o profissional da equipe que tenha mais habilidade e conhecimento dos valores de TJ para manter um diálogo permanente com a paciente; b) Se possível eleger um médico assistente que conduza o caso, evitando falas e orientações ambíguas quando existem vários profissionais envolvidos; c) Não submeter à transfusão se a paciente encontra-se lúcida e consciente e recusando o tratamento; d) Identificar alguém da família que possa ser uma ponte nesse diálogo com a paciente; e) Dá todo apoio emocional necessário a paciente para que a mesma não se sinta coagida; f) Registrar em prontuário toda a evolução das conversas; g) Elaborar o termo de consentimento de forma clara sem termos ambíguos h) Não descartar a possibilidade de identificar algum centro ou equipe que reúna condições de realizar esse tipo de tratamento sem sangue; i) Saber com a menor margem de incerteza possível o diagnóstico, estadiamento e prognóstico. Corroborar com o *Primum non nocere* j) Em caso comprovado de risco

iminente de morte evitável pela hemotransfusão como a única forma de tratamento, deve o médico seguir as orientações do CEM.

Conclusão Não deve haver uma disputa entre vontades divergentes, mas sim a busca de um justo meio por meio de deliberação, considerando fatos, deveres, valores e consequência. É o sopesamento desses pilares que vai sinalizar para o Curso de Ação Prudente. Um princípio da dignidade humana transcende o entendimento de ter que salvar uma vida a qualquer custo, partindo do princípio que a vida humana é biológica, mas também é biográfica e é simbólica. Que a dimensão humana vai além da sua capacidade orgânica. E a medicina tem como um de seus ditames cuidar o ser humano em sofrimento. Esse é o meu parecer, salve melhor juízo. Recife, 11 de outubro de 2016. Helena Carneiro Leão Conselheira Relatora. (PARECER Nº 29/19, CREMEPE).

Percebemos que o conceito de dignidade da pessoa humana abarca o ser humano em sua totalidade, evidenciando sentimentos, autodeterminação, liberdade e autonomia<sup>28</sup> sobre suas escolhas. O resultado dos debates, entende que dignidade humana prevalece<sup>29</sup>, em detrimento do instinto médico de salvar a vida do paciente.

Por conseguinte, o entendimento atual é de que o indivíduo possui autonomia<sup>30</sup> para fazer suas escolhas<sup>31</sup>. Para tanto, o sistema jurídico atual autoriza que questões relacionadas ao projeto e idealização de vida da pessoa, sejam consideradas, mesmo que resultem em riscos à integridade do indivíduo e portanto devem ser respeitadas.

Entretanto, tais escolhas não podem e nem devem ser entendidas enquanto renuncia à vida e tão pouco o profissional médico pode ser responsabilizado penal ou civilmente por tais atos, se houver recusa de tratamento. Tal opção é meramente valorada como existencial, é cabível se o paciente for legalmente capaz de toma-lá.

Todavia o paciente não pode ser submetido a tratamento de modo forçoso se assim a lei não permitir, ou seja, para realizar o tratamento mais indicado para o caso do indivíduo. Nesses casos, o profissional deve informar a situação de saúde em que a pessoa encontra-se e observar sua decisão esclarecida e consciente. Para tanto, a resolução do CFM

---

<sup>28</sup> SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 71.

<sup>29</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto." (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000).

<sup>30</sup> SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 71.

<sup>31</sup> O princípio da autonomia da vontade significa o poder que os sujeitos têm de estabelecer as normas que vão reger seus próprios comportamentos" (LOURENÇO, 2001, p. 16-17).

Nº 2.232/2019<sup>32</sup>, estabelece um marco para tais casos em que o paciente, “capaz, lúcido, orientado e consciente, tem o direito de recusar a terapêutica proposta pelo médico em tratamentos eletivos.”. Em suma, aos profissionais médicos, cabe informar ao paciente adulto, capaz, sobre seu estado de saúde, bem como os tratamentos disponíveis e os prejuízos em caso de negativa.

Cabendo ao paciente adulto e capaz, em sua escolha existencial legítima, fazer ou não o uso de certo tratamento médico, pois a imposição de tratamento forçado é inconstitucional e é ato lesivo ao direito à vida digna.

#### 1.4 Direitos do paciente.

Os direitos do paciente possuem sua existência fundamentada e resguardada na Constituição Federal de 1988, sendo dever do Estado garantir a saúde, bem como sua promoção.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 1988).

No Brasil, grande parte dos serviços são oferecidos no Sistema Único de Saúde, que dispõe de gratuidade e universalidade do atendimento, mesmo que seja prestado em parcerias público privadas em hospitais particulares, com convênio do SUS<sup>33</sup>.

Nesse sentido, os conselhos organizados de classes também formulam dispositivos legais, para nortear a atuação dos profissionais envolvidos.

Podemos entender como direitos dos pacientes (I) o direito ao atendimento, segundo o estado de saúde; (II) o tratamento e exames; (III) o sigilo profissional<sup>34</sup>; (IV) o

---

<sup>32</sup> A Resolução CFM nº 2232/2019, publicada em setembro do ano passado, permite ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, o direito de recusar a terapêutica proposta pelo médico em tratamentos eletivos.

<sup>33</sup> SANTOS, Lenir. **Participação privada no SUS chega a 85% em alguns serviços**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-fev-21/participacao-privada-no-sus-chega-hoje-a-85-em-alguns-servicos/>>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>34</sup> VELOSO, Genival. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 161.

acesso a medicamentos e a hospitais; (V) o acompanhamento por terceiro e (VI) a emissão de declarações pelas instituições de saúde, em que se encontrar.

Inicialmente o primeiro direito que podemos elencar é o “(I) direito ao atendimento”, para além do mero atendimento, há a necessidade de atendimento digno em respeito a dignidade da pessoa humana. O paciente, mesmo sem capacidade física ou de consciência, deve ser identificado pelo nome e sobrenome, possuindo o direito à identificação durante o atendimento, seja por documentos que porte consigo ou informações prestadas por pessoa responsável por ele. Já o profissional de saúde deve estar visivelmente identificado, possibilitando o reconhecimento de seu nome completo, função e cargo.

Como reconhecido pela constituição, toda pessoa tem o direito à saúde, sem distinção de raça, sexo, idade, condição social, nacionalidade, opinião política, religião ou por ser portador de qualquer doença infecto-contagiosa.

Em relação aos períodos festivos, feriados ou greves, o paciente tem o direito ao atendimento mantido, por se tratar de serviços essenciais e não podendo haver a recusa no atendimento.

“Artigo -XXV. 1 Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (Declaração Universal de Direitos Humanos.)”

Nesse mesmo sentido, o segundo direito que o paciente possui, é o “(II) o tratamento e exames”, direito a ter informações sobre seu estado de saúde e os tratamentos a que será submetido, bem como o seu diagnóstico, o qual poderá ser requisitado por meio de seu prontuário e histórico médico, enquanto estiver sob os cuidados médicos ou posteriormente.

Quando o paciente necessitar de transferência ou de continuidade de seu tratamento com outro profissional médico ou unidade de saúde, este terá direito a receber um laudo ou declaração médica, constando de forma clara e objetiva a sua situação de saúde.

Em relação ao terceiro direito, o paciente tem o direito ao “(III) o sigilo profissional”, no qual todas as informações referentes ao paciente e de conhecimento do

médico, possuem o respaldo do sigilo profissional<sup>35</sup>. O qual só poderá ser revelado e relativizado quando houver riscos à saúde pública, por exemplo, uma pandemia, por autorização do paciente, quando houver risco à saúde de terceiros ou por determinação judicial.

Em relação ao direito “(IV) acesso a medicamentos e a hospitais”; às investigações médicas em razão da saúde do paciente, temos como terceiro direito elencado, o direito à tratamentos e exames é direito dele permitir a conduta ou procedimentos terapêuticos a serem utilizados em seu corpo. Ademais, a retirada e doação de órgãos e tecidos deve ter o consentimento expresso do paciente.

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>, como que, foi decidido que o paciente tem direito de receber pelo SUS medicamentos básicos e de alto custo, necessários para a garantia da vida. Outro ponto sobre o acesso a tais medicamentos, é que cabe ao profissional médico a emissão de receitas legíveis, com carimbo contendo seu registro profissional e assinatura.

A pessoa tem direito à garantia da sua integridade física e segurança, em toda a extensão de hospitais e clínicas médicas, públicas ou privadas. Outrossim, cabe a unidade que seja assegurada a privacidade do paciente para sanar suas necessidades fisiológicas. Por fim, também deve ser assegurado o direito à alimentação e nutrição adequada, para a pronta recuperação do assistido, bem como a manutenção da higiene local e pessoal do paciente.

