

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JULIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**LEONARDO SIMÕES AGAPITO**

**DIREITO MÉDICO: A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE**

**FRANCA  
2018**

**LEONARDO SIMÕES AGAPITO**

**DIREITO MÉDICO: A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE**

**Orientador: Fernando Andrade  
Fernandes.**

Dissertação apresentada para obtenção de título de mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP Franca. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania

FRANCA  
2018

Agapito, Leonardo Simões.

Direito médico : a omissão penalmente relevante / Leonardo Simões Agapito. – Franca : [s.n.], 2018.

97 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Fernando Andrade Fernandes.

1. Direito penal. 2. Crime por omissão. 3. Responsabilidade (Direito). I. Título.

CDD – 341.52

**LEONARDO SIMÕES AGAPITO**

**DIREITO MÉDICO: A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, 02 de maio de 2018.**

“If you marry, you will regret it; if you do not marry, you will also regret it; if you marry or do not marry, you will regret both; Laugh at the world’s follies, you will regret it, weep over them, you will also regret that; laugh at the world’s follies or weep over them, you will regret both; whether you laugh at the world’s follies or weep over them, you will regret both.

Believe a woman, you will regret it, believe her not, you will also regret that; believe a woman or believe her not, you will regret both; whether you believe a woman or believe her not, you will regret both. Hang yourself, you will regret it; do not hang yourself, and you will also regret that; hang yourself or do not hang yourself, you will regret both; whether you hang yourself or do not hang yourself, you will regret both. This, gentlemen, is the sum and substance of all philosophy.”

**(Soren Kierkegaard)**

AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante**. 2018. 95f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018.

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade penal decorrente da omissão médica, particularmente por instrumentos dogmáticos e, por estes, obter maior segurança jurídica para médicos, pacientes e profissionais. Partindo dos métodos indutivo e sistemático, o trabalho analisa os critérios postos pelo código penal brasileiro para a omissão penalmente relevante – dever agir, poder agir e a especial posição de garante – relacionando com elementos próprios da imputação penal – injusto, culpabilidade e autoria – e externos, que configuram o próprio ambiente em que opera a tutela – deveres administrativos, gestão de risco e semiótica. Para tanto, utiliza-se como referencial teórico o pensamento funcional normativista, com especial atenção aos estudos de Günther Jakobs. Ao final, é possível, pelo método indutivo, depreender-se a própria opção político criminal brasileira, bem como, pelo método sistemático, demonstrar os caminhos necessários não apenas para o aprofundamento da questão, mas para a própria intervenção penal nos casos em que for chamado a atuar.

**Palavras-chave:** omissão penalmente relevante. direito médico. funcionalismo.

AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante**. 2018. 95f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018.

#### **ABSTRACT**

The presente study pursues to analyse criminal responsibility for medical default, particularly by dogmatic instruments and, by them, obtain more legal security for health professionals, patients and legal professionals. By inductiv and sistematic methods, the current study analyse brasilian penal code criteria for criminal relevant default – duty, permission and special position of garantor – conecting this with criminal responsibility criteria – wrongful, culpability and authorship – and external elements that set up medical context – administrative duties, risk management and semiotic. Thereunto, the study uses as theorite reference a normativist perspective, specially Günther Jakobs’s studies. At the end, it’s possible, by inductiv analyses, understand the criminal policy option in Brazil, as well as, by sistemic analyses, demonstrate necessary ways for further studies, but also to righteous criminal justice intervention.

**Key words:** criminal default. medical malpractice. funcionalism.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. O DEVER AGIR DO MÉDICO EM DIREITO PENAL .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Os deveres de informação .....</b>	<b>13</b>
2.1.1 Informações devidas ao paciente .....	13
2.1.2 Informações devidas ao sistema de saúde .....	15
2.1.3 A proteção das informações obtidas .....	16
<b>2.2 Os deveres de tratamento .....</b>	<b>19</b>
2.2.1 Casos de urgência e emergência .....	19
2.2.2 Tratamentos prolongados .....	21
2.2.3 Revezamento de profissionais .....	21
2.2.4 A responsabilidade penal diante dos deveres de tratamento .....	22
<b>2.3 Previsibilidade como legitimação do dever .....</b>	<b>28</b>
<b>2.4 A gestão de risco na atividade médica .....</b>	<b>31</b>
2.4.1 Os desafios da gestão de risco na área da saúde .....	33
2.4.2 Os procedimentos operacionais padrão (POP) .....	35
<b>2.5 Análise de caso .....</b>	<b>36</b>
<b>2.6 Conclusões parciais .....</b>	<b>38</b>
<b>3. O PODER AGIR DO MÉDICO POR UMA PERSPECTIVA NORMATIVISTA .....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 O conceito de consentimento válido .....</b>	<b>41</b>
3.1.1 Limitações ao direito de consentir .....	43
3.1.2 Limitações à manifestação da vontade .....	45
3.1.3 Consentimento especial .....	49
<b>3.2 A leitura pelos instrumentos dogmáticos do direito penal .....</b>	<b>50</b>
3.2.1 A medida da pena .....	56
3.2.2 A comunicabilidade da pena .....	58
<b>3.3 O necessário aprofundamento de uma compreensão comunicativa do direito penal .....</b>	<b>61</b>
<b>3.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>66</b>
<b>4. OS FUNDAMENTOS DA AUTORIA DELITIVA NA OMISSÃO PENAL .....</b>	<b>68</b>
<b>4.1 As hipóteses apresentadas pelo código penal .....</b>	<b>68</b>



<b>4.2 A leitura funcional da autoria.....</b>	<b>71</b>
<b>4.3 O especial atendimento em setores de urgência e emergência.....</b>	<b>73</b>
<b>4.4 A posição de garante sobre os meios e os riscos ambientais .....</b>	<b>756</b>
<b>4.5 A atuação coletiva .....</b>	<b>78</b>
4.5.1 A conduta não fiscalizada .....	78
4.5.2 A decisão compartilhada .....	80
<b>4.6 Conclusões parciais .....</b>	<b>83</b>
<b>5. CONCLUSÕES.....</b>	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>89</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal na prática médica possui a particularidade de atuar em um contexto de extrema complexidade, em que os mecanismos disponíveis se aperfeiçoam para garantir máxima previsibilidade durante um tratamento ou certeza em um diagnóstico; enquanto a própria tutela penal se torna cada vez mais incerta. Muitos atribuem essa disparidade ao distanciamento cada vez maior entre os conhecimentos técnicos da prática médica e aqueles acessíveis ao julgador. O intuito do presente trabalho se dá por outra via, tendo como hipótese central ponderar que não se trata de um problema do julgador com a ciência médica, mas com a própria ciência jurídico penal. Em outros termos, que a dogmática penal deve ser revisitada para melhor atender às expectativas postas pelo contexto em que irá atuar.

A partir desta hipótese, diversos desafios despontariam ao presente trabalho, de forma que um recorte maior precisa ser feito para a análise do que se propõe. O desafio de compreender um equívoco não desejado (crimes culposos), a administração ou prescrição de medicamentos não autorizados (Lei n.11.343/06), a formulação de documentos falsos (crime de atestado falso, por exemplo). São apenas alguns exemplos de quão amplo é o horizonte da responsabilidade penal médica. A opção metodológica, no entanto, toma por recorte a omissão médica. Muitas podem ser as justificativas para tanto.

Primeiramente, a omissão em si ainda é elemento nebuloso para a dogmática penal em geral. Fenomenologicamente, a omissão é o vazio, o nada que mantém inalterado o curso natural. Sancionar penalmente a omissão é, previamente, atribuir um dever de agir a alguém determinado em determinada situação, legitimidade que não pode ser dada ao direito penal sem considerável receio. Neste sentido, é necessariamente compreender pertencimento a uma estrutura, uma ordem posta, capaz de institucionalizar expectativas por meio de normas de conduta e, como observa Juarez Tavares, esta compreensão não é politicamente avalorada<sup>1</sup>. Acrescente-se, carrega não só uma visão de sociedade, mas de deveres e de pessoa. A forma como são interpretadas as expectativas sociais, acaba por definir a atuação desejada e, por fim, a própria esfera de liberdades de um cidadão, integrado à estrutura em que este está compreendido.

---

<sup>1</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.42 et seq. Interessante a consideração de Correia, não raramente repetida, de que um “direito penal liberal” não pode ter crimes omissivos puros em demasia, razão pela qual estes são os menos comuns e recebem menor atenção. Ver: CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1971, p.300 et seq.

Na atividade médica, a compreensão de pertencimento a uma ordem específica com deveres próprios é bastante clara, seja pela regulação posta, seja pela própria compreensão social do papel do médico. Mas, juridicamente, por critérios claros, o que se pode esperar deste profissional no desempenho de suas funções? Esta é uma questão a ser respondida ao longo deste trabalho e carece, de fato, de alguma sistematização mais clara.

Em segundo lugar, o tema goza de clara relevância social e obscuridade quanto a sua relevância penal, já que a atividade médica é extremamente abrangente, ainda que subdividida nas mais diferentes especialidades; mas é também campo sensível, pois lida diretamente com a segurança e o bem-estar da população, e sigiloso, o que demonstra a importância do laço de confiança feito entre médico e paciente. Neste cenário, a omissão médica é a maior frustração sobre o paciente e aqueles que o acompanham. O tratamento pouco cordial, chegando ao limite da violação ao consentimento do paciente, parece ao próprio paciente até justificável na medida em que ainda há resquícios de um paternalismo médico, no qual este é o único que compreende a gravidade da situação e saberá atuar. Um médico não precisa ser “simpático” ou “sensível”, desde que “resolva o problema”. Por sua vez, a falta de acesso a informações relevantes sobre um tratamento, em muitos casos, é justificada pela precariedade do sistema e dos registros médicos diante da demanda. Porém, nada incomodará mais um paciente do que buscar um médico e não receber a devida atenção e o necessário encaminhamento. Ir a um hospital e encontrar um médico incapaz de atender, ou que ali não está. Também seria uma omissão médica esta ausência? Para o paciente, claramente.

A importância do tema ainda se revela pelo desafio que é repensar a dogmática penal fora do que tem sido o epicentro das reformas legislativas e dos estudos penais. A criminalidade econômica, por diversas razões, e, principalmente, pela sofisticação do meio em que ocorre, tem trazido questões até então pouco afeitas ao direito penal de justiça. Questionamentos que, para os céticos, poderiam ser excessivos, como a necessidade de um novo paradigma para definição da autoria delitiva, recebem nova atenção diante da incapacidade de compreensão da distribuição de tarefas em organismos empresariais.

A transposição da dogmática desenvolvida no âmbito do direito penal secundário para o direito penal de justiça se torna mais simples em um ambiente como a atividade médica, razoavelmente regulado. Mas requer também um novo olhar sobre os

próprios elementos comumente analisados neste contexto, como protocolos preventivos e a gestão de risco. Esta perspectiva ainda não foi devidamente analisada no Brasil, mas já pode ser melhor observada em outros países e em recomendações da Organização Mundial da Saúde.

Feitas estas considerações, resume-se o problema do presente trabalho em uma pergunta: como imputar corretamente a omissão médica penalmente relevante? Deste questionamento e da hipótese pontuada anteriormente, objetiva-se com o presente trabalho encontrar os critérios normativos claros, suficientes e adequados para atribuição de responsabilidade pela omissão médica. Como descrito no art.13, §2º, Código Penal, tem relevância penal a omissão quando o agente podia e devia agir para evitar um resultado, sendo este dever (a) uma obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, (b) um compromisso assumido pelo próprio agente de evitar um resultado ou (c) uma responsabilidade derivada de comportamento anterior. Com base nesta estrutura, desenvolvem-se três objetivos-meio específicos: a) sistematizar adequadamente os deveres médicos e sua relevância penal (dever agir); b) obter um conceito normativo do “poder agir” do profissional médico (poder agir); c) encontrar as hipóteses corretas de autoria delitiva para o ambiente médico (posição de garante delegada ao agente, assumida pelo agente ou criada pelo mesmo).

Os dois primeiros capítulos deste trabalho, divididos sobre a análise do dever e do poder agir médico, também demonstram que tais elementos constituem não apenas a estrutura da omissão, mas de qualquer discussão sobre as teorias do delito, polarizadas historicamente entre injusto (análise do dever) e culpabilidade (análise do poder), ainda que essa divisão não seja completamente pura<sup>2</sup>.

Para o presente estudo, tomam-se como métodos a análise indutiva da legislação pertinente e demais documentos relevantes para compreensão do sistema de saúde brasileiro, bem como o método sistemático, que permita articular de forma coesa os diferentes institutos dogmáticos. Para tanto, o trabalho se sustenta pela revisão bibliográfica pontual, sem a preocupação de estender as discussões possíveis em cada instituto até seu esgotamento, o que tornaria o presente trabalho inviável, mas até o ponto em que reste clara a possibilidade de futuros desenvolvimentos por novas perspectivas. Neste sentido, o presente estudo não busca um sistema fechado, mas

---

<sup>2</sup> Desnecessário aqui retomar toda a discussão sobre as categorias do delito, exercício muito bem realizado em: PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p.109 et seq.

novos caminhos possíveis para a resolução de casos em busca da adequada pacificação social.

Esta opção pode não parecer a mais adequada. De fato, a preferência para um debate como este seria justamente partir da análise de um caso concreto ou de grupos de casos, não da legislação pronta. Porém, tem-se claro que a metodologia se justifica pela necessidade social da pesquisa e nenhum estudo pode se legitimar somente por seu método. De forma concreta, toma-se como pressuposto inicial que o judiciário brasileiro não precisa de uma longa revisão bibliográfica, demonstrando erudição, nem de novas classificações em grupos homogêneos, pois os tribunais não precisam de auxílio para as generalizações<sup>3</sup>. A pesquisa no campo proposto se legitima pela necessidade de demonstração de que a legislação existente é sim rica o suficiente para oferecer talvez, ainda que não as melhores soluções, mas soluções melhores que as atuais.

Por fim, cabe ressaltar um aspecto de fundo deste trabalho. O direito penal, em seus diferentes períodos desde o século XVIII, tomou diferentes paradigmas em sua estruturação para melhor compreender sua realidade, embora seu maior desafio sempre tenha advindo da necessidade de justificar sua legitimidade. O presente trabalho tem por centro uma compreensão, que se desenvolverá ao longo dos capítulos, de que a sociedade se estrutura a partir de comunicações interpessoais, valoradas por critérios próprios ao contexto. De igual modo, a preocupação cada vez maior com segurança e previsibilidade trouxe não apenas para o direito penal a importância de se pensar a administração do risco em cada interação. Portanto, estrutura social funcional, comunicação e gestão de risco são três elementos que permearam todo o trabalho e para os quais se buscarão definições suficientes para a compreensão do problema posto, deixando maiores debates para outras reflexões.