Em face dos direitos que o paciente tem, o sexto é o direito “(V) o acompanhamento por terceiro”, em casos de internações e consultas. Pois contribuirá para a recuperação e a saúde mental daquele que encontra-se sob cuidados de saúde, dentre os exemplos que podemos dar é no caso da parturiente, que possui o direito de ter a presença do pai durante o período que for necessário. Outro exemplo pertinente é da garantia do acompanhante ao idoso, o qual poderá assistir ou estar ao lado do idoso, a fim de garantir a

---

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quarta-feira que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS).

Disponível em:

[<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal.%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)>.>](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal.%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS)>.>)

prestação correta dos procedimentos de saúde, devida a classificação de vulnerabilidade em que o idoso possa ter.

“Art. 16. À pessoa idosa internada ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022).”

Segundo o Código de Ética Médica<sup>37</sup> (Resolução CFM 1.246/88); Cartilha dos Direitos do Paciente, da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo; e Associação das Vítimas de Erros Médicos (Avermes). Cabe aos hospitais, maternidades e clínicas a emissão de declaração constando o nascimento e parto<sup>38</sup> de bebês dentro de suas instalações, sendo este o direito “(VI) a emissão de declarações pelas instituições de saúde, em que se encontrar”.

Nesse mesmo sentido, os familiares são titulares de direito de serem informados sobre a morte do ente querido, bem como receber o atestado de óbito após o ocorrido, a menos que haja suspeita de morte violenta ou crime.

## 1.5 Direito à Saúde.

O direito à saúde é uma promessa constitucional, na qual há garantia à saúde a todos os cidadãos presentes em território nacional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prescreve que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Para tanto, o título da Constituição de 1988, “Da Ordem Social” e na “Seção II DA SAÚDE”, trata sobre o direito à saúde. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 1988)

---

<sup>37</sup> Resolução CFM 1.246/88; 1º - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza. Art. 2º - 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. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2020/09/1246\\_1988.pdf](https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2020/09/1246_1988.pdf)>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>38</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Recomendaciones de la OMS: cuidados durante el parto para una experiencia de parto positiva. Washington, D.C.: Organizacio'n Panamericana de la Salud; 2019, P. 155.

Entretanto, mesmo após 35 anos de Constituição, podemos compreender que a saúde brasileira ainda possui limitações e ainda não pode ser considerada uma norma totalmente efetivada nos termos da constituição. Entretanto, tal direito entende-se como fundamental é indispensável à vida e à cidadania, mas há recorrente demonstração de dados referentes a omissão ou ineficiência do poder público, para prestar tais serviços.

Nesse sentido, o direito à saúde é tido como um direito social e fundamental, determinado pelo poder de império do estado brasileiro, a fim de garantir a todos o direito de acesso à saúde. Portanto, o Estado, a respeito do imposto pela Constituição de 1988, deve atuar de forma positiva, promovendo políticas de saúde e a implementação de tais direitos.

Por consequência, quando não houver iniciativa do Poder Executivo ou Legislativo, cabe ao Judiciário o fortalecimento dos meios constitucionais e democráticos, para possibilitar o alcance de direitos, quando estes não forem espontaneamente cumpridos<sup>39</sup>. Podendo por meio de sua atuação permitir o acesso à justiça de pessoas vulneráveis, o cumprimento de decisões em que a saúde é objeto de análise e no caso de descumprimento, a implementação de multa, o bloqueio de verbas públicas para a realização do desejo constitucional ou até mesmo a responsabilização da pessoa responsável pelo imbróglio jurídico de violação de direitos.

No Brasil, na década de 90 surgiu uma das primeiras oportunidades para o paciente ser amparado pela justiça, como código de defesa do consumidor. Entretanto, o paciente precisava comprovar o dano e a produção de provas, bem como o conhecimento técnico para comprovar o erro médico<sup>40</sup>, era extremamente difícil. Após a edição deste diploma normativo, o ônus da prova ficou a cargo do médico e do hospital, com isso surgiram as primeiras associações de vítimas de erro médico<sup>41</sup>, em busca de justiça causados por profissionais da saúde.

---

<sup>39</sup> CARMIMURA, Lenir; MARCIEL, Mércia. **Constituição Federal determinou papel do CNJ na defesa dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/constituicao-federal-determinou-papel-do-cnj-na-defesa-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>40</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213-214.

<sup>41</sup> *Ibidem*

No Brasil, é crescente um ramo do direito dedicado exclusivamente ao direito médico, em especial ao direito médico penal, o qual começa a ser idealizado e pensado por doutrinadores, como Eric Hilgendorf. Entretanto, há demanda das vítimas de erro médico pela justiça, tal demanda vem crescendo e com ela os profissionais da advocacia que atuam na defesa das vítimas e réus. No Brasil já existem aproximadamente 20 cursos de pós-graduação presenciais em Direito Médico, dentre as instituições podemos citar a UERJ<sup>42</sup>.

Mesmo com a globalização e o acesso a internet, a doutrina sobre o assunto ainda é tímida, se comparada a outros ramos do direito, entretanto é muito mais fácil tomar conhecimento das decisões judiciais que possuem como objeto da lide o erro médico<sup>43</sup>.

## **1.6 Sistema Único de Saúde**

Como dito anteriormente, nossa Constituição Federal prevê a assistência de saúde em seu artigo 196 e como agente consolidador de saúde, o Estado. O Brasil possui o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual promove por meio do setor público a prestação de saúde. Mas há também o setor de saúde privado, o qual possui meios complementares ao SUS.

A gestão de saúde do Sistema Único de Saúde, tem como base e princípios uma rede de atendimento pública, universal e gratuita e outra privada, que atua em critério complementar. Contudo, com base no princípio da reserva do possível, o Estado em face de suas limitações e recursos escassos, utiliza serviços do setor privado para atender a população brasileira, nesse caso o setor privado atua sob o modelo de seguros, planos de saúde, hospitais, clínicas, laboratórios e áreas de consultório médico particular.

Tal situação é alvo de debate em toda a sociedade, em especial, daqueles que defendem a estrutura de saúde pública. Pois a contradição é posta ao ferir um dos princípios do sistema de saúde público, o qual é a universalização do atendimento. Além do mais que a estrutura atual do SUS, permite a transferência de recursos públicos para os planos de saúde privados, segundo a qual o ressarcimento deve ser prestado com ações voltadas a beneficiar os

---

<sup>42</sup> cursos de pós-graduação presenciais em Direito Médico, dentre as instituições podemos citar a UERJ. Disponível em:

<<https://www.uerj.br/edital/especializacao-em-direito-medico-e-da-saude/>>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>43</sup> Ibidem

usuários do sistema público de saúde, tais prestações podem ser vistas por exemplo, como internações de usuários do sistema público em unidades da rede privada.

Ainda no ramo da relação entre o público e o privado, há a questão da gestão das unidades de saúde. Pois tal gestão pode se dar por meio de Organizações Sociais, mais conhecidas como “OS”, para tanto há por meio da administração pública a discricionariedade de a administração direta das unidades de saúde públicas serem controladas por meio de autarquias, empresas públicas ou privadas. Ademais, as Organizações Sociais têm sido alvo do Ministério Público, em razão de suspeitas de desvio de recursos públicos, impossibilidade de prestação do serviço, relação de precariedade e insalubridade com os trabalhadores e etc.

### **1.7 Exaustão do profissional pela carga horária de trabalho, burnout.**

Nos dias atuais, o tema da exaustão do profissional pela carga horária de trabalho, é tido como uma condição física e mental, que em consequência reduz a capacidade laboral e desempenho do trabalhador. Tal condição é conhecida como Síndrome de Burnout, que desencadeia no profissional uma série de sintomas, como sentimentos de desamparo, frustração e incapacidade realizar funções laborais, tal condição é vista como um problema de saúde pública, o qual cresce em números de diagnóstico.

No entanto, tais manifestações dos sintomas da Síndrome de Burnout, devem ter especial atenção pelo Poder Público, pois em grande parte, os profissionais da área de saúde sofrem exigências, tarefas e habilidades específicas de trabalho, junto à população, as quais resultam em alta demanda de trabalho. Além disso, tais profissionais lidam com o estresse traumático de exposição a doenças, sofrimento subjetivo dos pacientes e sintomas somáticos.

Um artigo publicado recentemente traz à tona dados de profissionais da Rede de Atenção Primária em Saúde em Aracaju. Tal estudo contou com um equipe composta por médico, enfermeiro, cirurgião dentista e assistente social. Tais profissionais da assistência primária possuem dentre suas responsabilidades a promoção pró-ativa de ações de saúde comunitária, cuidando da saúde de indivíduos, famílias e comunidades. Entretanto, os dados publicados revelam que profissionais mais jovens têm uma tendência de desenvolver o esgotamento físico e mental, logo nos primeiros anos de vida profissional:

No presente estudo, os profissionais da REAP tiveram idade média de  $44,9 \pm 10,5$  anos, sendo a maioria mulheres (83,5%), casadas (65,5%), com filhos (70,6%) e pós-graduação (68%). Estes dados são semelhantes aos relatados por autores como: Ebisui<sup>21</sup>, Moreira et al.<sup>7</sup>, Jodas e Haddad<sup>8</sup>, Gomes<sup>23</sup>, Santos e Cardoso<sup>24</sup> e Marcelino et al.<sup>13</sup>, o que caracteriza que a amostra estudada apresenta aspectos sociodemográficos e de escolaridade semelhantes aos mostrados pela literatura pertinente e condizente com o feminino, que tem sido a maioria. Não foi verificada diferença entre os gêneros, em relação à prevalência da SB nos profissionais da REAP de Aracaju.

A prevalência de Síndrome de Burnout foi de 7% (IC 95% de 3,1 – 10,3), nos profissionais da REAP, sem diferença entre as categorias estudadas, porém mais significativa nos mais jovens, portanto com menor tempo de profissão. Dados concordantes com o trabalho de Martins et al.<sup>25</sup>, que observaram que a idade também esteve associada com o esgotamento, uma vez que os profissionais que possuíam 30 anos ou mais revelaram 2,2 vezes menos chances de apresentarem esgotamento quando comparados com os que possuíam 29 anos ou menos. Resultados que mostram a importância de uma intervenção direcionada a um apoio psicológico para esses profissionais, com o intuito de minimizar os efeitos da SB ou mesmo evitá-la. (Salvyana Carla Palmeira Sarmiento Silva 1 Marco Antonio Prado Nunes 2 Vanessa Rocha Santana 1 Francisco Prado Reis 1 José Machado Neto 2 Sonia Oliveira Lima 1. A síndrome de burnout em profissionais da Rede de Atenção Primária à Saúde de Aracaju, Brasil. 2015).

A insalubridade do trabalho em hospitais<sup>44</sup> gera a esses trabalhadores um estado de constante alerta, o qual se justifica pela presença de fatores causadores de doenças ou sofrimento subjetivo ou de terceiros, decorrentes da natureza do trabalho e sua organização. Tal ambiente hospitalar induz o médico ao estresse emocional, agravado pelas dores dos pacientes e insuficiência de recursos.

Em relação ao médico, o estudo demonstrou que esse profissional por ser responsável por diversas atividades, tais como clínica médica, pediatria, gineco obstetrícia, cirurgias ambulatoriais, pequenas urgências clínico-cirúrgicas e procedimentos para fins de diagnósticos, atendendo no consultório, no domicílio e nos demais espaços comunitários. Pode desenvolver estresse psicossomático e gerar relações conflituosas familiares, com a própria, agravado pela falta de reconhecimento e equipamentos com defeitos e falta de materiais e etc.

Diante dos fatos e dados apresentados pela pesquisa, mais da metade dos profissionais de saúde da atenção primária de Aracaju, apresentam algum grau de risco para

---

<sup>44</sup> VALENTE, Nathalia. **Técnicos de enfermagem de hospital universitário receberão adicional insalubridade em grau máximo.** Disponível em:

<<https://tst.jus.br/-/t%C3%A9cnicos-de-enfermagem-de-hospital-universit%C3%A1rio-receber%C3%A3o-adicional-insalubridade-em-grau-m%C3%A1ximo>>. Acesso em: 09/06/2024

desenvolver a Síndrome de Bournout<sup>45</sup>. A emergência silenciosa da Síndrome de Burnout na área de saúde, afeta diretamente o atendimento ao público e pode ser vista em outros Estados da federação.

---

<sup>45</sup> PERNICIOTTI, Patrícia. **Síndrome de Burnout nos profissionais de saúde: atualização sobre definições, fatores de risco e estratégias de prevenção**. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582020000100005](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582020000100005)>. Acesso em: 09/06/2024.

## 2. CAPÍTULO II - ERRO MÉDICO

Podemos compreender o erro médico enquanto um ato de culpa, o qual pressupõe a inobservância da medida técnica ou falha em uma conduta profissional. Tal falha produz dano à saúde do paciente, já o dano que o paciente sofreu pode ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Ademais, devemos levar em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

Temos como exemplo o caso de um acidente, ou seja, aquilo que não era previsível e por fim há um resultado lesivo, que por suposição advém de um caso fortuito ou força maior, o qual não poderia ser evitado pelo autor do fato e por qualquer outro. Em que o resultado é proveniente da própria evolução da situação do paciente, no qual a capacidade profissional e a ciência ainda não conseguem propor uma decisão definitiva.

Em situações que ocorre um acidente e o paciente vem a ser socorrido, em situação de emergência, cabe ao profissional médico a obrigação de meio e não a obrigação de resultado, pois esse profissional deve prover os meios necessários para assegurar a vida do paciente. O médico assume, portanto, um dever de prestar dentro dos meios mais adequados disponíveis, a assistência a fim de conseguir entregar um resultado favorável.

Outrossim, o erro médico, em questão de responsabilidade penal, pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. O primeiro é referente a dano ocasionado, por meio da ação ou omissão, seja por incapacidade técnica ou limitação da habilidade intelectual ou até mesmo por condições físicas ou psicológicas do profissional. Já o segundo ocorre por questões estruturais, ocorre quando os meios e condições de trabalho são insuficientes para o resultado que se espera, dentre eles podemos citar superlotação de hospitais, falta de insumos e etc.

Destarte, as formas de responsabilidade do médico, por erro médico, podem ser apresentadas sob duas formas: a responsabilidade legal e a moral<sup>46</sup>. A primeira, a responsabilidade legal, é perseguida na atuação de tribunais, por meio de ações penais e civis. Nesse sentido, a atribuição moral pode ser atribuída por meio de processos representados junto aos Conselhos de Medicina, a Lei nº 3.268/1957 regulamenta os processos ético-disciplinares.

“Art . 21. O poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam inscritos ao tempo do fato punível, ou em que ocorreu, nos termos do art. 18, § 1º.

Parágrafo único. A jurisdição disciplinar estabelecida neste artigo não derroga a jurisdição comum quando o fato constitua crime punido em lei. (Lei nº 3.268/1957).”

O médico responde penalmente ser o agente que produziu algum dano ao seu paciente, a menos que haja inexistência de sua culpabilidade<sup>47</sup> e preparo dos meios para o resultado final, ou sejam, o médico não será culpado em caso de alguma excludente ou se cumpriu o estrito dever legal<sup>48</sup>.

Ademais, o crime<sup>49</sup> torna-se culposo a partir do momento em que o agente deixa de empregar a cautela, a atenção ou a diligência necessária ou especial, para a situação em que está diante de si. Mas no entanto, em razão das circunstâncias, não percebe o resultado que podia prever ou havendo conhecimento de tal fim, assume o risco de que o resultado não se realizaria ou que poderia evitá-lo ao longo de sua intervenção médica.

## 2.1 Teoria Geral do Delito

A teoria geral do delito é compreendida como um agrupamento de conceitos, normas e princípios, que são utilizados como ferramentas para imputar um crime e

---

<sup>46</sup> CARVALHAIS, Cid Célio Jayme e PETRONI, Paulo Miguel de campos. Medicina e direito: notas introdutórias, São Paulo, sociedade brasileira de Neurocirurgia/Sindicato dos médicos, 1988, p.16.

<sup>47</sup> Ibidem

<sup>48</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 15-16.

<sup>49</sup> Art. 18 - Diz-se o crime: **Crime doloso**: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; **Crime culposo** II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

responsabilizar seus autores. Durante toda a história humana, foram formuladas teorias que buscavam dizer o que é o crime e sua conceituação.

Além disso, a teoria do crime é detentora de conceitos como a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade<sup>50</sup>. Na tipicidade, o que será avaliado é a adequação do comportamento do agente<sup>51</sup>, em face da norma tipificada e presente em lei. Já a ilicitude, podemos entender que é o ato contrário praticado ao ordenamento jurídico, pelo agente que deu causa ao resultado final. Por fim, a culpabilidade leva em consideração a capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de forma diferente.