---

<sup>3</sup> Embora não caiba aqui apontar os exemplos jurisprudenciais, em período inicial da pesquisa, debruçou-se sobre diversas decisões no âmbito penal médico e restou claro que quase todo tipo de incidente é considerado um homicídio ou uma lesão corporal culposa, seja por ação ou omissão. Há, inclusive, pela taxatividade dessa forma de julgamento, uma pobreza injustificável na apresentação dos fatos em cada sentença. Em suma, a jurisprudência brasileira pouco tem a oferecer em matéria dogmática e, por isso, menos ainda oferece em matéria fática para discussão dos casos. O presente estudo não apenas optou, portanto, dispensar esse suporte jurisprudencial, como decidiu olhar profundamente para o mesmo ordenamento e demonstrar desdobramentos que indiquem ao leitor os rumos para soluções concretas sem que se esgotem aqui os aprofundamentos todos possíveis.

## 2. O DEVER AGIR DO MÉDICO

A atividade médica contemporânea se estrutura a partir de quatro deveres principais, que nada mais são que resultados de diversos acontecimentos históricos e casos debatidos em tribunais. São estes: a) o dever de informar; b) o dever de aconselhar; c) o dever de colher o consentimento do paciente; d) a vedação ao abandono<sup>4</sup>.

O dever de informar é meio pelo qual se constrói a confiança entre o médico e seu paciente e, em tese, seria o primeiro elemento necessário para que essa relação se desenvolva de forma segura. O dever de informar impõe a necessidade de obter um diagnóstico exato, explicar em detalhes e com clareza a situação para o paciente e apresentar os possíveis tratamentos disponíveis. Também se desdobra na obrigação de proteger essas informações, disponíveis, em regra, somente ao paciente.

O dever de aconselhar, por sua vez, é uma restrição direta à “medicina defensiva”, pela qual o profissional apenas atua em uma margem segura, na qual não pode ser responsabilizado por decisões cruciais. Esta margem o coloca distante do paciente e dificulta o bom desempenho de qualquer tratamento. Quando o paciente busca um profissional específico, espera que este lhe apresente a melhor solução. O dever de aconselhar impõe ao médico o compromisso com seu paciente, exige deste uma opinião e o torna responsável por seus resultados, ainda que não se vá dizer que haverá sempre a justificativa para responsabilização civil ou penal por danos provocados.

O dever de colher o consentimento é o ponto mais delicado doutrinariamente, já que para cada regra criada surge um novo caso que a coloca em xeque. O consentimento é a liberdade limitada dada pelo paciente para que o médico possa atuar. Sem ele, nada é possível. Por esta razão, o consentimento, em alguns casos de grave urgência, pode ser presumido, mas deve estar presente. Estas questões serão melhor trabalhadas no capítulo seguinte, por hora sendo apenas interessante ressaltar que esta é a verdadeira fonte legitimadora da atuação médica.

A vedação ao abandono, principal preocupação do Capítulo V do código de ética médica, toca de forma mais clara a omissão médica. Sintetiza a expectativa do

---

<sup>4</sup> Ver: FERNANDES, Fernando Andrade. AGAPITO, Leonardo Simões. Responsabilidade médica e o compliance como instrumento auxiliar da tutela penal. In: ZUB, **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. 1 Ed. Curitiba, Juruá, 2018, p.53-74.

paciente e dá forma ao sistema de saúde. A vedação ao abandono diz respeito às situações de urgência, aos procedimentos longos, aos quadros clínicos que demandam vários atos, bem como à igualdade de tratamento, sem distinção entre indivíduos. A vedação ao abandono pauta a atividade médica em si e a instrumentaliza na efetivação do direito à saúde, protegido constitucionalmente.

Sintetizada dessa forma, a atividade médica é fundada em deveres positivos e negativos (necessidade de agir e proibição de agir) que se desdobram em muitos outros. Esta subdivisão auxilia a apresentação clara da prática médica, permite a leitura global da atividade, inclusive a observação de seus limites éticos, mas não se encontra no código penal ou no código de ética médica. Por esta razão, ainda que tomando por referência os conceitos ora apresentados, o presente capítulo fará uma análise dos deveres penais postos aos médicos, a partir de dois blocos, deveres de informação e deveres de tratamento<sup>5</sup>. Ambos os deveres dizem respeito à relação do profissional com seu paciente ou com o sistema de saúde, diferenciando-se pelo objeto na relação (informações e uso da técnica).

## **2.1 Os deveres de informação**

A informação, seja pelo dever de informar, seja pelo dever de aconselhar, é o elemento que vincula um profissional médico a seu paciente, é a base da confiança dessa relação, é instrumento essencial para o diagnóstico e acompanhamento de um quadro clínico, e ainda oferece subsídio para a gestão do sistema de saúde e desenvolvimento de políticas de prevenção. Omitir informação ou prestá-la de forma insuficiente ou inútil traz danos claros ao sistema e ao paciente, razão pela qual a legislação estabelece de forma bastante específica a atenção à gestão de informações e aos documentos médicos.

### **2.1.1 Informações devidas ao paciente**

Com relação às informações a serem fornecidas ao paciente, o código de ética médica institui, dentre suas diretrizes (Capítulo II), o dever de indicar ao paciente o melhor procedimento reconhecido cientificamente, do qual derivam deveres “meio”, a saber: a) produzir documentos (receitas, atestados, prontuários) legíveis e de fácil

---

<sup>5</sup> Juntamente com os deveres de informação e os deveres de tratamento, o código de ética médica possui ainda um terceiro bloco, que podem ser chamados de “deveres corporativos”, que se dizem respeito à relação entre médicos e para com os conselhos federal e estaduais. Quanto a estes, não cabe uma análise aprofundada aqui.

identificação, tanto de seu conteúdo, quanto de sua autoria (art.11 e 87, CEM); b) informar o paciente sobre os riscos ambientais a que este esteja exposto, seja pela localidade em que vive, seja pela atividade profissional que exerce (art.12 e 13, CEM); c) informar o paciente, ou seus representantes e familiares (em casos excepcionais), sobre diagnósticos e prognósticos, dando os detalhes necessários para o tratamento adequado (art.34, CEM); d) esclarecer ao doador de órgãos e tecidos os riscos presentes no procedimento que realizará (art.44, CEM); e) informar em detalhes outro profissional que atue no caso (art.53, 54 e 55, CEM); f) manter registros atualizados do caso em prontuários e oferecê-los ao paciente sempre que este solicitar (art.86, 88 e 91, CEM).

A partir desta caracterização administrativa da atividade médica com relação às informações a serem oferecidas ao paciente, destaca-se, em um primeiro momento, o art.15 da Lei n.9.263/96, que trata do planejamento familiar, proibindo a realização de procedimento de esterilização em desacordo com as normas cabíveis, dentre elas, a prévia orientação e aconselhamento multiprofissional; bem como o art.14, da Lei n.9.434/97, que trata do transplante de órgãos e tecidos, para o qual é necessário o prévio esclarecimento, ao doador ou seus familiares, dos riscos e desdobramentos do procedimento.

Contudo, a sonegação de informações, a não cooperação com outros profissionais envolvidos no caso, a falta de orientação ao paciente ou a produção de documentos de forma falha e insuficiente são condutas omissivas que vilipendiam os chamados bens jurídicos penalmente tutelados, como vida e integridade física. Analisando, porém, o código penal, os tipos penais de homicídio (art.121, CP) e lesão corporal (art.129, CP) não são capazes de abranger a omissão de informações. Nem mesmo os tipos de exposição a perigo (art.132, CP) ou de omissão de socorro (art.135, CP) oferecem margem para esta interpretação. Por mais que a informação sonegada seja relevante ao caso concreto, fala-se aqui de uma situação em que os tipos penais são executados a partir das informações, não pela administração delas em si.

A tutela do direito à informação é prevista pelo código de defesa do consumidor (Lei n.8.078/90), que abrange a oferta de serviços e destaca a importância da proteção à saúde do consumidor. O código de ética médica dispõe taxativamente contra a compreensão dos serviços médicos como relação de consumo (Capítulo I, inciso XX). Mas de que outra forma se poderia compreender juridicamente o contrato estabelecido entre médico e paciente? Ainda que seja uma relação personalíssima, assim também são outras diversas atividades econômicas. Ainda que se possa considerar a



particularidade do interesse público e o dever do Estado de oferecer acesso à saúde, de igual forma ocorre com o interesse público e o dever do Estado de oferecer acesso à educação. Por fim, ainda que de outra forma queira compreender o código de ética médica, as normas consumeristas também são de ordem pública, previstas constitucionalmente.

Dessa forma, são três os tipos penais quanto a sonegação de informação: a) omitir informações prévias sobre tratamentos e exames (art.66, CDC); b) impedir o acesso do consumidor a informações pessoais em bancos de dados (art.72, CDC); c) não corrigir informações equivocadas em bancos de dados (art.73, CDC).

Por estes tipos, tem-se comprovada a relevância penal dos artigos anteriormente mencionados do código de ética médica, de modo que a tutela administrativa oferece os contornos normativos do que é esperado pelo CDC no campo médico. E, quanto a isto, é importante destacar a regulação, pelo Conselho Federal de Medicina, pela Portaria n.1.821/2007, que o prazo mínimo para guarda de documentos físicos (prontuários, cópias de atestados e cópias de receitas) em instituições hospitalares e consultórios é de 20 anos. No entanto, se estes documentos forem armazenados em meio digital, seu armazenamento deve ser permanente. Portanto, o prazo pelo qual podem exigir os pacientes segue as mesmas orientações.

### 2.1.2 Informações devidas ao sistema de saúde

Em regra, o paciente é o único a quem o médico deverá dar informações sobre exames e tratamentos, mas a lei pode criar deveres específicos para com órgãos do sistema de saúde. Essa exceção se dá pela importância dos dados para a formulação de políticas públicas.

O código de ética médica pontua, dentre seus princípios fundamentais, a responsabilidade do profissional de informar as autoridades competentes sobre danos ao ecossistema que possam gerar problemas à saúde de uma população (Capítulo I, inciso XIII, CEM) e a responsabilidade de denunciar abusos cometidos por colegas de trabalho (Capítulo I, inciso XVIII, CEM). Em suma, o médico ocupa posição privilegiada para observar a influência do ambiente sobre a saúde humana, sendo especial ator para a efetivação do direito constitucional a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art.225, CF). De igual forma, tem meios e competência para coibir as condutas que violem a ética profissional. Destes princípios, é dada como diretriz a liberdade para denunciar e não atuar em instituição hospitalar que não ofereça condições mínimas para

sua segurança e de seus pacientes (Capítulo II, incisos III, IV e V, CEM). E são, portanto, deveres do médico: a) colaborar com as autoridades sanitárias (art.21, CEM); b) deixar de denunciar práticas que violem a dignidade do paciente (art.25, CEM).

Quanto ao primeiro dever, de colaboração com o sistema para manutenção de um meio ambiente equilibrado, o princípio da fragmentariedade ponderou como tipos penais: a) deixar de denunciar à autoridade cabível doença pública para qual exista previsão compulsória (art.269, CP); b) deixar de notificar à autoridade sanitária os procedimentos de esterilização que realizar (art.16, Lei n.9.263/96). O primeiro destes casos é norma em branco para a qual cabe portaria do Ministério da Saúde ou de Secretaria estadual, tendo em vista aspectos regionais que determinadas doenças possuem. No entanto, uma possível revogação de portaria ou retirada de um dos itens da lista não levaria a um *abolitio criminis*, porque não descaracterizaria a conduta (compreende-se como lei temporária).

Com relação a denúncia de práticas que violem a dignidade do paciente, trata-se de uma posição de garante adquirida por lei *lato sensu*, nos termos do art.13, §2º, I, CP, pois o código de ética médica impõe um dever de vigilância sobre os demais profissionais, ecoando a previsão da Lei n.9.455/97, art.1º, §2º, quanto à participação no crime de tortura pela omissão ao dever de evitar ou apurar a conduta.

### 2.1.3 A proteção das informações obtidas

De forma apartada, pode-se dizer que, para além dos deveres de oferecer informações sempre que necessário às partes interessadas, deve ainda protegê-las dos demais. Seja em um consultório, seja em uma unidade de saúde ou hospital, o profissional da saúde deve tomar todos os cuidados necessários para preservar o nome e as informações clínicas de todos os pacientes. De forma exemplificativa, os dados que forem relevantes para a formulação de pesquisas e políticas, devem ser trabalhados com a proteção ao nome dos pacientes; os casos que forem apresentados em fóruns de pesquisa devem se atentar para não oferecer meios de identificação do paciente.

As informações produzidas por instituições de saúde podem ter as mais diferentes aplicabilidades econômicas<sup>6</sup>, seja para análise de mercado, busca por novos

---

<sup>6</sup> Um caso bastante famoso ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, em 1999, quando um enfermeiro foi preso por matar pacientes, desligando aparelhos e aplicando injeções letais, para posteriormente receber uma comissão por indicar determinada empresa funerária. Ver: “O enfermeiro da morte”, Revista Época, disponível em 13.12.2010, em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI185962->

clientes ou desenvolvimento de novos tratamentos. Porém, o acesso a informações pessoais como nome, documentos e diagnósticos pode também ser uma ameaça para a imagem de uma pessoa.

Assim, o paciente também é responsável pelo diagnóstico, pois, à medida que oferece informações pessoais (dor, fatores ambientais e situações de risco a que se expôs, por exemplo), o médico obtém maior detalhamento do caso e grau de certeza quanto ao diagnóstico final. Essa responsabilidade do paciente, a ser analisada no próximo capítulo, deriva da confiança de que tais informações somente serão usadas em seu benefício, do contrário a análise de “custo-benefício” seria desfavorável à atividade médica. O médico e a instituição que armazenam, portanto, informações pessoais recebem um dever de guarda e proteção sobre estas.

Dentre os princípios fundamentais do código de ética médica, o sigilo é posto como regra (Capítulo I, inciso XI, CEM), para a qual somente lei pode estabelecer exceção. Dentre as diretrizes do Capítulo II, o inciso III garante ao médico o direito de apontar falhas que coloquem em risco os pacientes e nisto também se incluem vulnerabilidades do banco de dados. As normas sobre o sigilo profissional se apresentam no Capítulo IX, de modo que toda informação obtida em razão da profissão deve ser guardada, inclusive em casos de: a) menores que já tenham discernimento; b) trabalhadores quando não há risco laboral; c) uso da imagem do paciente, mesmo com autorização; d) a publicação de caso que seja facilmente identificável, mesmo que preservado o nome; e) em caso de investigação criminal na qual a quebra do sigilo acarrete um processo penal contra o paciente; f) paciente falecido; g) intimação para atuar como testemunha de fato que saiba pela atividade médica<sup>7</sup>.

Outro ponto relevante é a responsabilidade do médico professor orientar seus alunos quanto a importância do sigilo profissional. Se a Lei n.12.842/13 estabelece como privativa à classe médica a atuação como docente de matérias especificamente médicas (art.5º, III), o docente é garante de seus alunos e será responsabilizado, administrativa e penalmente, caso haja uma infração ao sigilo, bem como deverá solidariamente indenizar os danos causados ao paciente.

---

15223,00-O+ENFERMEIRO+DA+MORTE.html>. O mesmo uso das informações pessoais do paciente pode ocorrer para favorecer determinadas indústrias farmacêuticas e planos de saúde.