## 2.2 Definição do Crime

O conceito de crime é trabalhado de várias maneiras, tal como a formal, material e analítica. Essas três linhas de pesquisa geralmente são utilizadas no estudo do Direito Penal e fornecem diferentes formas para entender o que é um crime.

Dessa forma, o conceito formal de crime está voltado para a análise da lei e na sua aplicação. Já o conceito material de crime está ligado à ideia de prejuízo a algum bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, nesse contexto a conduta será importante para analisar o resultado produzido no mundo real. Por fim, o conceito analítico do crime é formado por três elementos: a conduta, a tipicidade e a ilicitude, ou seja, para que uma conduta seja caracterizada como crime, é necessário que todos esses três elementos sejam concluídos.

Nessa seara, para incorrer em lesão ou perigo a um bem jurídico, a conduta deve ser caracterizada como um crime, o agente causador deve por meio de uma ação ou omissão voluntária desviar do que está escrito na lei (tipicidade) e ela não pode ser justificada ou permitida pela lei (ilicitude).

O sistema jurídico penal brasileiro entende que para haver crime, a conduta deve estar escrita na lei penal, ser considerada ilícita e passível de punição pelo Estado<sup>52</sup>. Portanto, o crime ainda pode ser caracterizado como uma conduta contrária à lei penal, e que causa

---

<sup>50</sup> TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 518-9

<sup>51</sup> ROCHA, Renato Gomes de Araújo. **Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 97

<sup>52</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

dano ou perigo aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Entretanto, o Código Penal Brasileiro estabelece tais elementos a serem considerados: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade<sup>53</sup>.

### 2.3 A tipicidade e o fato típico

A tipicidade e o fato típico, são termos usados no direito para a descrição de uma conduta considerada crime ou contravenção penal. Na tipicidade há uma ação ou omissão positivada em lei, que é proibida e capaz de sanção penal. Tal sanção pode ser uma pena privativa de liberdade, multa ou outra consequência desde que esteja prevista na lei. Os elementos podem ser objetivos, ou seja, quando simplesmente descrevem a ação ou omissão prevista em lei, existindo ainda uma subdivisão em tipos descritivos e tipos normativos<sup>54</sup>.

Temos como o tipo objetivo descritivo a definição legal do comportamento considerado criminoso, é formado elementos como ação ou omissão, resultado, objeto material e elementos subjetivos. Assim, para que uma conduta seja considerada criminosa, é necessário que ela se enquadre no tipo objetivo descritivo previsto em lei. Se a conduta do agente não estiver prevista no tipo penal, não há crime<sup>55</sup>. Diverso do tipo objetivo<sup>56</sup> descritivo, que descreve a conduta criminosa como sendo abstrato, o tipo objetivo<sup>57</sup> normativo leva em consideração o contexto social em que a conduta ocorre. Portanto, podemos compreender que o tipo penal não se limita a descrever apenas a conduta, mas também define a conduta como proibida, considerando os valores e normas da sociedade.

Nos ensinamentos de Roxin, “um elemento é ‘descritivo’ quando se pode perceber sensorialmente, vale dizer, ver e tocar o objeto que designa. Neste sentido, o conceito de ‘ser humano’, ao qual se referem os tipos de homicídio, é um elemento descritivo. Pelo contrário, fala-se de um elemento ‘normativo’ quando somente existe no âmbito das representações valorativas e, por isso, somente pode ser compreendido espiritualmente. Assim ocorre com o conceito de alheio em meu segundo exemplo inicial [furto]. O fato de uma coisa ser propriedade de alguém não se pode ver, se não apenas entender-se espiritualmente conhecendo os contextos jurídicos” (La teoría del delito en la discusión actual, p. 197);

---

<sup>53</sup> Ibidem

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38, v. 10. 2002, p. 13

<sup>55</sup> Art. 5; inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>56</sup> Ibidem

<sup>57</sup> Ibidem

Há também o tipo subjetivo, esse elemento é caracterizado pelo dolo e pela culpa<sup>58</sup>. O primeiro, o dolo se refere à intenção, à vontade consciente do agente de efetuar o comportamento proibido pela lei. A segunda, a culpa se refere à negligência, imprudência ou imperícia na prática do ato que produziu o resultado de lesão ou dano não esperado.

Então concluímos que o tipo subjetivo é essencial, pois permite compreender a intenção do agente ao praticar o ato e gerar o resultado danoso.

## 2.4 A Atipicidade

Nos situações fáticas em que ocorrem intervenções médicas não consentidas e a coação, há possibilidade de exclusão da tipicidade, em razão do estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Temos portanto situações resguardadas pelo artigo 146, § 3º; inciso I e II do Código Penal, que trata sobre o constrangimento ilegal, nessa conjectura específica há exclusão da tipicidade<sup>59</sup>. A exclusão é dada, no inciso I, pela simples adequação típica do caput do artigo 146, a conduta prevista, de modo a intervenção médica sem a anuência do paciente com perigo a vida, não configura o constrangimento ilegal. Já no inciso II do mesmo parágrafo, considera atípica a coação por qualquer pessoa, inclusive a figura do médico, utilizada para impedir o suicídio do paciente, pois nesse caso há iminência de perigo a vida e portanto constitui causa excludente de tipicidade.

A previsão legal torna evidente a indisponibilidade do bem jurídico vida, o que supostamente justifica a intervenção estatal, de modo que impedir o suicídio é indispensável não constitui crime passível de punição ao agente. Mas se tal interferência não ocorrer, pode ser caracterizado o crime de omissão de socorro.

Em resumo, a permissão do legislado prevista nos casos do parágrafo 3º do artigo 146, pode vir a caracterizar o estado de necessidade e configura como excludente de tipicidade, por decorrência expressa da lei. Conseqüentemente, não se tipifica o crime de constrangimento ilegal<sup>60</sup>, sendo a conduta considerada como atípica.

---

<sup>58</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, Introdução e Notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 9

<sup>59</sup> SIQUEIRA, Flávia. Intervenções médicas não consentidas como lesões corporais? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/377279/intervencoes-medicas-nao-consentidas-como-lesoes-corporais>> . Acesso em: 09/06/2024.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. **El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda**. RECPC, v. 19-03, 2017, p. 29.

## 2.5 A antijuridicidade

A antijuridicidade é um elemento que se refere à contrariedade da conduta do agente com o ordenamento jurídico. Para haver crime, a conduta do agente deve ser contrária ao ordenamento jurídico. Entretanto, a antijuridicidade<sup>61</sup> pode ser desconsiderada em alguns casos, por exemplo, em legítima defesa, em estado de necessidade, em cumprimento de um dever legal ou em exercício regular de um direito.

Dentro dos elementos que compõe a antijuridicidade, ainda temos as excludentes de ilicitude, ou seja, são situações em que inicialmente uma conduta, seria considerada criminosa, mas ao analisar os fatos, percebe-se que a conduta é justificada ou permitida pelo código penal, por consequência não haverá punição jurídica e têm como objetivo afastar a ilicitude da conduta, ou seja, torná-la lícita e não punível.

Desse modo temos a legítima defesa como excludentes de ilicitude, em que é permitido que uma pessoa se defenda para repelir uma agressão injusta, desde que não extrapole o necessário para isso. Em vista disso é necessário que a pessoa ao sofrer um ataque esteja em uma situação de grande risco a sua integridade e que use os meios necessários para defender-se da agressão injusta. Uma segunda característica que podemos citar é o estado de necessidade, nesses casos, é permitido a prática de um crime para evitar um mal maior. Temos como exemplo a pessoa que para salvar a vida de outra pessoa em um incêndio, invade o domicílio e arromba uma porta ou janela, para retirar a pessoa da situação de perigo que a pessoa encontra-se. Ademais, é necessário que o mal evitado seja maior do que o mal causado pelo crime praticado. Em terceiro temos o estrito cumprimento do dever legal, nesses casos é permitido que o indivíduo execute uma ordem legal, mesmo que essa ordem resulte em danos a algum bem jurídico. Em quarto lugar temos o exercício regular de direito, que significa dizer que é permitido que a pessoa exerça um direito reconhecido pela lei, mesmo que isso resulte em danos a terceiros. Aqui podemos citar o caso de um médico que realiza um procedimento cirúrgico e causa lesões, que foram necessárias para salvar a vida do paciente, portanto, não haverá punibilidade.

---

<sup>61</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 68

Quando falamos responsabilidade penal médica, sobre quais condutas podem ser consideradas excludentes de ilicitude<sup>62</sup>. Mesmo que ocorra o dano ao paciente, tal conduta pode ser encarada como justificada e tutelada pelo código penal brasileiro.