<sup>7</sup> A quebra de sigilo profissional foi considerada, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente decisão, como prova ilícita, gerando nulidade de processo crime iniciado por denúncia de médico quanto a prática do aborto. Sobre isso, ver: “Quebra de sigilo médico causa nulidade de ação criminal de aborto”, Justificando, disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/03/13/quebra-de-sigilo-medico-causa-nulidade-de-acao-criminal-de-aborto/>>. Acesso em: 16.03.2018.

Considerando que a tutela administrativa seja assim determinada de forma uníssona, a tutela penal se diversifica a depender da instituição (pública ou privada). A quebra de sigilo profissional, em regra, é prevista no art.154, CP, sendo aplicável a médicos, mas também aos funcionários de hospitais privados responsáveis pela segurança de documentos, físicos ou digitais. Porém, em se tratando de instituição pública de saúde, a responsabilidade dos médicos, ou mesmo dos funcionários de empresa privada contratada para armazenamento de documentos de instituição pública (art.327, §1º), aplica-se o art.325, cujas penas máxima e mínima são dobradas. Trata-se de distinção coerente do sistema, pois administrativamente, as funções do médico ou da instituição são igualmente violadas. Penalmente, tutela-se a relação posta entre médico ou instituição e o paciente. A relação entre privados é tutelada como contrato sensível. A relação entre o privado (paciente) e o poder público (representado por seus agentes) tem outra valoração, ainda mais sensível ao direito penal.

O próprio banco de dados é tutelado de forma diversa, sendo que a inserção falsa de dados, alteração de dados ou supressão de documentos em banco de dados público pode gerar a responsabilização penal (art.313-A, 313-B e 314, CP, respectivamente), enquanto no âmbito privado somente é relevante o dado incorreto que o consumidor pediu para ser corrigido e não o foi (art.73, Lei n.8.78/90). A facilitação do acesso de terceiros não autorizados aos dados sigilosos, prevista no art.325, §1º, I, CP, pode ser absorvida pelo tipo penal de corrupção passiva se houver ao menos a expectativa de retribuição ao que facilitou (art.317, CP).

Por fim, a atividade médica guarda a particularidade de não apenas lidar com informações em papel, mas informações “orgânicas”, amostras de tecidos, fluídos e resíduos oferecidos pelo próprio paciente. Sobre estes, brevemente deve-se aqui apontar, é relevante destacar que a existência de duas resoluções principais. Materiais orgânicos podem ser armazenados em razão de uma pesquisa a ser desenvolvida (biobancos) ou ao longo de uma pesquisa (biorrepositórios). Esta diferenciação está presente na Resolução n.441/2011, do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

A referida resolução igualmente define que os biobancos devem possuir um “protocolo de desenvolvimento”, no qual são apresentados os responsáveis por sua segurança e seus aspectos fundamentais (como o tempo de armazenamento máximo do material coletado e sua posterior forma de descarte). A resolução ainda define os elementos mínimos a serem explicados ao paciente e apresentados em “termo de

consentimento livre e esclarecido”, de modo que nenhum material seja obtido e armazenado a revelia do paciente.

A Resolução do CNS n.466/2012, que também trata da coleta e utilização de material orgânico para pesquisa, diferencia o termo de consentimento (assinado pelo participante da pesquisa ou seu representante legal) e o termo de assentimento (documento com o mesmo conteúdo que o termo de consentimento, porém apresentado de forma facilitada e assinado por participantes incapazes).

Em suma, material orgânico também guarda diversas informações sensíveis quanto à saúde e identidade do paciente, de modo que sua proteção carece de reforço penal, mas que ainda não foi devidamente definida pelo legislativo brasileiro<sup>8</sup>.

## 2.2 Os deveres de tratamento

Os deveres de tratamento são mais simples que os deveres de informação, embora isso implique em maior discricionariedade do profissional em sua atuação, tornando esta uma questão jurídica de maior nebulosidade. Definido o que o médico deve informar ao paciente, o impedimento a condescendência criminosa e o cuidado com os dados produzidos e obtidos, os deveres de obter o consentimento e a vedação ao abandono podem ser compreendidos em três situações específicas, a saber, casos de urgência e emergência, tratamentos prolongados e o revezamento de profissionais.

### 2.2.1 Casos de urgência e emergência

A Resolução n.1.451/95<sup>9</sup> dispõe que os casos de urgência ou emergência são situações em que pode haver risco à vida do paciente ou intenso sofrimento, sendo necessário, respectivamente, assistência ou tratamento médico. Para o código de ética médica, situações de urgência e emergência são pontuadas como exceções para: a) caso em que o médico não possui condições adequadas de trabalho e decide não mais exercer sua atividade em determinada instituição; b) escusa de consciência para não realizar determinado procedimento; c) obter o consentimento esclarecido do paciente; d) direito de escolher o caso em que atuará (art.33, CEM).

---

<sup>8</sup> Sobre isso, interessante reflexão: SOUZA, Vinícius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. In: **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 56 (3): 268-273, jul.-set. 2012.

<sup>9</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.451/95, de 10 de março de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 1995. Seção 1. p. 3666. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451\\_1995.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm)>. Acesso em: 27.07.2017.

O consentimento esclarecido não se confunde com o consentimento válido. O consentimento é exigido sempre, motivo pelo qual é possível estabelecer um testamento vital, previamente limitando os procedimentos a serem praticados, bem como a exigência de assinatura, pelo paciente ou responsável, de termo de internação, de modo que o paciente aceita previamente os procedimentos (e limitações) estabelecidos pela instituição, inclusive em casos de urgência e emergência. O consentimento, em casos em que há risco à vida do paciente e necessidade iminente de intervenção médica, dispensa a prévia explicação e pode então ser presumido, o que ainda o torna válido. Se as situações de urgência e emergência fossem consideradas como uma legítima defesa de outrem, ou atuação em estado de necessidade, as violações aos próprios limites legais e procedimentos operacionais para estas situações seriam fragilizadas e perderiam sua razão de existir. Seria então uma autorização absurda para violar quaisquer deveres, justificando-se pela “necessidade concreta de agir”

Neste ponto, uma explicação inicial deve ser feita. O código penal, em seu art.146, §3º, I, dispõe que a falta de consentimento do paciente em situações de urgência e emergência não configuram constrangimento ilegal. Se o legislador entende que uma situação de urgência ou emergência seria, portanto, uma excludente de tipicidade, ela não será jamais uma excludente de ilicitude. Por uma interpretação sistemática, embora a terminologia legal não seja clara a este ponto, o referido inciso dispõe quanto a dispensabilidade do consentimento esclarecido, presumindo-se um consentimento válido. Pode-se dizer que há uma colisão de deveres, em que o dever de agir dispensa o dever de esclarecer, sem ultrapassar a esfera do “poder agir”, a ser aprofundado neste trabalho no próximo capítulo<sup>10</sup>.

Em suma, os casos de urgência e emergência exigem uma atuação rápida e objetiva dos profissionais da saúde, que criam exceções a direitos médicos, sem que isso

---

<sup>10</sup> A ilicitude (elemento interno à análise do injusto) não será aqui mais profundamente analisada, de modo que resta apenas pontuar, conforme faz Pawlik, com referência a Karl Binding que suas excludentes são medidas pelas “concretas condições de poder evitar um resultado”, em que um agente, apesar de violar deveres, segue sendo “fiel ao Direito” (enquanto ordem jurídica vigente – Estado democrático de Direito). Ver: PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Jesus-María Silva Sanchez e outros (org.). Barcelona: Atelier, 2016. Na situação acima referida não se trata da violação de um dever propriamente, mas a colisão de deveres. A atuação médica é diretamente ligada a riscos e emergências, portanto um quadro grave de um paciente não pode ser utilizado por um profissional da saúde como situação “excepcional”.

se reverta, diferente do que se costuma pensar, em maiores liberdades de agir ou uma licença para violações.

### 2.2.2 Tratamentos prolongados

Em tratamentos de demandam o acompanhamento pelo médico por dias ou meses (até anos), o profissional não pode ficar o tempo todo ao lado do paciente, podendo delegar algumas de suas funções a sua equipe (enfermeiros e técnicos de saúde) ou mesmo ao paciente e acompanhantes (com exceção das práticas restritas a médicos, apresentadas pela Lei n.12.842/13). Para essa situação, o código de ética médica prevê em seu Capítulo V uma série de normas quanto a vedação ao abandono, a saber: a) a não utilização de todos os meios de diagnóstico e tratamento disponíveis e reconhecidos pela ciência médica (art.32); b) deixar de atender determinado paciente, ainda que por razões justificadas, sem se fazer suceder por profissional devidamente informado do caso (art.33, §1º); c) abandonar paciente com moléstia grave ou incurável, sem razoável motivo, prestando-lhe os cuidados paliativos cabíveis (art.33, §2º); d) prescrever tratamento sem o adequado diagnóstico (art.34).

Resta claro que o acompanhamento do caso se deve fazer com constante uso de meios de diagnóstico, observação do paciente e cooperação entre ambas as partes, a partir das informações trocadas e cumprimento conjunto do tratamento necessário. Estabelecer essa dinâmica é responsabilidade do médico e deve ser acatada pelo paciente, de modo que a responsabilidade do profissional aumenta proporcionalmente à adequada aceitação pelo paciente. Por sua vez, o abuso da técnica por parte do profissional, exagerando o número de visitas e consultas ou complicando exames e tratamentos, também é condenável pelo código de ética médica (art.35).

### 2.2.3 Revezamento de profissionais

Em tratamentos iniciados com um profissional específico, a responsabilidade é facilmente atribuível ao médico por violar seus deveres de agir ou não agir. No entanto, quando o paciente busca um hospital, não procura o atendimento de um médico específico, mas da instituição, de modo que aos profissionais que compartilham responsabilidades entre si em sistema de revezamento são atribuídos específicos deveres para que haja o bom desempenho das atividades.

O código de ética médica estabelece dois conjuntos de deveres para estas situações, em seu Capítulo III: a) deveres de cooperação com a apuração de

responsabilidade – assumindo os procedimentos que tiver realizado e não assumindo a responsabilidade pelos atos que não tiver participado; b) deveres de cooperação com o plantão – não faltando a plantões de forma injustificada, nem se ausentando sem que haja outro profissional apto para o substituir. Este segundo bloco é complementado ainda pelo Capítulo VII, que trata da relação entre os médicos, devendo o médico, ao final de seu turno, informar a situação de todos os pacientes que ali estão ao médico que o substituirá (art.55).

A articulação entre profissionais, principalmente de áreas médicas distintas, é bastante complexa. Muitas vezes, os plantões hospitalares não se dão apenas entre profissionais diversos em momentos diferentes, mas vários profissionais trabalhando ao mesmo tempo para a resolução de vários casos. Tratando dessa situação, King e Moulton, analisando as decisões tomadas em equipes médicas, apresentam como desafios da tomada de decisão médica compartilhada: a) tempo, custo e recursos (uma equipe permite a melhor construção do quadro clínico e da análise, desde que haja tempo e recursos para que essa equipe trabalhe); b) complexidade da comunicação (quanto maior o número de profissionais, maior o número de interações e maiores as chances de má compreensão); c) as necessidades e expectativas do paciente (o paciente precisa ser ouvido e esclarecido ainda)<sup>11</sup>. Como pontuam os autores, a coordenação de uma equipe médica exige treino, protocolos claros e procedimentos confiáveis.

#### 2.2.4 A responsabilidade penal diante dos deveres de tratamento

Feitas as necessárias considerações quanto aos deveres administrativos, observa-se um grau muito mais abstrato da tutela penal se considerados os deveres de informação. Nesse sentido, existem pelo menos cinco tipos, no Código Penal, relevantes para o presente debate acerca da omissão na atividade profissional, a saber: a) o homicídio simples (art.121); b) exposição à perigo a vida ou a saúde de outrem (art.132); c) abandono de incapaz (art.133); d) a omissão de socorro (art.135); e) os maus-tratos (art.136). Não cabe a discussão quanto ao procedimento de eutanásia, em que haveria o uso de um elemento externo, como a injeção letal, pois deixaria de existir dúvida quanto à aplicação do art.121, §2º, III, do Código Penal (homicídio

---

<sup>11</sup> Ver: KING, Jaime Staples; MOULTON, Benjamin. Rethinking Informed Consent: The case for Shared Medical Decision Making. **American Journal of Law & Medicine**, Boston, v. 32, p. 429-501, 2006.



qualificado)<sup>12</sup>. O grau de abstração dos tipos, porém, leva a um aparente sobreposição de deveres.

Inicialmente, uma análise do Código Penal exige uma observação dos bens jurídicos tutelados, que definem a própria organização do texto. Todos os tipos penais são apresentados como “crimes contra a pessoa”. Com exceção do homicídio simples, apresentado como crime contra a vida (capítulo I, Título I, parte especial), os demais são compreendidos como “periclitção da vida e da saúde”. A vida e a saúde são, portanto, bens a serem protegidos de afetação penalmente relevante (lesão ou exposição a perigo). Por não ser qualquer afetação, não é correta a direta transposição (o Direito Penal protege bens jurídicos). Os tipos penais estabelecem a afetação penalmente relevante, as condutas indesejadas, instituindo obrigações. Tais deveres, se violados, podem afetar tais bens. Nem todo dever violado, de fato, gera tal dano. Nem toda afetação é fruto de um dever violado. Nenhuma dessas duas formulações incompletas legitima a intervenção penal.

---

<sup>12</sup>Surge, de fato, uma nova dúvida, distinta, quanto à aplicação da atenuante do §1º, do art.121, pensada para um contexto de procedimento de eutanásia, conforme apresenta o excerto n.39 da Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. Sobre o “homicídio piedoso”, ver: LEVENE, Ricardo. **El delito de homicidio**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p.145 e ss, em que o autor apresenta o homicídio piedoso em diferentes culturas, partindo quase sempre da ideia de morrer para manter a honra. Ver também: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Questões atuais de crimes contra a vida**. São Paulo: LiberArs, 2016, p.29 e ss, em que o autor comenta que não há extinção de nenhuma das categorias do delito, tendo em vista a previsão do código, mas em circunstâncias como um irmão que mata outro, tendo a vítima pedido isso em momento de sofrimento, seria possível a leitura como uma “coação moral irresistível”, extinguindo a ilicitude do fato – com referência ao tribunal do júri que assim acatou a decisão, disponível em: MARTÍNES, Fernandes. **Fratricídio Perdoado. Júri acata tese de coerção e inocenta homem que matou irmão a pedido dele**. In <http://www.conjur.com.br/2015-out-28/juri-sao-paulo-inocenta-homem-matou-irmao-pedido-dele>, acessado outubro de 2016. Não é de todo um contrassenso a aplicação da atenuante do §1º com a qualificadora do §2º no mesmo caso, por disporem sobre “motivação” e “meio de execução”, ao mesmo tempo que não se apresenta como a técnica legislativa mais clara. Por se tratarem de critérios, em primeira instância, de competência do Tribunal do Júri, caberia um cuidado maior. Em suma, nem toda substância letal pode ser mecanicamente compreendida como meio cruel, do contrário, desconfiguraria a finalidade humanitária (“relevante valor social ou moral”). Neste sentido, são chocantes a subjetividade e o risco de má compreensão dos critérios por Júri leigo. Enquanto a exposição de motivos, em seu excerto n.39, dispõe que a morte de um “traidor da pátria”, movida pela indignação, pode ser uma causa de atenuação da pena (§1º), a traição pode ser compreendida pela maioria dos jurados como um motivo torpe (§2º). De forma exemplificativa, considere-se um atentado contra uma pessoa pública, condenada por um grande crime de corrupção, considerado como um “traidor do povo”. As mesmas razões políticas podem ser consideradas motivo torpe. Em suma, o relevante “valor social” e o “motivo torpe” podem se confundir a depender do Júri, inclusive em se falando de um procedimento de eutanásia. Não se depara com um problema puramente material, mas também processual dos requisitos, de difícil padronização das decisões. Também não se fala de um problema unicamente quanto a este critério. Ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes contra a pessoa: crimes contra a vida: homicídio. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 5, jan./mar. 1972, p.28 et seq, o autor fala que o delito de homicídio foi basilar para o desenvolvimento de muitos institutos penais, como a tentativa e o concurso de agentes. Se nem sempre a dogmática permite a solução mais justa, um juízo técnico ao menos oferece segurança jurídica.

O tipo penal de homicídio simples (art.121) dispõe como dever “não eliminar vida humana alheia”<sup>13</sup>. Sendo bastante direto em seu comando, resta claro seu desdobramento. Nenhuma conduta ativa pode ser dirigida com objetivo de eliminar vida humana alheia. Omissivamente, a falta de uma determinada conduta, quando houver o dever de evitar o resultado morte, o dever de proteger pessoa sob guarda ou, por conduta anterior, a criação do risco, para evitar a “eliminação da vida humana alheia” pode ser reconhecida como a realização do tipo.

Observe-se, a omissão pode ser a conduta que gera um resultado indesejado do art.121, Código Penal, exatamente pela inadequada administração do risco não permitido. Por exemplo, um médico que deixa de administrar um antibiótico que sabe ser necessário a um paciente fragilizado está administrando a morte deste, inclusive com grau de precisão superior ao indivíduo que dispara uma arma de fogo. Então como diferenciar essa administração equivocada do risco das condutas mencionadas no capítulo seguinte, que dispõe sobre a “periclitación da vida”? Particularmente, como diferenciar o homicídio simples por omissão e a exposição da vida alheia a perigo agravada pelo resultado morte? Uma interpretação ampla deste tipo penal permitiria, pela omissão, nas modalidades tentada e consumada, descartar todo o segundo capítulo do primeiro título da parte especial do Código, feitos os devidos ajustes de algumas particularidades a serem acrescentadas como agravantes. Esta conclusão parcial, contudo, demanda uma observação mais atenta sobre os tipos já mencionados.

Ocorre que no capítulo sobre a periclitación da vida e da saúde, a referência que se faz não é à administração do risco, mas ao controle de perigos. Embora se faça uso do conceito de risco e sua administração para a própria compreensão de conduta, admite-se que o risco pode ser calculado, enquanto o perigo, não<sup>14</sup>. Em outras palavras, o risco carrega em si uma previsão do resultado, enquanto o perigo pode até vislumbrar um resultado, mas sua concretização depende de fatores incontroláveis e imprevisíveis. De acordo com a exposição de motivos do Código, o elemento subjetivo nos crimes de “perigo à vida ou à saúde” incide na realização do perigo, não sobre o resultado, razão

---

<sup>13</sup>Ver: FRAGOSO, idem, p.28.

<sup>14</sup>Sobre a distinção entre risco e perigo ver: FERNANDES GOMES, Ana Cristina; AGAPITO, Leonardo Simões. Um olhar da política-criminal sobre a vítima de homicídio no tráfego terrestre: a autocolocação em perigo e o âmbito de proteção da norma. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **O lugar da vítima nas ciências criminais**. São Paulo: LiberArs, 2017, p.347 e ss.

pela qual não é possível analisar a tentativa nestes crimes, tratando-se de crimes formais<sup>15</sup>.

A título de exemplo na área médica, fica clara a distinção entre risco e perigo quando é indicado a um paciente o uso de um medicamento. A recomendação de um medicamento já testado e amplamente utilizado se mostra como um risco, que poderá ser considerado “permitido” ou não, na medida em que as contraindicações não abrangem o quadro clínico específico do paciente. Por outro lado, a recomendação de um medicamento ainda em fase de testes, do qual não foram colhidos resultados quanto a possíveis reações danosas, mesmo que não provoque danos ao paciente, é compreendida como exposição a perigo. Por ser crime de perigo, a falta de dano ao paciente (ou mesmo sua efetiva melhora) seria solucionada apenas no âmbito da culpabilidade<sup>16</sup>.

Assim, pode-se compreender que, do crime de “perigo para a vida ou saúde de outrem” (art.132, CP), surge o dever de “não criar perigo à vida humana alheia”, podendo ser violado ativamente ou omissivamente, seja por não tomar os devidos cuidados em atividade cotidiana, seja por realizar uma conduta inapropriada. São exemplares para o que se descreve aqui, respectivamente, a realização de cirurgia sem a devida esterilização dos objetos e a realização de exame radiográfico sem observar restrições que possa ter o paciente.

Se a conduta praticada não visa a lesão, mas uma outra finalidade, permitida, porém, o modo pelo qual essa conduta é praticada viola normas mínimas de segurança, como então diferenciar o que aqui se expõe do homicídio culposo por imprudência? A distinção permanece sobre os conceitos de risco e perigo, mas ambas se dirigem à reprovação de uma forma de agir sem cuidado<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>Ver a Exposição de motivos da parte especial do Código Penal, n.43. Neste sentido, destacam-se que: a) o resultado morte é agravante (elemento de maior punibilidade); b) os crimes de perigo à vida e à saúde são, em realidade, considerados crimes de perigo concreto (ver também o n.46 da Exposição de motivos da parte especial do Código Penal).

<sup>16</sup>Não é desconsiderada aqui a autonomia do paciente e seu consentimento para a alteração do âmbito de responsabilidade para sua esfera de atuação. Ocorre que não é consensual a possibilidade de consentir quando não se tem conhecimento dos possíveis resultados. Neste sentido, existem diversos documentos históricos que limitam experiências médicas a menos que o próprio médico seja a cobaia. A autonomia será objeto de análise no próximo capítulo.

<sup>17</sup>Salta aos olhos que a imprudência no homicídio se aproxime tanto da forma dolosa da exposição a perigo. Neste sentido, ressalta Jakobs a imprecisão dos atuais modelos de dolo e culpa, ver: JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.42 e ss.

Por sua vez, o crime de “abandono de incapaz” (art.133, CP) estabelece o dever que se permite ler como “não deixar de proteger pessoa sob sua guarda”<sup>18</sup>. Em outras palavras, o agente não é a fonte do perigo, mas deveria evitá-lo em razão de função. Chamado pela doutrina como crime próprio<sup>19</sup>, este delito não pode ser cometido por qualquer um, mas, somente por aquele que goza de uma determinada função, seja o empregador, que deveria oferecer equipamento de proteção, seja o tutor, que deveria vigiar um infante, seja o médico, que deveria impedir a deterioração da saúde do paciente, realizando exames continuamente. Diferentemente dos anteriores, este tipo penal é unicamente omissivo.

O crime de “omissão de socorro” (art.135, CP) não se fundamenta em uma relação especial entre os agentes (omisso e vítima), mas na relação entre todos os membros de um sistema social, de uma mesma ordem jurídica. A solidariedade é pressuposta e protegida, ainda que indiretamente, pela valorização do compromisso para com a vida de outrem. Se aproxima do tipo penal do abandono de incapaz na medida em que é unicamente omissivo, mas é completamente distinto no dever depreendido, a saber, destaca-se o “não deixar de auxiliar, quando possível, outrem que se encontra em perigo”. No entanto, os conhecimentos especiais de um profissional médico não podem ser exigidos em uma situação em que todos possuem um mesmo dever, razão pela qual este tipo penal não teria desdobramentos na área da saúde.

Quanto a isto, cabe apresentar um exemplo com desdobramentos no âmbito médico. Pelo código de ética médica (art.7º), em casos de emergência em que o profissional está atendendo em setor de plantão, este não pode se negar a atender paciente, porém fora do plantão seu dever de agir não é distinto dos demais. Pode-se falar assim da clássica cena de uma pessoa que se engasga em um restaurante e um colega ou um funcionário do restaurante grita “alguém é médico?”. Ainda que haja um médico, seu dever de tentar desengasgar será rigorosamente o mesmo de outrem que tenha participado de algum curso de primeiros socorros, que será o mesmo dever daquele que nunca teve contato com conceito médico algum. São todos consumidores

---

<sup>18</sup>Sobre este tipo penal, Aníbal Bruno o diferencia da exposição a perigo, pois haveria no art.132 um agente que cria o perigo, enquanto, no art.133, ocorreria a violação de um dever de assistência. Ver: BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p.225 e ss. Discorda-se, no entanto, quando o autor considera que a exposição a perigo seja uma “transferência para o perigo”, uma conduta necessariamente ativa. A falta do preparo correto não deixa de ser uma exposição a perigo enquanto ainda se concretiza unicamente pela omissão.

<sup>19</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p.275.

no restaurante. Cabe dizer, a responsabilidade de zelar por um cliente pode ser maior do garçom do que do próprio profissional da saúde que ali esteja fazendo uma refeição<sup>20</sup>.

Por fim, o crime de “maus-tratos” (art.136, CP) dispõe sobre a não alimentação de pessoa, o não emprego dos cuidados indispensáveis ou o uso imoderado da força com finalidade de “educação, ensino, tratamento ou custódia”. Trata-se de uma conduta semelhante ao descrito no tipo penal de exposição a perigo (art.132, CP), em que o agente é fonte criadora do perigo, abrangendo também casos semelhantes ao do abandono de incapaz (art.133, CP), em que deveria o agente cumprir uma função de cuidado; mas se distancia de ambas ainda em seu elemento subjetivo da tipicidade (finalidade). De forma mais objetiva, a exposição a perigo é a realização de uma conduta sem o cuidado necessário; o abandono de incapaz é o não cumprimento de um dever de vigilância especial; “maus tratos” é a aplicação de uma técnica reprovada com o abuso de uma posição de garante<sup>21</sup>.

Assim, destacam-se como deveres iniciais inerentes à atividade médica: a) administrar um risco à vida de paciente de forma adequada diante dos resultados previsíveis; b) atuar em conformidade com padrões de segurança, tendo em vista a imprevisibilidade de determinados danos; c) acompanhar o desenvolvimento de um quadro clínico; d) não causar dor ou aflição ao paciente, privando-o, de forma desnecessária, dos cuidados básicos, independentemente de seu propósito terapêutico.

Considere-se o caso hipotético em que um paciente que se encontra no setor de terapia intensiva e não tem seu equipamento, como uma sonda pela qual é expelida a urina, substituído no tempo correto, provocando o desenvolvimento de infecções pela deterioração natural desta, culminando na morte do paciente. Para a correta atribuição de responsabilidade pela omissão, há de se considerar se o processo infeccioso é: a) fruto da administração inadequada de um risco; b) fruto de uma atuação inadequada diante de padrões de segurança, cujo resultado era possível, mas independente (poderia ou não ocorrer de acordo com outras condições ambientais incontrolláveis); c) falta de

---

<sup>20</sup>Sobre os deveres de asseguramento, deve-se ter o cuidado de, nas palavras de Jakobs, não causar uma asfixia dessa sociedade. Ver: JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.35 e ss. De forma clara, exigir a todo momento condutas de proteção e prevenção, impede que pessoas exerçam suas potencialidades e assumam para si próprias riscos desejados.

<sup>21</sup>O referido tipo, no âmbito médico, teria por exemplares principais as diversas denúncias feitas contra as instituições manicomiais, cujos pacientes eram submetidos a tratamentos com choques elétricos e isolamento; bem como ao tratamento conferido até hoje, em diversos estabelecimentos prisionais, em que intervenções cirúrgicas, médicas ou dentárias, são realizadas sem o uso de anestésicos, com clara violação a direitos humanos e às Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos).

vigilância e cuidado adequado; d) privação dos cuidados básicos com finalidade terapêutica.

Ocorre que, com o aperfeiçoamento do material utilizado, dos equipamentos de monitoramento, da esterilização dos ambientes, das experimentações, enfim, da ciência médica como um todo, poderia se chegar a dizer que os médicos não são completamente alheios ao processo infeccioso ou de que não haja previsibilidade suficiente sobre este. Em resumo, o grau de precisão para a administração de um quadro infeccioso seria elemento determinante para a compreensão de qual dever se faz referência aqui.

### 2.3 Previsibilidade como legitimação do dever

Seguindo a proposta de uma análise indutiva e sistemática, passa-se agora a ponderar sobre o sistema até aqui exposto a partir de um referencial teórico normativista e comunicativo. A sociedade como analisada por Jakobs é composta por estruturas comunicativas pré-configuradas que servem de base para o desenvolvimento das interações diárias<sup>22</sup>. Estas estruturas devem ser suficientes para diferenciar o que é aceitável ou não, o que é uma inovação e o que é uma conduta desviante danosa. Outro aspecto importante aqui é apontar que a natureza de um dever sugere a razão de sua violação. A norma natural, que deriva do conhecimento de mundo, só pode ser violada por uma falta cognitiva. As normas jurídicas e morais são violadas por volição. Um “defeito volitivo” deve ser respondido com uma sanção<sup>23</sup>. Compreende-se aqui que as normas morais, em regra, possuem sua sanção social (marginalização e exclusão social, por exemplo), que não é (necessariamente) jurídica. No caso das normas jurídico-penais, há a pena. Não cabe então ao direito punir sujeitos irracionais, mas aqueles que se mostram refratários. Se esse sujeito quer comunicar que uma norma não tem validade, a pena comunica que essa opinião (expressa pela conduta) não tem validade<sup>24</sup>.

Contudo, diferentemente do que a dogmática tentou comprovar de que essas normas protegeriam bens, há uma clara necessidade de se evitar condutas atribuindo

---

<sup>22</sup>O autor parte de um fundamento hegeliano para explicar a organização por mandatos, que podem ser de proibição (não fazer) ou de asseguramento (agir quando necessário). Sobre isso, ver: JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.23 e ss.

<sup>23</sup>Sobre as normas naturais (ou normas do entorno social) e as normas construídas (ou diretamente sociais), ver: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.85 e ss.

<sup>24</sup>JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.27.

deveres. Para Jakobs, essa questão fica ainda mais clara quando se apresentam os delitos de perigo abstrato, para os quais a teoria dos bens jurídicos se relativizou para além do conceito de afetação mínima de um bem jurídico. Apesar de todas as críticas possíveis e necessárias, o que se vê é uma criminalização irreversível, fruto de uma postura intervencionista do Estado contemporâneo, mas para o qual uma perspectiva funcional está melhor preparada, inclusive para a diferenciação dos tipos penais tradicionais<sup>25</sup>.