No caso do estado de necessidade, previsto no Art; 24 do Código Penal<sup>63</sup>, podemos exemplificar o aborto necessário, realizado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Vejamos:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; (BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848 de 1940).

Portanto, o aborto necessário conceitua o estado de necessidade, no qual o legislador prevê expressamente a possibilidade de um agente externo, nesse caso o médico, de provocar a interrupção da gravidez, pois essa ação é tida como o único meio de salvar a vida da gestante, impedindo por consequência o resultado morte.

Outro exemplo, é para o cumprimento do dever legal, previsto no Art. 23 do Código Penal, que ocorre quando o médico pratica uma ação no exercício legal e regulamentar de sua profissão, por isso não será punido. Vejamos:

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848 de 1940).

Entretanto, o dolo<sup>64</sup> não se confunde nos casos de culpa consciente, aqui temos o agente, que ao ter confiança em suas habilidades, pratica o ato prevendo que seja possível a ocorrência de algum resultado adverso, mas acredita que isso não ocorrerá.

---

<sup>62</sup> **Exclusão de ilicitude** : Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Código Penal)

<sup>63</sup> Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

<sup>64</sup> 213 PUPPE, Ingerborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 58, v.14, 2006, p. 107-108.

## 2.6 A culpabilidade

A culpabilidade, é talvez um dos temas mais interessantes e também mais estudados na área da criminologia. Ela permite a imputação de uma conduta criminosa a um agente, a partir da análise da possibilidade de responsabilizar o agente em ação criminosa.

Ela está ligada à capacidade da pessoa em compreender a ilicitude do ato e se o mesmo deveria agir de modo diverso. Portanto, a culpabilidade é uma análise subjetiva<sup>65</sup> que observa condições psicológicas, intelectuais e morais do agente, para chegar a uma conclusão.

No sistema de justiça brasileiro, a culpabilidade<sup>66</sup> é analisada sob a ótica da teoria tripartite do crime. Assim, para ser culpado de um crime, deve haver o cumprimento das seguintes exigências, (I) primeira é inimputabilidade: o agente deve ter capacidade de entender a ilicitude da sua conduta; (II) a segunda seria o potencial consciência da ilicitude: que é consciência da ilicitude por parte do agente; (III) a exigibilidade de conduta diversa: o agente deve ter condições de agir de forma diversa.

Assim sendo, temos também as principais excludentes da culpabilidade<sup>67</sup>, que estão previstas em lei: (I) inimputabilidade, aplicada àqueles que não possuem capacidade mental para entender a ilicitude de seus atos. Para situações como essas, há a possibilidade de aplicação de medidas de segurança, como internação em hospital psiquiátrico<sup>68</sup> ou tratamento ambulatorial. Temos também, (II) coação moral irresistível, ocorre quando o agente é compelido a praticar um crime por meio de grave ameaça ou violência; (III) embriaguez completa fortuita, aqui elemento volitivo por parte do agente para estar estado de embriaguez completa, mas por ingestão de alguma substância encontra-se incapaz de compreender seus atos. Por fim, no estudo das principais excludentes de culpabilidade temos, (IV) o erro de proibição se aplica quando o agente, por erro inevitável, acredita que sua conduta é lícita. Nesse caso, a culpabilidade é excluída porque o agente não teve consciência da ilicitude de

---

<sup>65</sup> PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Tradução Luis Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 27.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> O Conselho Federal de Psicologia, por sua vez, manifestou apoio à política antimanicomial do Judiciário. Para ele, trata-se de uma oportunidade de qualificar a Rede de Atenção Psicossocial no Brasil, ampliar o financiamento de políticas públicas de saúde mental e redirecionar as estratégias de institucionalização.

Disponível em

:<<https://www.migalhas.com.br/quentes/390389/manicomios-judiciarios-extintos-especialista-explica-resolucao-do-cnj>>. Acesso em: 09/06/2024.

seu ato. No entanto, para que essa excludente seja configurada, é necessário que o erro seja inevitável e que o agente tenha atuado de boa-fé. Caso um desses requisitos esteja ausente, não haverá culpabilidade<sup>69</sup> e o agente não poderá ser responsabilizado criminalmente pela conduta. No entanto, é importante destacar que a ausência de culpabilidade<sup>70</sup> não significa que o agente não pode ser responsabilizado civilmente pelo dano causado.

## **2.7 Princípios Limitadores do Poder Punitivo do Estado.**

A relação entre o indivíduo e o Estado, pode ser compreendida como uma relação frequentemente desequilibrada, em sentido geral, nos meios e ferramentas. O indivíduo comum eventualmente encontra-se em uma situação de fragilidade e por isso a intervenção estatal deve ser limitada. A constituição Federal de 1988, à vista disso, previu princípios limitadores, os quais devem ser entendidos enquanto garantias individuais, perante o Estado e seus numerosos recursos.

O primeiro que podemos destacar é o princípio da legalidade<sup>71</sup>, que prescreve que normas penais só serão válidas se estas estiverem previstas em lei, ou seja, apenas a lei pode positivar um fato enquanto crime e a lei também determinará a aplicação da pena, não sendo admitida a interpretação extensiva da norma penal, ao prejuízo do réu.

Nesse contexto, temos como segundo princípio a intervenção mínima, em que a criminalização da conduta em debate, apenas será admitida se for considerada como meio legítimo de prevenção para a proteção do bem jurídico que se propõe amparar.

O terceiro princípio que devemos nos ater, é o princípio da fragmentariedade, este determina que a lei penal será aplicada enquanto outros ramos do direito não forem

---

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> princípio da legalidade está expressamente previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

suficientes para a proteger bens jurídicos e valores imprescindíveis para o funcionamento harmônico em sociedade.

Em face do exposto, o quarto princípio que podemos elencar, é o da irretroatividade da lei penal, neste a lei penal mais severa não deverá retroagir para prejudicar o réu ou agente infrator, nesse contexto apenas a lei penal mais benéfica ao réu poderá retroagir em seu benefício.

Em quinto, temos o princípio da adequação social, em que apenas serão criminalizadas as condutas com relevância social para tal.

Em sexto, temos o princípio da insignificância penal, em que a depender do dano e do bem jurídico, não será imediatamente punido pelo Estado. Nesses casos a ponderação, a proporcionalidade e gravidade deverão ser observadas, em relação à consideração da importância do bem jurídico, sua relevância e o grau de intensidade da lesão do bem jurídico produzida pela conduta.

Em sétimo, podemos citar o princípio da ofensividade, no qual tem por finalidade orientar o legislador e servir de base para a interpretação da norma penal. Em função disso, a ofensividade de uma ação ou conduta, será verificada por sua capacidade de lesão ou colocar em perigo um bem juridicamente tutelado pelo direito penal.

O oitavo princípio, será aqui descrito como sendo o princípio da culpabilidade,<sup>72</sup> tal princípio preceitua um dos mais famosos institutos do direito penal, ou seja, a culpa. A culpa é importante, pois é um critério atribuído ao agente que terá a conduta culpável imputada ou não, nessa mesma perspectiva a culpa definirá se o agente da ação será responsabilizado ou não.

---

<sup>72</sup> Ibidem.

O princípio da proporcionalidade, informa ao operador do direito que deve haver lógica entre a gravidade do crime praticado e a sanção penal aplicada. Não sendo correto admitir que um crime de menor potencial ofensivo, tenha a mesma pena que um crime de alta gravidade e sanções mais gravosas.

Por fim, em décimo, temos o princípio da humanidade, muito presente em debates sobre direitos e garantias fundamentais ou direitos humanos. Tal limitação advém da dignidade da pessoa humana, no qual atos ou sanções lesionam a extensão física ou psicológica dos indivíduos, são inaceitáveis em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o Estado brasileiro ao intervir na vida privada de uma pessoa, deve ser limitado, em razão da fragilidade do ser humano se comparado ao poder de um Estado. Tal limitação tem por finalidade evitar arbitrariedades e abusos do poder público sobre a vida do indivíduo, para tanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe tais princípios de forma explícita ou implícita, os quais são imprescindíveis para a correta aplicação do direito penal.