Para Jakobs, o aumento dos tipos penais de perigo abstrato é sinal de um modelo de Estado que surge, um “Estado de prestações”, no qual existem condições básicas a serem garantidas para o desenvolvimento e, para o qual a segurança não é fruto de sua atuação (segurança como desdobramento de desenvolvimento econômico, educação e inclusão social, por exemplo), mas um direito em si (direito a um meio ambiente equilibrado, a um tráfego seguro, por exemplo). Diferentemente das teorias que tratam da “afetação de bens jurídicos” ou de uma “perturbação à ordem pública”, se a segurança é um direito a ser protegido pelo Estado, deve-se evitar uma efetiva lesão<sup>26</sup>. Em suma, as estruturas normativas não foram alteradas, mas o “status quo” protegido é que se tornou confuso.

---

<sup>25</sup>JAKOBS, idem, p.35. O autor aqui fala de normas funcionais (que produzem deveres gerais, indicados pelos tipos tradicionais) e normas intervencionistas (que produzem novos deveres, indicados pelos tipos penais de perigo abstrato). Isso se justifica porque no âmbito da administração estatal, a ideia de condutas em si neutras serem proibidas não é nova, mas um Estado que avança sobre o Direito Penal para oferecer maior “segurança”, lança mão daquilo que sempre lhe foi instrumento. Essa postura intervencionista, como chama Jakobs, pode ser bem compreendida como uma “administrativização do Direito Penal”. Celso Bandeira de Melo destaca que o Direito Penal é, historicamente, parte do Direito Administrativo (ou melhor, Direito Público), não havendo distinção entre as infrações e sanções administrativas e penais, senão pela autoridade competente para aplicá-las. Ver MELO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Ed.30, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p.863. Talvez esta consideração seja marca de anos recentes em que a Administração Pública assim operou discricionariamente no Brasil. Aparentemente, os crimes de perigo abstrato não são tão estranhos ao ordenamento jurídico nacional. Exemplificando: crime de “incitar desobediência coletiva a lei de ordem pública”, art.9º e a distribuição de panfletos que pudesse motivar a insubordinação de militares, art.10, parágrafo único, alínea a, ambos da Lei de Segurança Nacional (n.38, de 4 de abril de 1935). Igualmente, há diversos exemplos no Decreto Lei n.314, de 13 de março de 1967.

<sup>26</sup>Neste sentido, reforça o autor, refletir sobre a sociedade e sobre as exigências impostas ao direito é compreender a configuração atual. JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.37. No cenário brasileiro, isso é evidente nos âmbitos de tutela do meio ambiente e dos crimes de trânsito. Cabe então pensar nos protocolos de segurança e higiene que devem ser mantidos pelo profissional médico, o uso de técnicas, instrumentos e químicos em si perigosos ou proibidos. São deveres muitas vezes que não tem em vista diretamente a proteção da vida, mas da segurança. Não se pode dizer que o Direito Penal não avançará por este caminho. Pode-se dizer mais, o meio ambiente de trabalho é tutelado pela Constituição Federal e a falta de protocolos mínimos de salubridade pode gerar responsabilização administrativa e trabalhista para um administrador hospitalar e para a própria instituição. Estas questões serão melhor tratadas no último capítulo, mas cabe relembrar que, neste momento, o objetivo é, pela análise proposta a partir dos delitos de perigo abstrato, compreender os deveres normativos sobre o profissional médico.

A saúde é elemento claro desse modelo de Estado de prestações, pois ainda que seja permitido ao particular explorar economicamente o setor, também é dever do poder público garantir o acesso a todos os tratamentos necessários. Por se tratar de área sensível, percebe-se uma intensa regulação e o estabelecimento de diversos padrões mínimos da prestação, como os equipamentos mínimos para o atendimento de urgência e emergência (Resolução CFM n.1.451/1995), os profissionais necessários para o atendimento multifocal a vítimas de violência doméstica (Portaria n.485/2014, Ministério da Saúde), os cuidados exigidos para procedimentos de transplante de órgãos e tecidos (Resolução CFM n.1.623/2001) e a própria organização de prontuários médicos (Resolução CFM n.1.638/2002).

O ponto central nos debates sobre os crimes de perigo abstrato se dá pela forma como as condutas condenáveis, particularmente em ambientes complexos como economia, tráfico e meio ambiente, são pouco distintas das condutas aceitas. A fronteira é estreita e demarcada cuidadosamente, inclusive no que diz respeito à intenção. O exemplo então apresentado por Jakobs é de um comerciante astuto e um comerciante que realiza fraudes. Suas estratégias podem ser muito próximas e sua finalidade pode ser rigorosamente a mesma, o lucro<sup>27</sup>. Da mesma forma, no âmbito médico, na busca por finalidades positivas, as intenções válidas já permitiram danos maiores que o próprio bem buscado, de modo que restou claro em documentos internacionais sobre o tema que há limites para a pesquisa médica e para o desenvolvimento de tratamentos<sup>28</sup>. Tais deveres de “abstenção” são os primeiros limites claros que se podem apresentar à compreensão da omissão penalmente relevante.

A primeira conclusão tirada desta seção, portanto, é de que o sistema possui uma fundamentação social para a criminalização de uma conduta. Essa fundamentação sistêmica deve ser buscada pelo aplicador do Direito, respeitando o direito que se visa proteger, o dever efetivamente reprovado socialmente, o dano efetivamente produzido

---

<sup>27</sup>Ibidem, p.37.

<sup>28</sup>Com referência aos experimentos realizados em prisioneiros de guerra durante a Segunda Guerra Mundial, Christian Bernadac destaca sua preocupação com as gerações mais novas, que não viveram o holocausto e os abusos do nazismo, que, ao tempo de seu livro, já se formavam como profissionais da saúde, porém capazes de ver problemas na forma como as pesquisas e os tratamentos realizados pelos médicos do III Reich. Neste sentido, a motivação de Bernadac para a obra era contribuir para a conscientização dos profissionais, para que nenhuma geração futura revivesse os fantasmas do nazismo. Ver: BERNADAC, “Médicos malditos”, p.10 et seq. Ainda sobre os mencionados documentos, como marco da bioética, o Relatório Belmont, disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>, acessado em 30.06.2017. É necessário também ressaltar como marcos da pesquisa e prática médica: as regras de Nuremberg (1947); as declarações de Helsink (1964 e 1997), a Declaração de Genebra da Associação Médica Internacional (1948-2006) e o Código Internacional de Ética Médica (1949-2006).



ao sistema; mas nunca se encontrarão juridicamente os limites para dizer quais condutas devem ou não ser criminalizadas. Pode-se dizer, portanto, que não é possível juridicamente dizer se é correto ou não que condutas como a ortotanásia sejam criminalizadas, por exemplo. É, contudo, possível indicar porque alguns dos deveres médicos devem ter relevância, ou melhor, em que medida atingiram aquilo que se buscou proteger com os deveres penais. Em suma, juridicamente é possível apenas compreender a coerência normativa da imputação posta no caso concreto.

A segunda conclusão é a de que ambientes intensamente regulados assim se regem por iniciativa própria. O mercado de capitais, após crises e reiteradas fraudes, estabelece padrões de registro de informações; o setor financeiro, após o abuso por parte de alguns agentes, compreendeu a necessidade dos acordos de Basileia; da mesma forma o Conselho Federal de Medicina, após diversos incidentes médicos, compreendeu a necessidade de emitir resoluções em determinadas áreas. Contudo, essas normas não são apenas fruto dos incidentes, mas de uma necessária reflexão posterior aos incidentes e seus danos. Certos riscos não podem ser eliminados, seja pela complexidade da questão, seja pela imprescindibilidade de determinadas atividades. Delimitar o aceitável não pode ser apenas um juízo arbitrário e de fato não é isso que se tem observado.

#### **2.4 A gestão de risco na atividade médica**

Falar em segurança na área da saúde (health safety) é necessariamente identificar os riscos do setor (formulação e observação de dados), avaliar os riscos e estabelecer uma agenda de prioridades para, ao final, estabelecer meios de mitigação do risco<sup>29</sup>. A gestão de risco, área de estudos que desenvolve mecanismos de prevenção a danos, é atualmente utilizada por administradores, engenheiros de produção, analistas de relações internacionais e segurança pública, mas ainda não foi suficientemente explorada pelo Direito. Não é possível, nem necessária, uma longa explanação sobre seus instrumentos e debates, mas conceituar brevemente sua utilidade para a aplicação do direito penal.

---

<sup>29</sup>Para um aprofundamento dos tópicos a seguir, ver: BERG, Heinz Peter. Risk management: procedures, methods and experiences. **Reliability: Theory & Applications**, v.1, n. 2(17), 2010, p.79 et seq. RENN, Ortwin. Three decades of risk research: accomplishments and new challenges. **Journal of Risk Research**, Londres, v.1, n.1, 1998, p.49 et seq. KNEGTERING, B.; PASMANN, H.J. Safety of the process industries in the 21st century: A changing need of process safety management for a changing industry. **Journal of Loss Prevention in the Process Industries**. Amsterdam, v.22, n.2, 2009, p.162 et seq.

Preliminarmente, deve-se destacar que a gestão de riscos (*risk management*) é empregada em muitas áreas, mas tem aplicabilidade mais segura em contextos de variáveis limitadas com reduzido número de atores<sup>30</sup>. Embora seja empregada por diversos setores de defesa e segurança estatais para a prevenção de riscos em casos de terrorismo e crimes cibernéticos, pois qualquer medida de contenção é facilmente contornada pelos atores.

Igualmente, embora diversos conceitos sejam compartilhados, há de se distinguir *security* e *safety*, ambos traduzidos como segurança. De forma objetiva, *security* é a área que previne riscos criados intencionalmente, externos, como ataques terroristas e interferência estrangeira. As medidas mitigadoras para o setor de *security* perpassa pela própria compreensão da atuação do “inimigo”<sup>31</sup>.

Por sua vez, *safety* diz respeito aos riscos pré-existentes, intrínsecos ao ambiente ou a uma atividade, como fenômenos naturais e produção de energia nuclear. As medidas mitigadoras incidem sobre o desenvolvimento de infraestrutura adequada e protocolos de controle de danos<sup>32</sup>. A área da saúde é um evidente exemplo de *safety*, pois os riscos não são intencionalmente criados, são inerentes à prática. A atuação médica é justamente a prevenção a doenças, promoção e proteção da saúde e reabilitação de enfermos (art.2º, parágrafo único, da Lei n.12.842/13).

Em síntese, não se trata a gestão de risco, na regulação da atividade médica, de um meio de proteger o sistema frente a atuação dos profissionais, mas de mecanismos que garantam a efetividade do sistema de saúde, inclusive reduzindo a probabilidade de erro de seus agentes. Em termos bastante simples, não se pretende evitar o mal (algo produzido intencionalmente); pretende-se garantir que se faça o bem (apoiar a atuação médica). Ocorre que para a fixação de parâmetros de segurança, novas condutas são esperadas dos profissionais da saúde (novos deveres) e novos resultados se tornam previsíveis (perigos transformados em riscos calculados). Portanto, analisar a violação de deveres médicos exige a análise do programa hospitalar a que estava o profissional submetido.

---

<sup>30</sup>BERNSTEIN, Peter L. The new religion of Risk management. **Harvard Business Review**, Cambridge (MA), sem paginação, mar/abril, 1996. Disponível em: <<https://hbr.org/1996/03/the-new-religion-of-risk-management>>. Acesso em: 12.03.2018.

<sup>31</sup>VAN DER BERG, Bibi; PRINS, Ruth. Security and Safety: a conceptual analysis. **COURSERA**, Leiden, 2018. Disponível em: < <https://www.coursera.org/learn/risk-in-modern-society/supplement/7beAY/the-study-of-risk> >. Acesso em 22 fev.2018, p.5 et seq.

<sup>32</sup>Ibidem, p.7 et seq.

#### 2.4.1 Os desafios da gestão de risco na área da saúde

Na área da saúde há desafios próprios, como a necessidade de proteger pessoas fragilizadas de novas infecções e doenças e o uso intensivo de antibióticos. Considerando que o hospital é um local em que muitos pacientes, com distintas doenças e vulnerabilidades, são concentrados em espaços comuns, impedir que os mais frágeis tenham contato com novas doenças é um ponto complexo para a organização espacial de um hospital. Igualmente, as doenças que se propagam com maior facilidade precisam de estruturas adequadas para conter sua expansão. Já o uso intenso de antibióticos e produtos de higienização torna o hospital um local propício para a seleção e desenvolvimento de colônias de superbactérias, resistentes ao tratamento convencional<sup>33</sup>. Dessa forma, investir em manutenção, equipamentos e pesquisa nessa área é um elemento crucial<sup>34</sup>.

Todavia, um desafio enfrentado com maior ou menor intensidade em todas as áreas em que é necessário o desenvolvimento de programas de gestão de risco é o desenvolvimento de conscientização do problema e treinamento adequado de profissionais para atuarem em conformidade aos programas de prevenção estabelecidos. A chamada “percepção do risco”, que é a ideia construída de forma pessoal quanto ao risco, é muito diferente da “avaliação do risco” feita pelos especialistas e comissões de análise<sup>35</sup>.

A percepção do risco é baseada principalmente no impacto produzido pelo risco, menos que pela possibilidade que este se concretize. Situações de epidemia podem causar um alvoroço muito maior que o necessário e populações fora de risco podem se sentir tão ameaçadas quanto os próprios grupos verdadeiramente vulneráveis. Outro elemento que contribui para a percepção distinta do risco é o paradoxo da

---

<sup>33</sup>Ver: HERR, Lidvina, ORO, Inez Maria, LORENZINI, Alacoque, SILVA, Lorena Machado e. Comissão de controle de infecção hospitalar. **Revista Brasileira de Enfermagem**, 31(2), 182-192.

<sup>34</sup>Ver: MORSE, Stephen S. Factos in the Emergence of Infectious Diseases. **Emerging Infectious Diseases**, Atlanta, v.1, n.1, 1995, p.7 et seq. **ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**. Emerging systemic risks in the 21th century: an agenda for action. Paris: OECD, 2003, p.10 et seq. MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S. The challenge of emerging and re-emerging infectious diseases. **Nature**, Maryland, v.430, 8.jul.2010, p.242 et seq.

<sup>35</sup>Para uma melhor compreensão dos elementos apresentados a seguir, ver: KASPERSON, Roger E.; RENN, Ortwin; SLOVIC, Paul; BROWN, Halina S.; EMEL, Jacque; GOBLE, Robert; KASPERSON, Jeanne X.; RATICK, Samuel. The social amplification of risk: a conceptual framework. *Risk Analysis*. New Jersey, v.8, n.2, 1988, p.177. ROESER, Sabine. PESCH, Udo. An emotional deliberation approach to risk. *Science, Technology & Human Values*, Waltham, v.41, n.2, 2013, p.274 et seq. SLOVIC, Paul. Perception of risk. *Science*, Washington, v.236, 1987, p.280 et seq.

segurança (*safety paradox*)<sup>36</sup>. Pessoas que creem estar totalmente imunes a um risco se sentem muito mais afetadas quando alguém próximo é atingido. Por exemplo, se considerarmos que a maioria das vítimas de homicídio no Brasil pertencem às classes econômicas mais baixas, as classes mais altas se sentem muito mais inseguras quando há uma vítima do mesmo contexto social do que quando há a publicação do índice crescente de homicídios no Brasil.

Esta compreensão distinta do risco é explorada pelos meios de comunicação, mas também por governos, que obtém uma convergência de interesses da população e tendências populistas de recrudescimento penal. É exemplar a promulgação da Lei n.12.653/2012, que acrescentou o art.135-A ao código penal, após um incidente envolvendo uma figura pública e hospitais privados de Brasília<sup>37</sup>.

O inverso é ainda mais perigoso. A negligência diante de riscos graves traz problemas muito mais graves e concretos que a histeria coletiva. Em geral, a percepção do risco pode ser atenuada por elementos como a familiaridade (*e.g.* populações de cidades interioranas costumam ter maior receio de imigrantes se comparadas a populações de grandes centros, que estão mais habituadas aos fluxos migratórios), o controle pessoal (*e.g.* o motorista que se sente seguro com sua condução a despeito de seus passageiros), a voluntariedade (*e.g.* o receio quanto à vacinação compulsória ser maior do que com a própria doença), o terror (*e.g.* doenças raras costumam causar muito mais terror que problemas de saúde comuns) e a existência de uma “contrapartida” (*e.g.* a prática de esportes radicais, a despeito do número de vítimas fatais; o uso de medicamentos a despeito do vício que podem gerar no usuário – o prazer e o alívio como elementos que “justificam o risco”).

Dessa forma, resta claro que o risco é um elemento objetivo, mas seu efeito sobre indivíduos é determinado por variáveis importantes. Para tanto, são desafios da gestão de risco na saúde: a) estabelecer padrões claros de segurança em setores estratégicos, seja para a organização da instituição hospitalar, seja para impelir os profissionais a atuar de uma forma determinada, proibindo condutas negligentes; b) realizar constante aperfeiçoamento e reforço das normas de segurança, para que os profissionais da saúde não assumam riscos desnecessários; c) pensar abordagens que não incutam, sobre profissionais e pacientes, imposições, mas conscientizem quanto aos

---

<sup>36</sup>SLOVIC, Paul. Perception of risk. Science, Washington, v.236, 1987, p.281.

<sup>37</sup>Ver: SAAD-DINIZ, Eduardo. Omissão de socorro nos hospitais privados: porque você é pobre deve morrer mais cedo. **Boletim IBCCrim**, ano 20, n.236, junho/2012, p.7.

riscos graves e incentivem condutas preventivas voluntárias; d) conscientizar a população em geral sobre os reais riscos de doenças e problemas de saúde, seja atenuando o terror causado por doenças raras, seja alertando quanto a problemas silenciosos; e) desaprovar de forma taxativa riscos desnecessários assumidos por profissionais, seja pela prática, seja pela indicação a seus pacientes.

### 2.3.2 Os procedimentos operacionais padrão (POP)

No Brasil, as instituições hospitalares contam com procedimentos operacionais padrão, consolidados em manuais, muitas vezes disponíveis para consulta pública na internet. Por eles, todos os profissionais da instituição (médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem) têm suas funções orientadas para cada tipo de atendimento e quadro clínico. Os POPs são um mecanismo de uniformização da atuação, de modo que a diferença entre profissionais é reduzida e a articulação dentro de uma equipe é facilitada pela previsibilidade independentemente da afinidade entre os atores.

Por meio de POPs, os comitês de gestão documental<sup>38</sup>, de prevenção a infecções<sup>39</sup> ou órgãos de supervisão devem definir relatórios, realizar diligências, apurar suspeitas de profissionais que tenham infringido normas de segurança e encaminhar seus próprios relatórios aos órgãos competentes. Tais comitês funcionam como *compliance officers* das instituições hospitalares, diferentemente das comissões de bioética<sup>40</sup>, que atuam somente como órgãos consultivos, mistos, cujas decisões não são vinculantes nem criam “precedentes”.

Nem os setores de *compliance*, nem as comissões de bioética isentarão o profissional médico de sua responsabilidade. O mero cumprimento dos procedimentos operacionais ou a anuência ao parecer da comissão de bioética são capazes de desconfigurar a violação de deveres médicos. Mas auxiliam, por seus relatórios, a compreensão do próprio julgador quanto às razões para um determinado comportamento do profissional no caso em questão. De forma objetiva, bons programas de prevenção e comissões de bioética prudentes não legitimam abusos, pelo contrário, devem o guiar para longe destes. As instituições, na tentativa de auxiliar seus profissionais, assume

---

<sup>38</sup>Exigência da Resolução do CFM n.1.821/2007.

<sup>39</sup>Exigência da Portaria do Ministério da Saúde n.2.616/98.

<sup>40</sup>Exigência feita pela Recomendação n.8/2015, do Conselho Federal de Medicina.

conjuntamente os riscos da atividade<sup>41</sup>, sem que os médicos, nesse processo, percam sua autonomia profissional (inciso VII, Capítulo I, CEM).

Algumas instituições de saúde pedem, em casos específicos, um “termo de responsabilidade” do profissional, dizendo expressamente que assume os riscos por uma determinada conduta que fuja aos padrões. Sobre isso, há apenas dois pareceres de conselhos regionais sobre o assunto. O primeiro, emitido pelo Conselho Regional do Paraná, que proíbe que o profissional assuma riscos que violem a legislação ou o Código de Ética médica<sup>42</sup>. O segundo, emitido pelo Conselho Regional da Bahia, dispensando o termo de responsabilidade em casos em que o profissional seja legalmente responsável por um agir determinado<sup>43</sup>. Neste sentido, os termos somente são válidos e possíveis quando o profissional, deliberadamente, decidir violar normas internas da instituição, ignorando recomendações estabelecidas por seus superiores, em prol da sua autonomia profissional. Neste caso, o termo torna a instituição conivente quando há violação à legislação pertinente (podendo implicar em responsabilidade civil solidária em caso de danos, bem como responsabilidade administrativa diante dos órgãos de fiscalização competentes), mas não altera a responsabilidade penal que repousa sobre o médico, sobre a qual nenhuma parte poderia dispor.

## 2.5 Análise de caso

A partir do que se analisou até aqui, propõe-se o caso<sup>44</sup>: um paciente procura um neurologista em razão de fortes dores de cabeça, que lhe causam ansia matinal diária. Após alguns exames e consultas espaçadas, o neurologista diagnostica um quadro de hipertensão (que passa a medicar) e recomenda um tratamento

<sup>41</sup>Sobre o funcionamento dos comitês internos, FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Ed.12, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.110, o autor destaca que atualmente as auditorias realizadas visam muito mais o corte de gastos e a precarização das condições de atendimento, preterindo a vigilância das boas condições do atendimento.

<sup>42</sup>CRM Paraná, Parecer n.0987/97, disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PR/1997/987>, acessado em 26.03.2017. O caso que gerou a consulta ao Conselho tinha por alvo um termo que era exigido dos profissionais que não realizassem uma das etapas de triagem de tecido sanguíneo antes de iniciar um processo de transfusão. O parecer considerou que o termo não apenas violava dispositivos legais e do Código de Ética, como parecia pouco razoável na medida em que a primeira triagem não constitui processo demorado que justifique a urgência.

<sup>43</sup>CREMEB, Parecer n.09/09, disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2009/9>, acessado em 26.03.2017. O caso que gerou a consulta tinha por finalidade garantir que o médico teria cumprido o procedimento exigido pela lei n.9.263/96. Contudo, a responsabilidade pelo procedimento é definida pela própria lei mencionada, em seu art.21, de modo que pouco sentido havia em um novo termo.

<sup>44</sup>Adaptado a partir do relato: MEDICAL PROTECTION, “A persistente headache”, disponível em: <https://www.medicalprotection.org/uk/resources/case-reports/case-reports/a-persistent-headache>. Acesso em: 20.03.2017.

fisioterápico, crendo ser um problema de tensão muscular. Após meses, o paciente passa por um exame de sangue de rotina e outro profissional verifica um quadro grave de nefropatia de refluxo, que consiste em um problema congênito de má formação no sistema excretor, causando ânsia, agravando-se para um quadro de hipertensão, desencadeando então a falência dos rins. Informado que o quadro seria resolvido com um simples exame de sangue ainda à época do primeiro diagnóstico de hipertensão, sem que viesse a sofrer (como acabou por acontecer) a falência de um dos rins, o paciente decide processar o neurologista sob o argumento de omissão profissional. Questiona-se, quais deveres fundamentam (ou não) a responsabilidade do neurologista em diagnosticar um problema nos rins?

Com base no que se apresentou anteriormente, deve-se pensar o dever penal cabível e seguir buscando os deveres civis e administrativos que fundamentem a imputação do curso delitivo. Primeiramente, não se pode falar aqui em homicídio (seja tentado ou culposo) por omissão, pois o exercício do diagnóstico não reside em um risco, mas em um perigo, justamente por não se saber com que quadro se está lidando (1). Não se pode também falar em omissão de socorro, pois efetivamente ocorreu a consulta e intervenção (2). Haveria, portanto, a exposição a perigo, por omissão, na medida em que o diagnóstico se fez de forma inapropriada (incompleta), sem que se esgotassem os exames necessários, conforme dispõe o art. 32, CEM (3).

A responsabilidade médica no diagnóstico não se limita a encontrar uma causa, mas compreender o quadro todo. Igualmente, a responsabilidade não pode ser limitada ou agravada pela especialidade do profissional. Nem poderia o quadro persistir por meses sem o acompanhamento, devendo o profissional recomendar retornos periódicos até a melhora definitiva.

Em uma variação do caso, considerando a hipótese de que as dores de cabeça não fossem devidamente diagnosticadas – sendo, na verdade, um problema de desidratação, relacionado a hábitos ruins –, e não houvesse ligação alguma com outra doença que pudesse ser diagnosticada pelo exame de sangue (por exemplo, uma doença sexualmente transmissível). Neste caso, a falta do pedido de exame de sangue não é determinante para o diagnóstico errado. Não se trata, portanto, do exame em si ou da descoberta de todos os problemas de saúde que possa ter o paciente, mas efetivamente agir para encontrar a causa correta. Este “dever de agir” somente é limitado, portanto, pelo “poder agir”.

## 2.6 Conclusões parciais

Diante do que se apresentou aqui, sintetizam-se os principais pontos.

Primeiramente, os deveres médicos, de acordo com o código penal e o código de ética médica, podem ser organizados entre deveres de informação e deveres de tratamento, com objetivo de garantir ao paciente que o médico irá utilizar as informações pessoais apenas para o bom desenvolvimento do tratamento e que, ao confiar seu caso a este profissional, terá um diagnóstico suficientemente seguro para o tratamento a ser desenvolvido.

As informações prestadas pelo paciente são condicionantes do bom desenvolvimento da atividade médica, sendo o trabalho de diagnóstico uma tarefa dividida entre ambos os polos (paciente-médico). O médico é garante das informações que pede duplamente, não devendo solicitar aquém ou além do necessário. É garante na proteção dos documentos (laudos, exames, receitas) que dizem respeito ao paciente, que não podem ser acessados por ninguém além do paciente ou profissionais chamados a intervir no caso, com exceção daquilo que deve ser informado ao próprio sistema de saúde por razões públicas. Mas é também garante por ser a relação médico-paciente uma relação de consumo para a tutela penal, onde o consumidor (parte vulnerável) não pode ser mantido alheio ao que se passa.

Quanto aos deveres de tratamento, a omissão não é apenas um “não agir”, mas um “não agir suficientemente”, ou mesmo “não agir de uma determinada forma”. O direito penal já considerou a omissão como um “não trabalho” e um não agir diante de uma situação de previsível dano. Uma concepção normativista compreende uma violação da própria estrutura social, que não é definida primariamente pelo dano previsível, mas pela conduta esperada. Estas condutas são pautadas já não precisam guardar íntima relação com o dano em si, mas podem se tornar cada vez mais abstratas tomando por referência o risco aceitável.

Duas questões que emergem como principais conflitos: a) como garantir que o risco aceitável será determinado principalmente com compreensões objetivas do problema? Como impedir que a percepção social do risco distorça a política de segurança a partir de uma plataforma populista? Esta uma questão que foge ao problema do trabalho, a ser respondida pelo próprio processo de formulação de tais políticas. Destaque-se apenas que não se trata de um problema de legitimidade.

Em segundo lugar, há debates sobre o “direito à verdade”, que confirmariam e confundiriam os deveres de informar. De forma simples, há situações em que o quadro



vulnerável do paciente só será agravado se o médico lhe disser sua real situação clínica, de modo que o dever de informar parece prejudicar o dever de tratamento. Portanto, como definir os limites entre deveres de informar e agir? Como compreender normativamente as exceções aos deveres de agir e comunicar e, principalmente, como valorar de forma diversa as diferentes infrações a tais deveres, atuando de forma proporcional frente o delito? Tais questões extravasam a categoria do dever e precisam ser pensadas a partir da culpabilidade<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup>O caminho metodológico aqui seguido foi bastante distinto daquele tomado por Pawlik em texto já referido, mas é relevante destacar que o autor conclui de forma muito próxima, em que considera a aplicação da pena um processo de dois passos, sendo o primeiro o processo de legitimação (verificação da ocorrência de um injusto) e o segundo, de determinação de sua medida (extensão do injusto). Ver: PAWLIK, Michal. **Ciudadanía y Derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Jesús-Maria Silva Sánchez e outros (org.). Barcelona: Atelier, 2016, p.116. As discordâncias com Pawlik, no entanto, residem quanto ao conteúdo destas categorias, embora sigam-se ainda caminhos próximos, mas por legitimações teóricas distintas (por exemplo, quanto às finalidades da pena), mas que não são em si excludentes, conforme demonstrado por Ruivo. Ver: RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e a finalidade da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 121. ano 24. p. 163-190. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

### 3. O PODER AGIR DO MÉDICO POR UMA PERSPECTIVA NORMATIVISTA

A categoria do poder agir restou negligenciada pela doutrina em geral e pouco se pode apontar para além de uma capacidade física, naturalística ou ontológica do sujeito<sup>46</sup>. Essa compreensão, em áreas como a saúde, se resume às condições fáticas do agente efetivamente atender um paciente e ter os meios necessários para o diagnóstico e aplicação do tratamento indicado, seja pela estrutura disponível, seja pelo grau de desenvolvimento da ciência médica. Neste sentido, o próprio profissional da saúde se vê submetido a ter seus conhecimentos e condições analisados por alguém leigo na área.

Pensar um “poder agir” normativo não é apenas uma demanda por um sistema jurídico-penal coerente com o injusto normativo, que dispense uma compreensão naturalística, nem mesmo a necessidade de coerência interna ao critério da culpabilidade, também normativa desde as correntes neokantianas. A necessidade surge da demanda por segurança jurídica. Mais do que isso, consiste em questão técnica a ser respondida já no momento de apreciação inicial pelo juiz criminal, na verificação da razoabilidade do processo e existência de justa causa<sup>47</sup>. Neste sentido, o presente capítulo faz uma análise da culpabilidade dentro do pensamento normativista, de modo que os critérios normativos advenham de uma autorreflexão jurídica quanto às esferas de atuação privada e a necessidade de preservação das estruturas normativas (prevenção geral positiva).