## **2.8 Responsabilidade Penal Médica**

A responsabilidade penal Médica decorre de um ato ou ação que causa lesão ou coloca em perigo um bem jurídico tutelado pelo Estado. Com esse efeito, a responsabilização penal ocorrerá se ficar comprovado o nexo de causa<sup>73</sup> para sustentar os argumentos de que a conduta médica culposa existiu por negligência, imprudência ou imperícia ou havendo por dolo.<sup>74</sup>

Um termo pouco conhecido, que também tem influência na relação médico-paciente, é o fator iatrogênico<sup>75</sup>, ou seja, é referente a um estado de enfermidade, efeitos adversos ou complicações decorrentes do tratamento médico, informado ao paciente e

---

<sup>73</sup> MARTINS, Jorge H. S. **A responsabilidade penal por erro médico**. Revista jurídica da FURB, Blumenau, n. 3, p. 55, junho 1998, p. 14.

<sup>74</sup> 213 PUPPE, Ingerborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 58, v.14, 2006, p. 107-108.

<sup>75</sup> COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico**. Curitiba: Juruá, 2006.p.22

por consentimento informado estar disposto a suportar<sup>76</sup> (exemplo: tratamentos experimentais ou risco cirúrgico). Portanto, se ficar comprovado que o dano causado não resulta da conduta do profissional, o médico não deverá responder penalmente sobre o ocorrido<sup>77</sup>. Vejamos:

A iatrogenia consiste em um estado de doença, efeitos adversos ou alterações patológicas causados ou resultantes de um tratamento de saúde correto e realizado dentro do recomendável, que são previsíveis, esperados ou inesperados, controláveis ou não, e algumas vezes inevitáveis. Contudo, tais efeitos não necessariamente são ruins, podendo, inclusive, ser bons.

São os exemplos mais comuns de fontes de iatrogenia as interações medicamentosas, os efeitos adversos de medicamentos, a utilização indiscriminada de antibióticos (o que leva à resistência das bactérias), quimioterapias e radioterapias (queda capilar, anemia, náuseas, etc.), infecções, dentre outros.

Um exemplo mais prático para fins de compreensão é a necessária retirada de parte do estômago com a finalidade de extirpação de um tumor. Embora tratar-se de uma lesão essa remoção parcial do estômago, ela é lícita e permitida, pois necessária para a tentativa de cura. (GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira).

Posto isso, complicações relacionadas à doença ou decorrente de tratamento, não podem ser consideradas para fins de imputação de crime, pois o dano não é causado pela conduta do agente<sup>78</sup>.

## 2.9 Imprudência médica

A imprudência médica pode ser entendida pelo ato em que o médico que sem a cautela devida age e produz um resultado que não era desejado. É o ato ou conduta caracterizados como precipitação, insensatez ou inconsideração. A imprudência tem sempre caráter comissivo e positivo por parte do agente. Consistindo na violação de regras, também chamada por “culpa in faciendo”. Para ilustrar, podemos citar o exemplo de um cirurgião que abandona a técnica conhecida para inovar e acarreta para o paciente um resultado danoso que comete imprudência.

Para Gerson Coelho Cavalcante Júnior, “durante a avaliação da imprudência pelo órgão julgador, devem-se levar em consideração as provas técnico-periciais, avaliando-se a inobservância de regra técnica e a omissão de cuidado”.

---

<sup>76</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. vol. 15. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 213-214.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Ibidem.

Portanto uma conduta imprudente, ocorre quando o agente do fato lesivo atua sem a devida cautela, sem com cuidado ou zelo, causando um resultado lesivo ao paciente, que pelo meios que dispunha no momento do fato, percebeu que o resultado era previsível. A imprudência com dito anteriormente é uma conduta positiva, em que o agente, no caso em tela, o médico age precipitadamente ao realizar certos procedimentos sem respaldo técnico-científico e sem ponderar a possibilidade do erro, colocando, com isso, a vida do paciente em risco, mesmo que a sua intenção não seja causar dano Assim sendo, a boa conduta médica pressupõe ponderação em sua atuação, mas a imprudência praticada pelo profissional médico diz exatamente o contrário.

Segundo os ensinamentos de Paulo Queiroz (2011, p.246) “a imprudência é uma expressão muito ampla que abrange tanto a negligência como a imperícia, mas que decorre de um ato comissivo (ativo) arriscado e que vem causar um evento danoso ao paciente”.

Entende-se, que pelos argumentos acima analisados, que a conduta médica deve pressupor o dever de zelo, cuidado e de responsabilidade sobre a vida humana que a profissão impõe. Em face disso, a imprudência médica pode ser entendida pelo ato em que o médico que sem a cautela devida age e produz um resultado que não era desejado.

## **2.10 Negligência médica**

Ainda acerca da culpa, podemos compreender que a negligência está ligada a omissão, na qual o dever de cuidado<sup>79</sup> ou da conduta esperada pelo profissional, foi inobservada mediante a uma situação na qual o cuidado do médico era indispensável ao paciente, causando por consequência um ato lesivo ao paciente. Portanto, é tido como negligente, o profissional médico que não assiste ao paciente que encontra-se na porta do hospital esperando socorro ou ao atender, uma vítima de uma queda grave, não solicita exames complementares, como um raio x ou tomografia, e essa pessoa vem a falecer dias depois da ocorrência, em razão de fratura craniana não investigada<sup>80</sup>. Outra hipótese que pode

---

<sup>79</sup> Hungria preconiza que “mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo” HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 203.

<sup>80</sup> Ibidem.

ser visualizada a negligência, é no caso em que o médico troca medicamentos ou não informa ao paciente o uso correto de medicamentos por ele prescritos.

## 2. 11 Imperícia médica

A imperícia pode ocorrer quando um profissional médico der causa a um dano ao seu paciente, pois ele atuou com falta de habilidade ou técnica. A imperícia pode ser considerada um dos elementos que constitui o crime culposo. Tais atos profissionais a depender da evolução dos fatos podem vir a causar a morte, limitação ao trabalho ou danos pessoais ao paciente, como a lesão corporal.

Os danos ao paciente, podem ser responsabilizados tanto na esfera civil como penal<sup>81</sup>. O profissional médico deve, portanto, estar sempre atento às normas técnicas ao realizar um procedimento, sendo simples ou complexo, por o erro pode causar lesões ao bem jurídico do seu paciente, seja a vida ou dignidade humana.

Por exemplo<sup>82</sup>, ao realizar uma cirurgia no corpo do seu paciente o médico cirurgião, deve estar atento às técnicas e protocolos definidos como mais seguros, para evitar danos a órgãos ou lesionar gravemente seu paciente. Pois para exercer a atividade laboral o médico deve ser habilitado, portador de diploma em graduação, registro médico no conselho de medicina e preparado tecnicamente para estar apto para realizar procedimentos para as quais foi preparado, do contrário será considerado inapto.

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

Portanto, a imperícia pode ser entendida como um ato praticado com deficiência de conhecimento técnico ou a inaptidão para determinado procedimento. Ademais, todo

---

<sup>81</sup> MOREIRA, Elen. **Responsabilidade Penal e Responsabilidade Civil – culpa, nexos de causalidade e dano**. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/responsabilidade-penal-reponsabilidade-civil-culpa-nexo-causalidade-dano>>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>82</sup> Ibidem.

profissional, especialmente os que trabalham com a vida humana, devem buscar novos conhecimentos, informações e técnicas ou soluções inovadoras de problemas de saúde, objetivando com isso a segurança e a saúde do paciente.

## 2.12 Omissão Médica

No direito penal a conduta do agente causador do dano, para atingir um resultado final, é dada pela ação, ou seja, um fazer, uma conduta positiva ou ato premeditado ou não, que conduz a lesão de um bem jurídico<sup>83</sup>. Entretanto, tal ação pode ser culposa e ser causa de lesão prevista na lei penal. Porém há também a possibilidade de por meio da omissão, tal resultado danoso ocorrer. Vejamos:

REVISÃO CRIMINAL. Homicídio culposo. Artigo 121, §§ 3.º e 4.º, do CP. Erro médico. Condenação por culpa decorrente de negligência e imperícia. Conduta omissiva imputada a cirurgião plantonista em hospital. Atendimento a vítima com quadro de "abdômen agudo cirúrgico". Inação por não analisar as imagens da tomografia solicitada pelo próprio peticionário no dia da entrada da paciente no pronto socorro e também por não ter passado o caso a outro colega para avaliação do quadro com a necessária celeridade. Contribuição da conduta do corréu para a ocorrência do resultado típico. Comprovação de avaliação tardia e incorreta dos exames efetuados pelo médico cirurgião que sucedeu o peticionário no atendimento da ofendida. Nexa causal entre a omissão e o resultado morte, advindo de quadro infeccioso generalizado oriundo de "apendicite aguda". Condutas sucessivas e concorrentes para agravamento do quadro clínico e consequente óbito. Pretendida rescisão do julgado com base em nova prova de inocência constituída por laudo pericial produzido na demanda indenizatória em trâmite no juízo cível. Pleito fundado no artigo 621, inciso III, do CPP. Elemento inapto à desconstituição do julgado. Condenação fundada em laudo do IMESC e nos elementos colhidos no procedimento ético profissional do CREMESP. Condenação mantida. PENA. Acréscimo de 2/3 fundado na gravidade da culpa. Consideração de aspectos que não extrapolam as elementares do próprio tipo culposo. Ausência de circunstância extraordinária a justificar maior reprovabilidade da conduta. Afastamento. Causa de aumento da inobservância de regra técnica de profissão (§ 4.º). Manutenção. Reprimenda concretizada em 1 ano e 4 meses de detenção no regime aberto. Substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Pedido rescisório indeferido. Concessão, no entanto, de habeas corpus de ofício para efetuar a sobredita redução da pena. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 684954 MG 2021/0248166-0, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Julgamento: 05.10.2021)

Outrossim, há portanto a diferenciação do crime omissivo próprio e do crime omissivo impróprio<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. São Paulo : Marcial Pons, 2014. Pg. 47.