A esfera de atuação do médico é, na relação com o paciente, limitada pela própria esfera de liberdade do paciente e pelas valorações do sistema. De forma objetiva, não pode o profissional realizar um exame sem consentimento do paciente, bem como não pode ministrar medicação em desacordo com as normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A vontade do paciente garante claramente legitimidade para a atuação do profissional da saúde, pois, como contrato, depende de

---

<sup>46</sup>Neste sentido, ver: MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.290 et seq. Mir Puig pontua que existem no Direito penal apenas dois consensos quanto à capacidade de agir: a) a ideia do agir como impeditivo hipotético da causalidade; b) o resultado danoso ser independente em sua origem do “não-fazer”. Todavia, ainda que fosse consenso o nexa hipotético da conduta impeditiva, nunca foram consensuais os critérios de análise desse nexa.

<sup>47</sup>O “poder agir” não diz respeito somente ao resultado, que se encontra no homicídio omissivo, por exemplo, mas também aos cuidados que seriam esperados, as medidas paliativas e os exames cabíveis, que quando descumpridos configurariam o “poder agir” do abandono de incapaz. Neste sentido, o juízo sobre este elemento tem desdobramentos claros na distinção do próprio tipo penal que se pretende analisar.

um acordo de vontades. E, como contrato, os polos não podem se exceder em suas funções e liberdades, havendo uma regulação que garante validade e segurança.

Seguindo a proposta de um estudo indutivo e sistemático, não será desenvolvida uma longa análise quanto ao conceito de autonomia em direito penal ou os conceitos modernamente discutidos pela bioética, embora sejam de extrema relevância. A presente análise se aterá a compreensão do consentimento válido (oferecido pelo paciente e permitido pelo sistema) e sua relevância para a imputação penal, de modo que os conceitos a serem assimilados pelo sistema jurídico se encaixarão ao modelo proposto de forma progressiva, tão cedo sejam incorporadas pelas estruturas sociais.

### **3.1 O conceito de consentimento válido**

O código de ética médica compreende que o paciente não está em igual posição que o médico. Se as informações prestadas pelo paciente são decisivas para o bom diagnóstico e tratamento de um caso, as informações oferecidas pelo médico são determinantes para que o paciente decida sobre sua situação e exerça sua vontade. Os deveres de informação já foram apresentados, como a proibição de que o médico complique a terapêutica ou exceda as visitas e exames exigidos, o que pode gerar insegurança no paciente (art.35, CEM), e opor-se a consulta de outro profissional ou a formação de junta médica (art.39, CEM).

Quanto aos deveres de tratamento, por sua vez, todo ato, terapêutico ou com objetivo de obter um diagnóstico, carece da prévia anuência do paciente, sendo este um dever do médico, pedir permissão após informar. Sendo direito do paciente, não oferecida a permissão, não há “poder agir” do médico quanto ao que não se consentiu. Nos termos do Capítulo IV do código de ética médica, o não consentimento não importa em direito do médico de abandonar o caso, mas oferecer outros meios que sejam consentidos. É o caso, por exemplo, da greve de fome (art.26, CEM), em que o paciente não pode ser alimentado compulsoriamente, mas o médico deve acompanhar o processo e esclarecer cada fase experimentada pelo paciente. Da mesma forma, a discordância quanto a um método contraceptivo indicado pelo médico não permite que este não ofereça outros métodos. A vontade e o interesse do paciente são elementos pessoais que nem sempre podem ser resolvidos pela razão científica e reconhecer tal subjetividade implica garantir o exercício desta.

Esta questão pode parecer simples, auxiliada pela interpretação do art.15, do código civil, que garante o não constrangimento de um paciente a uma determinada

intervenção cirúrgica. Mas assim não compreendem os tribunais. Considerando a Jornada VI de Direito Civil, em seu enunciado n.533, o paciente pode decidir sobre todos os tratamentos, mesmo aqueles que lhe acarretarão risco imediato, “salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”<sup>48</sup>. A justificativa para tal interpretação utiliza de argumentos liberais para valorizar a autonomia do paciente, quando na verdade o limita. As situações de emergência seriam exceções ao consentimento e os procedimentos cirúrgicos independeriam de sua manutenção, o que cria mais problemas do que resolve, tendo em vista a clareza do artigo como redigido.

Na edição anterior da Jornada, o enunciado n.403 estabeleceu como critérios mínimos para o “não consentimento” com um tratamento: a) capacidade civil plena do próprio paciente; b) manifestação da vontade livre, consciente e informada; c) oposição que diga respeito exclusivamente ao próprio declarante<sup>49</sup>. Em suma, os médicos teriam o dever de agir em todo caso em que o paciente não tenha capacidade civil (por razão de idade ou incapacidade temporária), em casos em que o quadro não pode ser devidamente apresentado ou, a restrição mais complexa, não se tratar de uma escusa de consciência. Dentre todos os problemas gerados por esta interpretação, tem-se por pergunta central: a quem cabe julgar a vontade e as razões pessoais do paciente no caso concreto antes que a lesão ocorra? Tais critérios podem auxiliar julgadores, mas não permitem qualquer segurança ao profissional da saúde.

Cria-se então um corredor entre o consentimento válido e o “não consentimento” válido no qual o médico não tem outra opção a não ser seguir atuando. As implicações destas compreensões não avançam diretamente sobre o direito penal, mas criam impasses na medida em que o direito penal não pode permitir um vácuo de consentimento. De fato, reconhecer um vácuo de consentimento soa como um ranço paternalista a ser superado pelo juízo civil.

Há, porém, áreas em que o consentimento não é possível, pois nem o paciente pode dispor sobre todos os aspectos de seu corpo, e momentos que o paciente não pode oferecer seu consentimento, pois não pode manifestar sua vontade. Por fim, situações há em que o consentimento é tão importante que exige alguma formalidade.

---

<sup>48</sup>VI Jornada de Direito Civil, [11-12 de março de 2013, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em 10.02.2017.

<sup>49</sup>V Jornada de Direito Civil. Ruy Rosado de Aguiar Jr (org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em 10.02.2017.

### 3.1.1 Limitações ao direito de consentir

Há três tipos de restrições ao direito de consentir do paciente, que não dizem respeito ao paciente em si, mas à ordem pública. Não se pretende limitar de fato o direito de escolha ou de dispor sobre o seu próprio corpo, mas proteger a própria coesão social e a dinâmica entre os atores.

Primeiramente, não pode o paciente aceitar determinados procedimentos terapêuticos que violem a ética profissional. Estes procedimentos não raramente podem trazer diversos problemas para o próprio paciente, mas não têm este como foco primário da tutela. Um paciente não pode consentir com a retirada de seus órgãos em favor de outrem se seu próprio organismo não tiver condições de sobreviver sem eles. Nem pode o terceiro consentir com o recebimento de órgãos obtidos com violação à Lei n.9.434/97. Esta lei não tem por tutela a vida do doador ou do recebedor. A proteção incide sobre o sistema de saúde, no qual a não discriminação no atendimento deve garantir que todos tenham acesso à saúde de forma igual, independentemente de posição social ou condições econômicas para “compra” de um recurso tão limitado<sup>50</sup>.

Outro exemplo de procedimento sobre o qual não se pode consentir consta na Lei n.11.105/05, que trata do uso e manipulação de material genético. Ainda que todas as partes (recebedor e doador) consintam com o uso de embriões em um determinado procedimento terapêutico, o art.5º da referida lei impõe restrições não quanto à segurança das partes, mas da atividade médica. A medicina e a pesquisa médica já viveram anos sombrios e, em particular na manipulação genética, exatamente por não se ter uma boa compreensão de seus possíveis desdobramentos, a cautela é o principal elemento a ser tutelado.

Estes exemplos são claros e ganham destaque pela legislação própria, além do reforço penal previsto no mesmo texto. Mas é possível destacar aqui diversas restrições sanitárias, como a necessidade de verificar amostra do sangue que será doado a outro paciente, prevenindo possíveis contaminações; ou uso de instrumentos adequadamente, impedindo que o paciente seja lesionado durante o processo. Sobre

---

<sup>50</sup> A tentativa de produzir artificialmente órgãos humanos totalmente compatíveis com o recebedor tem por desafio atender a uma demanda bastante complexa, mas abre a possibilidade para a compra efetivamente destes órgãos produzidos em laboratórios. Tão cedo se comprove a viabilidade de um tratamento assim, a demanda (inclusive judicial) ao poder público de tais produtos é totalmente cabível no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que pautada pelo direito à saúde, a oferta facilitada seria importante instrumento na prevenção ao tráfico de pessoas.

estas restrições técnicas não pode o médico dispor e por estarem sob seu controle, sua competência, e não do paciente, não poderá também o paciente sobre aquelas dispor.

A prática médica desenvolveu o chamado “termo de responsabilidade”, por meio do qual o paciente atestaria consciência sobre as possíveis consequências de um procedimento inadequado e ou por uma decisão médica, a pedido do paciente, como a “alta experimental” de paciente internado em instituição de reabilitação<sup>51</sup>. Se o médico não pode dispor sobre tais deveres, não cabe ao paciente autorizar ou não. O termo de responsabilidade, portanto, é completamente dispensável.

Em segundo lugar, não pode o paciente consentir com a indicação ou administração de drogas e medicamentos que estejam em desacordo com as normas sanitárias e violação à Lei n.5.991/73<sup>52</sup> e à Lei n.11.343/06. Da mesma forma, a preocupação não reside sobre os indivíduos que utilizam as drogas em si, mas sobre todo o sistema de saúde. A tutela penal não visa impedir o acesso de um paciente a um tratamento, mas garantir que apenas empresas cumpridoras de deveres na produção, manipulação, armazenamento e descarte de substâncias químicas possam operar. Restringir igualmente o uso de determinadas substâncias tem, tal qual a manipulação genética, a preocupação com os possíveis abusos e os efeitos ainda pouco conhecidos. De fato, a grande crítica que se apresenta a esta legislação é justamente pela dificuldade criada à pesquisa e fortalecimento do mercado ilegal de substâncias, sejam estimulantes, hormônios ou entorpecentes<sup>53</sup>.

Em terceiro lugar, o problema mais complexo dogmaticamente se dá quanto ao direito do paciente administrar sua própria morte. O suicídio não é criminalizado, nem sua tentativa, mas seu auxílio material é previsto como crime (art.122, CP). Considerando situações em que o paciente se encontra fragilizado por uma doença ou

---

<sup>51</sup> Neste sentido, ver: CREMERJ, Parecer n.3/1989, em que os pais exigiam dos médicos a retirada do filho, menor, da instituição. O Conselho reconheceu que a responsabilidade dos profissionais não se encerraria com o termo de responsabilidade assinado. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/RJ/1989/3>, acessado em 27.04.2017. Ver também, sobre instituições psiquiátricas: CREMEB, Parecer n.34/10, disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2010/34>, acessado em 27.04.2017.

<sup>52</sup> A tutela penal sobre os institutos desta lei está no capítulo “Dos crimes contra a saúde pública”, do código penal, art.274 a 280.

<sup>53</sup> Foge ao escopo do presente trabalho, embora não se ignore aqui que muitas das modernas empresas cumpridoras de deveres já foram, um dia, favorecidas pela produção completamente desregulada, o que parece um contrassenso. Sobre isso, ver: OHLER, Norman. **High Hitler: como o uso de drogas pelo führer e pelos nazistas ditou o ritmo do terceiro reich**. Trad. Sílvia Bittencourt. Ed.1. São Paulo: Planeta, 2017. Porém, ainda que tais empresas tenham se favorecido disso, os problemas gerados é que legitimam a atual regulação. O que de fato não se pode permitir é que tal regulação se desdobre em uma reserva de mercado. O desenvolvimento científico e técnico do setor, por padrões adequados, deve ser incentivado.

cujo quadro tenha um desenvolvimento demasiadamente doloroso, o paciente não pode ter sua morte adiantada pelo profissional da saúde, ainda que peça. O chamado “homicídio humanitário”, citado anteriormente, tem uma pena diminuída (art.121, §1º, CP), enquanto o código de ética médica veda ao profissional o uso de quaisquer técnicas com este fim, destacando a irrelevância do consentimento do paciente e seus representantes legais (art.41, CEM).

Da mesma forma que as limitações anteriores, o consentimento do paciente não permite que o médico viole seus deveres. Pelo contrário, o consentimento apenas garante que o médico poderá exercer aquilo que dele é esperado. Porém, conforme destaca Jakobs, o auxílio material ao suicídio é uma forma de participação no suicídio, que não é crime. O participe nada mais é que instrumento da vontade do autor (no caso, vítima) e por isso não haveria lógica normativa para a punição. No entanto, Jakobs considera que as condições para que este consentimento definitivo seja dado são tão complexas, que a proibição da conduta se dá por razões de ordem social – impedir que a possibilidade de consentimento gere abusos e distorções<sup>54</sup>.

Esta compreensão de participação não deveria ser alterada pela posição especial do médico considerando outros atores que poderiam ser participes, nem mesmo pela técnica utilizada por este, tal qual a liberalidade exercida pelo suicida que decide encerrar sozinho sua vida com uma corda, uma arma ou um comprimido. Pelo contrário, a possibilidade de um profissional da saúde poder acompanhar um procedimento indolor permitiria um sofrimento muito menor<sup>55</sup>.

### 3.1.2 Limitações à manifestação da vontade

Situações há, porém, em que o paciente não pode expressar sua vontade, por não ter consciência do que se passa ou pela urgência do caso. Conforme já destacado, em casos de urgência e emergência, a dispensa do consentimento esclarecido previamente e da assinatura de termo de internação se dá pela presunção de consentimento, possível somente em casos dessa natureza. Não seria correto considerar que não há consentimento real, pois abriria uma possibilidade de violação do

---

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.56. Para o autor, nenhuma política deveria constranger as pessoas a aceitarem a vida forçosamente ou o seu fim (aceitar a eutanásia terapêutica, por exemplo).

<sup>55</sup> Conforme pontuado por Jakobs, idem, p.54 et seq, não parece tal restrição ter futuro em uma sociedade moderna, que valoriza cada vez mais um conceito de saúde como bem-estar e a autonomia. Conforme será analisado a seguir, há meios seguros para se pontuar um consentimento especial, seja limitando as possibilidades, seja exigindo condições prévias.

consentimento por “estado de necessidade” ou “legítima defesa de outrem”. Se o consentimento é a anuência do paciente de que o médico cumpra seus deveres, os deveres médicos seguem limitados aos procedimentos cabíveis. Permitir um salto para fora do consentimento retiraria juntamente a limitação aos meios adequados. A presunção de um “desejo natural” de socorro não parece uma saída tão arriscada para a dogmática.

Neste sentido, analisando a tutela penal sobre a autonomia, Maria Auxiliadora Minahim pontua três questões bastante interessantes. Primeiramente, autonomia e auto-compreensão fazem parte do próprio conceito de ser humano. Ser autônomo é dirigir-se a metas desejadas, enquanto a auto-compreensão produz o anseio de liberdade<sup>56</sup>. Mas este conceito de “ser humano” não seria excludente para casos de pacientes inconscientes? O que faz então a autora é justamente questionar a própria limitação da liberdade humana. Até que ponto somos livres e compreendemos a nós mesmos? Melhor explicando, como dizer que um paciente é mais ou menos autônomo em seu estado?