<sup>84</sup> Ibidem.

### 3. CAPÍTULO III – DADOS DOS TRIBUNAIS

#### 3.1 Alteração do termo “ERRO MÉDICO” pelo Conselho Nacional de Justiça

Em recente decisão o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alterou a classificação dos processos envolvendo médicos e o termo erro médico nas tabelas processuais unificadas. As Tabelas Processuais Unificadas<sup>85</sup> (TPU), foram criadas como ferramentas para facilitar e uniformizar temas das demandas judiciais, em razão da alta demanda que o poder Judiciário Brasileiro<sup>86</sup>. Tais tabelas também ajudam a facilitar a pesquisa de ações judiciais e também tornam-se fonte de dados para verificar o quantitativo de números referente às demandas judiciais<sup>87</sup>. Contudo, havia a classificação por categorias, o erro médico abarcou causas da área da saúde, em que havia danos decorrentes da prestação de serviços de saúde.

Em face disso, o CNJ alterou a classificação do termo em 09 de janeiro de 2024, o Secretário de Estratégia e Projetos, Gabriel da Silveira Matos, informou a sociedade a retirada e alteração do termo "erro médico" das Tabelas Processuais Unificadas (TPU)<sup>88</sup>. Para os processos não ficarem sem uma categoria, o termo foi substituído por "danos materiais ou morais decorrentes da prestação de serviços de saúde." Tal situação ocorreu pois o termo "erro médico" foi utilizado, para nomear situações com resultados inesperados e indesejáveis em atendimentos de saúde. Entretanto, o fim desfavorável de um procedimento de saúde, não é genericamente praticado apenas por um profissional médico<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> De acordo com a Resolução CNJ 324/2020, as TPUs são instrumentos do Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário – Proname: “Art. 5º São instrumentos do Proname: II – o Plano de Classificação (Tabelas Processuais Unificadas) e a Tabela de Temporalidade dos Processos Judiciais do Poder Judiciário; disponível em: <<https://www.trt5.jus.br/gestao-documental/sgttpu-cnj#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o,%22...>>>”

<sup>86</sup> REBELO, Tertius. **Erro médico e o aumento de ações judiciais e processos ético-profissionais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-16/tertius-rebelo-erro-medico-oaumento-aco-es-judiciais/>>>. Acesso em: 09/06/2024.

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> De acordo com a Resolução CNJ 324/2020, as TPUs são instrumentos do Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário.

<sup>89</sup> NUNES, Samuel Anderson. **Mudança na classificação dos processos na saúde: vitória da classe médica**. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2024-mar-22/mudanca-na-classificacao-dos-processos-relacionados-a-saude-vitoria-da-classe-medica/>>>. Acesso em: 09/06/2024.

Nas últimas décadas, surgiram diferentes ramos da medicina e saúde, que por necessidade deram origem a novas profissões. Podemos refletir que danos causados por ações negligentes, imprudentes ou imperitas podem ser de origem médica; mas também há ações negligentes, imprudentes ou imperitas praticadas por profissionais que não são médicos, daí o questionamento sobre o termo “erro médico”<sup>90</sup>. Contudo, a profissão do especialista em qualquer dos ramos da saúde que causou a lesão do bem jurídico e levou a configuração do erro, deve ter uma cuidadosa garantia ao direito ao contraditório e à ampla defesa<sup>91</sup>.

Nesse cenário, a substituição do termo se deu após solicitação do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, órgão que questionou o uso da expressão "erro médico"<sup>92</sup> pelo utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal entidade de classe apontou o suposto erro no ato da classificação, ou seja, gerando danos a imagem da categoria médica, por não haver a classificação de erro pelo CNJ em outra profissão e por erros decorrentes de outras profissões serem avaliados enquanto “erro médico”.

O Centro Odontológico Padrão (COP) e um cirurgião-dentista foram condenados a indenizar uma paciente por erro na realização de procedimento bucal. A decisão é do juiz substituto da 1ª Vara Cível de Águas Claras.

Narra a autora que, em maio de 2012, iniciou tratamento odontológico na clínica que incluía a extração de dentes e colocação de próteses. O procedimento, de acordo com ela, acarretou em rompimento das próteses, inflamação, hálito forte, além de dificuldades para mastigar e falar. A paciente narra ainda que retornou à clínica para realizar tratamento corretivo, mas que houve novas complicações. Ela afirma que o tratamento se estendeu até 2016, quando buscou auxílio de outros profissionais. A paciente pede para que os réus sejam condenados a ressarcir as quantias pagas pelo tratamento e a indenizar pelos danos morais sofridos.

Em suas defesas, tanto a clínica quanto o profissional afirmaram que não houve erro médico e que a paciente abandonou o tratamento ainda em 2012. Os réus asseveraram ainda que todo o procedimento realizado possui respaldo na literatura médica e que não há danos morais a ser indenizado, uma vez que não praticaram nenhum ato ilícito.

Ao decidir, o magistrado observou, com base no laudo pericial juntado aos autos, que é possível concluir que o profissional agiu com “negligência ao deixar de observar os procedimentos adequados ao tratamento do quadro clínico da requerente, fato este que resultou em diversas complicações à sua saúde, levando-a, inclusive, a procurar os serviços de outro profissional”. Para o julgador, tanto o dentista quanto a clínica, de forma solidária, devem responder pelos danos causados.

Dessa forma, os réus foram condenados a pagar a autora a quantia de R\$ 5 mil, a título de danos morais, e R\$ 15.246,00 por danos materiais.

---

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 9. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 369

<sup>92</sup> Ibidem.

Cabe recurso da sentença.

TJDFT. Clínica e dentista são condenados a indenizar paciente por erro em procedimento. Processo 0705509-43.2017.8.07.0020

Entretanto mesmo a substituição da expressão "erro médico", possuir o caráter de correção da violação à isonomia<sup>93</sup>, é necessário compreender que a nova nomenclatura pode gerar uma lacuna e um vazio, nos dados já coletados. É possível que o referencial quantitativo e coleta de dados sobre judicialização relativa aos resultados adversos, antes chamados de erro médico, possam afetar pesquisas futuras no tema.

Ademais, as alterações da terminologia no Judiciário nas relações médico-paciente, podem dificultar a coleta de dados e a demonstração da realidade<sup>94</sup> por meio deles, portanto, a judicialização de casos envolvendo erros médicos precisa ser quantificada. No mais, conclui-se que para a construção de políticas, otimização do judiciário e segurança jurídica, há a necessidade da coleta e que seja catalogado as informações decorrentes dos processo e demandas judiciais.

### **3.2 Reversão de Sentença por Erro Médico.**

Para ilustrar o tema da presente monografia, abordaremos um caso concreto da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no caso em tela o tribunal deu provimento ao recurso interposto pela ré, de uma médica que havia sido condenada por homicídio culposo<sup>95</sup>.

A médica Mara Roberta Gonçalves dos Santos Neves, foi inicialmente responsabilizada criminalmente e condenada em 1ª instância, interpôs recurso de apelação. Alegou que não foi negligente, imprudente ou imperito, pois seguiu os protocolos adequados e realizou o atendimento da vítima. Já a acusação, alegou que a ré agiu culposamente e violou as regras técnicas, pois teria supostamente realizado um atendimento “sucinto e incompleto” e determinou alta hospitalar precipitada. Em consequência disso o idoso, que até então era o

---

<sup>93</sup> Ibidem. p. 369

<sup>94</sup> Ibidem. p. 371

<sup>95</sup> SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **O Erro Médico nos Tribunais**. Editora Foco, abril de 2024, cap. 12: Crimes Médicos

paciente, retornou para a sua casa após a liberação da profissional. Ademais, a acusação ainda alegou que o paciente sentiu fortes dores abdominais e faleceu horas depois, por “choque hipovolêmico secundário de dissecação de aneurisma de aorta abdominal”.

O desembargador relator Dr. Jesuino Rissato analisou os autos e entendeu que a recorrente tinha razão. No entendimento do desembargador, a médica esclareceu que o que ocorreu foi um (I) acidente médico (erro profissional) e não um (II) erro médico (omissão negligente). Entretanto, a distinção entre os dois conceitos é realmente sofisticada e no primeiro momento não é de simples compreensão, pois trata da análise exaustiva dos fatos e provas. No primeiro caso, (I) o relator explicou que são empregados os conhecimentos e as práticas normais à área técnica, mas há um equívoco no diagnóstico, em razão da dificuldade e particularidade do caso concreto. Já o (II) erro médico que possibilitaria a condenação do profissional por homicídio culposo<sup>96</sup>, nesse caso estaria caracterizada a imprudência, negligência ou a imperícia da profissional.

É necessário, entretanto, distinguir-se a tipicidade culposa do chamado erro profissional. O erro médico que possibilita a condenação do profissional por homicídio culposo ocorre nas situações em que o garante (médico) quebra o dever geral de cautela em relação ao paciente, e age em consonância com uma das três modalidades culposas descritas (negligência, imprudência ou imperícia). Por outro lado, o erro profissional (ou acidente médico) não consiste em fato penal típico. O erro profissional se dá quando são empregados os conhecimentos normais da área técnica exigida, mas o profissional chega a uma conclusão equivocada sobre o assunto. Especificamente no que diz respeito à medicina, o doutrinador exemplifica que o erro profissional acontece nas hipóteses de equivocada dedução de um diagnóstico, uma intervenção cirúrgica ou medicamentosa, embora se tenha observado os critérios da ciência médica correspondente. É este o caso dos autos. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF- Acórdão: 1130867)

No caso em tela o Colegiado, compreendeu que os exames físicos e complementares apresentados não demonstraram alterações ou sintomas da patologia, que causaram a morte da vítima. O Tribunal, em análise do caso entendeu que o quadro de saúde

---

<sup>96</sup> Ibidem.

do paciente era de difícil acerto e de complexo diagnóstico, com alto índice de mortalidade<sup>97</sup>. Tal conclusão confirmada por outros médicos ouvidos pelo tribunal, resultado de sindicância no CRM teve o mesmo entendimento e por fim a perícia realizada, levou a Turma à conclusão de que o resultado trágico não podia ser imputado à ré, pois não a mesma prestou assistência dentro de todos os meios e recursos que detinha. Portanto, o recurso foi provido em unanimidade, a profissional médica absolvida da imputação de homicídio culposo<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade Penal do Médico**. 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o erro médico é compreendido com a conduta na qual o médico agiu com imprudência, imperícia ou negligência e diante de seus atos, causa um resultado desfavorável e lesivo a algum bem jurídico tutelado. Em face disso a responsabilidade médica pode abranger a esfera moral e ética ou legal, na qual pode haver responsabilização penal, civil e administrativa, do profissional médico.

Ao longo do exposto, podemos entender que o médico poderá ser punido, pelo Poder Judiciário e pelos Conselhos Regionais de Medicina de cada Estado, referente a sua ação e cometimento de erros médicos, podendo até chegar nos Conselhos Federais de Medicina.

Entretanto, é dever do processo a garantia do contraditório e da ampla defesa, devendo o nexa de causa ser analisado, necessitando de ampla produção de provas, a oitiva das partes, análise de documentos.

Apenas com a garantia do contraditório e a produção de provas, de valor técnico e processuais, poderá ser avaliada a relação de causalidade, entre a conduta do médico e a lesão ao bem juridicamente tutelado pelo Estado.

Durante a dissertação deste trabalho, procurou-se introduzir o leitor de forma breve ao direito médico. Trazendo um pouco da história entre a relação do direito e a medicina, conseqüentemente também foi abordada a responsabilidade médica por condutas contrárias ao Código de Ética Médica e o ordenamento jurídico.

Contudo podemos refletir que o tema é de grande relevância social, em razão dos bens jurídicos considerados os mais significativos para sociedade, sendo estes a vida e integridade física. O erro médico é um tema de com ampla repercussão e interesse social. Entretanto, nessa monografia, o objetivo foi à análise e introdução à responsabilidade penal médica e ao debate sobre a possibilidade de imputação de penas ao profissional.

Diante do exposto neste trabalho, ressalta-se que a medicina é uma atividade essencial para a vida humana. Mas cabe ao profissional observar normas e princípios, tal como o zelo, cuidado, perícia e responsabilidade. Contudo, o médico também deve dominar técnicas eficazes e seguras, para o adequado tratamento do paciente.

Além disso, pela leitura deste trabalho, podemos levar em consideração a quantidade de atendimentos e plantões por semana, que o profissional é submetido ao longo da sua vida laboral causando uma exaustão física e mental, mais conhecida nos dias atuais como Síndrome de Burnout. Posto isso, podemos somar a longa carga horária, o estresse, ansiedade e as condições estruturais dos hospitais públicos, com a escassez de material, medicamentos e técnicos capacitados, o que pode contribuir para que o médico cometa falhas.

Destarte o médico, também pode conduzir dolosamente no exercício de sua profissão algum ilícito penal. Refletimos que a atividade médica é uma atividade de risco que envolve a vida humana, sendo este um dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade, vale a pena pensar na busca de sanções ainda mais eficazes para o médico que dolosamente comete dano, no âmbito penal.

Essa é uma questão de grande importância para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, além de alertar aos médicos na realização de suas atividades, para que o direito que lhes foi conferido pelo Estado e pela sociedade, seja exercido com maior atenção, segurança, zelo, prudência e responsabilidade.

Ademais ao erro do médico nas atividades laborais da profissão, entende-se como uma conduta inadequada do agente, capaz de causar dano a alguém, nesse caso ao paciente. Entretanto, atualmente há o debate quando a conduta inadequada e a área de atuação do profissional, pois até recente decisão do Conselho Nacional de Justiça o erro médico era abrangente a todos os profissionais da área da saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcos de; ROMERO, Daniel Muñoz. **A Responsabilidade Médica: uma visão ética.** Revista Bioética. Disponível em: <<https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revistabioetica/article/view/460>>. Acesso em: 09/06/2024

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética.** 4. ed. São Paulo: Paulus, 1996. p. 30-50.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral,** v.1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

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

BRASIL. **Código de processo penal.** Disponível em:<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 09/06/2024.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 09/06/2024

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 09/06/2024

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução CFM nº 1.246/88,** de 08.01.88 (D.O.U 26.01.88). Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2020/09/1246\\_1988.pdf](https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2020/09/1246_1988.pdf)>. Acesso em: 09/06/2024

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

- CORREIA, Francisco de Assis. **Alguns desafios atuais da bioética**. In: PESSINI, Léo;
- DANTAS, Miguel Calmon. **Bem jurídico-penal no Estado constitucional**. Revista Baiana de Direito, Salvador, n.3, p. 89-116, jan.-jun. 2009
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson Rosenvald. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: v.1, parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- JOSÉ FERRER, Jorge; CARLOS ÁLVAREZ, Juan. **Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005.
- LOPES Júnior, Dalmir Lopes. **Desafios atuais para a consolidação da autonomia do paciente na área clínica**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano 16, n. 379, p. 34- 35, nov. 2012. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Responsabilidade médica perante a justiça**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 65, v. 494, p. 245-247, dez. 1976.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **A Responsabilidade Penal por Erro Médico**. Revista Jurídica da FURB, nº 3, Santa Catarina, jun. de 1998. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2013.
- MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. **Aspectos da responsabilidade penal do médico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, n. 4, Rio de Janeiro, 1996. .

PARENTONI, Roberto B. **O erro médico é culposo ou doloso?** Disponível em: <  
<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso/454120185>>.

Acesso em 09/06/2024

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**, v.1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 87

REALE, Miguel. **O código de ética médica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 66, v. 503, p. 47-53, jun. 1977.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. **Gesundheitsschädigende Patientenaufklärung: Grund und Grenzen einer Entbehrlichkeit der Aufklärungen vor Heileingriffen**. Medstra, v. 3, p. 153-159, 2018, p. 154.

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

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

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.