A segunda ponderação é de que a autonomia não pode então ser considerada como um conceito absoluto para o Direito Penal, mas uma condição produzida por duas outras condições, a saber, a posse de informações suficientes e a capacidade de consentir<sup>57</sup>. Como contraponto, é exatamente a autonomia como conceito absoluto que tem produzido situações cotidianas absurdas, separando a sociedade entre autônomos e não-autônomos, permitindo a violação de Direitos e marginalização<sup>58</sup>. No contexto médico, isso se reflete em novos deveres médicos de agir na preparação do paciente, ou seja, ajudá-lo a ser autônomo<sup>59</sup>, já tratados como deveres de informação.

---

<sup>56</sup>MINAHIM Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.27 et seq. Importante lembrar, pensar o Direito penal é refletir sobre a conduta de pessoas e respeitar a autonomia do paciente é, portanto, respeitá-lo como pessoa, sujeito responsável por suas decisões. Neste sentido, ver: CREMEB, Parecer n.34/10, disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2010/34>, acessado em 27.04.2017. O Conselho de medicina da Bahia destacou que o paciente que se encontra em instituição psiquiátrica não pode ser forçado a ali permanecer contra sua vontade, no entanto o profissional da saúde é responsável por garantir que essa decisão de sair seja tomada em momento que o paciente não esteja sob efeito de químicos e, principalmente, em condições de não prejudicar a si mesmo com a saída.

<sup>57</sup>MINAHIM, ob. cit., p.40 et seq. Neste ponto, a autora faz considerável crítica à corrente majoritária do Direito Penal e se aproxima da compreensão hegeliana da autonomia limitada ao possível.

<sup>58</sup>MINAHIM, ob. cit., p.50 et seq. Apenas a título de exemplo, considerar a autonomia como conceito absoluto permite que a prefeitura de São Paulo interne compulsoriamente aqueles que não possuem autonomia em razão da dependência química e serve de fundamento para propostas de redução da maioridade penal. Por outro lado, a relativização da autonomia abre margem para o paternalismo do judiciário, que no caso a caso pode inclusive distorcer uma política criminal legislativa.

<sup>59</sup>Conforme pontua Succar, muitas vezes, para que o paciente (consumidor) possa desempenhar seu papel, este deve ser preparado como um funcionário, a partir de uma seleção e um treinamento, em que se



Ambas as condições são por sua vez reduzidas por fatores contextuais. A facilidade com que o paciente tem acesso a informações externamente afeta a atuação necessária do profissional médico, na medida em que essas informações podem auxiliar ou deturpar a opinião e cada decisão que o paciente for tomar (*e.g.* questões culturais, estigmas, acima da própria saúde)<sup>60</sup>. Por outro, a capacidade de consentir nunca é para um consentimento total, definitivo e extensivo. O consentimento deve ir se renovando, explícita e tacitamente, ao longo da relação, seja por condutas do paciente (*e.g.* uso contínuo da medicação e comparecimento aos retornos marcados), seja pelo próprio médico que solicita (informações novas a cada procedimento).

Por esta razão, e como terceiro ponto exposto, Minahim destaca que o “melhor interesse” do paciente é elemento claramente relativo<sup>61</sup>, mas contraposto ao consentimento presumido, elementar para sociedades de massa e impessoais<sup>62</sup>. Portanto, o consentimento é presumido em maior ou menor grau sempre. Nunca estará o paciente totalmente ciente de todas as possibilidades e consequências de seu quadro. E sobre esta margem presumida, mas ainda lícita, é que se obtém parte da valoração da responsabilidade médico como garante.

Uma segunda questão possível diz respeito à representação. Apresentado nos art.115 e ss, código civil, corresponde à transferência de um direito do paciente, incapaz de manifestar sua vontade, para alguém próximo. Este, porém, não o recebe como direito, mas como dever. Em suma, o paciente tem como direito seu, exercendo sua vontade, não decidir sobre algo, e essa omissão impede o poder agir do profissional, mas ainda é um direito. O representante tem o dever de decidir, sendo sua omissão punível inclusive como abandono de incapaz (art.133, CP). O cumprimento desse dever, por sua vez, também deve ser fiscalizado, pois diversos podem ser os problemas, por exemplo, em razão de um conflito de interesse por razão patrimonial (partilha, inventário) ou problemas de relacionamento (conflito entre pais e filhos, irmãos,

---

esclareçam as circunstâncias, capacite-se o paciente a agir corretamente e o motive a assim agir. Isso tem especial importância em casos de doenças crônicas, cujo tratamento é longo e tem caráter preventivo a maiores danos. Ver: SUCCAR, João Mendes. O cliente como coprodutor do serviço: a adesão do paciente a programas de gerenciamento de doenças crônicas. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Prêmio IESS de produção científica em saúde suplementar: promoção da saúde: 2011 a 2015**. São Paulo: Midiograf, 2016, p.70 et seq.

<sup>60</sup>FRANÇA, ob. cit., p.41 et seq.

<sup>61</sup>MINAHIM, ob. cit., p.120 et seq. A autora usa de exemplo os judeus que pediam para serem mortos nos campos de concentração nazistas. Pensar o homicídio por um dos soldados seria pensar não apenas o consentimento da vítima, mas considerar a prospecção de sofrimento indesejado. Tal cenário não desconfigura a tipicidade ou a ilicitude do referido homicídio, mas constitui elemento central para valoração da culpabilidade.

<sup>62</sup>MINAHIM, ob. cit., p.80.

cônjuges). Nestes casos, como impedir que este representante tome decisões “egoístas” em lugar do paciente? Caso um irmão ou um ascendente sonegue informações que permitiriam ao profissional médico um diagnóstico mais exato, não deveria este familiar ter sua responsabilidade analisada<sup>63</sup>?

Resta como única saída para tais casos o controle jurisdicional, sempre provocado – seja por outros familiares ou médicos –, também solicitado quando não há representante, ou quando se exige um consentimento especial. Neste sentido, há, na verdade, um novo polo responsável que também deverá responder por omissões ou decisões danosas. De forma exemplar: uma mulher grávida, incapaz de manter um parto normal, é instruída pelos médicos a optar pelo procedimento de interrupção forçada da gestação. Com muita dor, mas apoiada pela família, a gestante concorda com o procedimento. Uma autoridade da cidade fica então sabendo e propõe um “habeas corpus” em nome do nascituro (com base no art.5º, LXVIII e art.227, *caput*, da Constituição Federal), deferido, liminarmente (pela urgência), pelo juízo da comarca, impedindo judicialmente que se realize o procedimento. A mãe vem a sofrer graves lesões e nada a impede de perder a criança por um aborto natural<sup>64</sup>.

No caso de paciente em estado vegetativo permanente, sendo-lhe vedada judicialmente a opção pela ortotanásia, não seriam as novas lesões (fruto da manutenção do corpo forçosamente vivo) atribuíveis aos próprios julgadores? No caso do sistema brasileiro, em que o órgão “fiscal da lei”, que fala em nome da sociedade, devendo participar dos processos que envolvam crianças, adolescentes e mesmo pessoas que não podem manifestar seu consentimento<sup>65</sup>, quando corroboram por decisões desse tipo, não deveriam responder pelo fruto de suas manifestações e decisões? Há base legal para tanto, já que “a prerrogativa de atuar se reverte em responsabilidade pelo atuar”.

---

<sup>63</sup>A questão se revela simplificada quando da análise do cumprimento de papéis. Sem estes, a posição de garante se estenderia pouco razoáveis. O exemplo dado por Mir Puig, de uma mãe que leva seu filho aos cuidados de um profissional médico. Para o autor, esta não pode ser responsabilizada pela morte do filho em um problema unicamente do tratamento, na medida em que a criança entregue aos médicos não estava em sua “concreta e efetiva dependência pessoal”. Para tanto, o autor ainda especializa sua análise em diferentes posições de garante. Ver: MIR PUIG, ob. cit., p.279 et seq. Em síntese, a falta de critérios normativos faz a análise se perder por critérios ontológicos desnecessários. O papel da mãe é garantir que o filho doente seja atendido pelo médico; o papel do médico é atender a criança que lhe é entregue. Se não houver a entrega e confiança por parte da mãe, o profissional da saúde não poderá desempenhar devidamente seu papel, em uma interdependência entre poder e dever agir claramente normativos.

<sup>64</sup>O caso relatado é apresentado no documentário “Habeas Corpus”, dirigido por Débora Diniz e Ramon Navarro, com financiamento da Fundação Ford e da International Women's Health Coalition. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FfZnokXk3Bs>, acessado em 30.06.2017.

<sup>65</sup>Tal competência do Ministério Público tem base legal no art.178, do Código de Processo Civil, na Constituição e na própria lei orgânica do Ministério Público (Lei n.8.625/93).

### 3.1.3 Consentimento especial

Existem três procedimentos cirúrgicos bastante discutidos em direito médico justamente pelas condições legais e regulamentares para que sejam realizados, a saber, a cirurgia bariátrica, a intervenção transexualizadora e a esterilização. Entendem as autoridades sanitárias que tais procedimentos trazem desdobramentos muito maiores do que pode pensar o paciente em um primeiro momento, inclusive de forma definitiva, sendo bastante problemático o processo de recuperação. O consentimento, por mais esclarecido que seja, não é seguro e a margem de “presunção” deve ser reduzida ao máximo, não apenas na especialidade que realizará a intervenção cirúrgica.

Dos três, a esterilização tem seu processo mais simples. De acordo com a Lei n.9.263/96, art.10, só pode consentir com tal procedimento o paciente (homem ou mulher) que já tiver dois filhos (vivos) ou mais de vinte e cinco anos, além do consentimento do cônjuge se casado for. O procedimento também não poderá ser agendado antes de contados sessenta dias da manifestação da vontade (comprovada em termo escrito em que constem riscos e consequências do procedimento), que deverá ocorrer juntamente com o aconselhamento de multidisciplinar.

Por sua vez, a cirurgia bariátrica é regulada pela Portaria n.424/2013, do Ministério da Saúde, que considera o procedimento como apenas parte de um tratamento bastante complexo de obesidade. Embora muitos pacientes considerem a bariátrica como única solução, a portaria esclarece que todos os compromissos pré e pós-operatórios que o paciente deverá cumprir são, em verdade, ainda mais determinantes que o procedimento em si e, principalmente, essenciais para que o procedimento não cause ainda mais problemas. Além do acompanhamento, o paciente deve ser avaliado e aprovado por diversos especialistas, a saber: psicólogo, nutricionista, clínico, cardiologista, endocrinologista, pneumologista, gastroenterologista e anestesista (inciso IV, anexo I, da referida portaria). Cada especialidade deve analisar as condições físicas e psicológicas do paciente para lidar com as mudanças advindas do procedimento, bem como de todo o período de recuperação.

O procedimento transexualizador, regulado pela Portaria n.457/2008, do Ministério da Saúde, e pela Resolução n.1955/2010, Conselho Federal de Medicina, carece de equipamentos específicos e uma equipe multifocal preparada de forma tão complexa, que poucos são os estabelecimentos autorizados a realizar tal procedimento.

Tanto a cirurgia bariátrica quanto a intervenção transexualizadora não possuem um tempo mínimo ou máximo determinado, mas, pelas exigências prévias feitas pelo Ministério da Saúde, o período pré-operatório pode ultrapassar um ano, tal qual o acompanhamento pós-operatório. A vedação ao abandono vincula o profissional a intervir (informando os riscos, analisando o desenvolvimento do quadro e receitando novos tratamentos) caso o paciente desrespeite o pós-operatório, mas é impedido de deixar de atender o paciente.

### 3.2 A leitura pelos instrumentos dogmáticos do direito penal

Em interessante obra, Jakobs aponta a sociedade como um sistema composto primariamente por indivíduos que estabelecem relações a partir da necessidade e, posteriormente, pela conveniência. A necessidade configura uma compreensão binária do mundo, em que o sujeito organiza suas escolhas pelas sensações de prazer e conforto, pelos códigos “satisfeito/insatisfeito”<sup>66</sup>. A comunicação estratégica assim desenvolvida é usada pelo sujeito com o ambiente, por exemplo, “se chover, posso armazenar água” e “se colocar uma semente no solo, ela brota”. Ao encontrar outro sujeito, a comunicação inicial parte do mesmo princípio, “se eu agredir, ele me agredirá” e “se eu lhe ajudar, ele também me ajudará”. Assim, os deveres um para com o outro derivam da previsibilidade criada e o acordo (mesmo tácito).

Mas o desenvolvimento dessas relações entre os sujeitos permite que esses compreendam a si próprios, pois a interação gera identificação entre eles. A comunicação estratégica pode criar sistemas complexos, mas a comunicação pessoal, para além da “ação-reação” permite a diversificação das relações. Pela comunicação pessoal, deveres podem ser escolhidos, prorrogados, modificados e outros interesses podem ser atingidos.

---

<sup>66</sup>JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.51. Este ponto não deve ser entendido como uma tese posta pelo autor sobre um “homem em estado natural”. O objetivo é pontuar os interesses que originam as relações. Também não se deve entender o termo “satisfeito” com a ideia de “suficiência”. A ideia talvez seja “bom” e “ruim” ou “prazer e “dor”. Pensar que toda a leitura de mundo se resume a estados binários de “suficiência” e “insuficiência” confunde a leitura na medida em que as coisas possuem um ponto “excelente”. Neste sentido, pensar a ideia da fome deixa claro: um sujeito faminto está insatisfeito; um sujeito que come pouco, está menos insatisfeito; um sujeito que come demais, sente dores e volta a estar insatisfeito (“ruim”), mas não há “insuficiência”. Por outro lado, essa leitura binária em si também não permite gradações e isso, ainda que meramente a título de exemplo, reflete-se nos pontos seguintes a serem desenvolvidos. Se a comunicação fosse binária de fato, difícil seria compreender a valoração pela culpabilidade, ou mesmo, dentro da visão do injusto que se propõe aqui (dos deveres), diferentes condições de descumprimentos incompletos ou excedidos.

Feitas estas considerações, é possível destacar que o sistema proposto por Jakobs: a) se baseia em duas formas de comunicação, que não existem separadamente (puramente estratégica ou puramente pessoal); b) a subjetividade se desenvolve socialmente a partir da identidade criada coletivamente<sup>67</sup>; c) as normas sociais são expectativas construídas comunicativamente; d) o dever é fruto de um contrato, ainda que este não seja configurado pelas partes, porém ambos com ele concordam.

O que se observa no sistema é que as normas em si comunicam a configuração do sistema e organizam papéis. Elas afirmam e provam um estado de coisas, mas, em verdade, o argumento que reflete a importância destes deveres se dá pelo desenvolvimento das interações em si. Isso se desdobra em um Direito Penal em que, na verdade, o centro é a culpabilidade, não os deveres. Jakobs pontua um argumento que parece então utilitarista, mas a culpabilidade é a análise do sujeito com relação aos desdobramentos de sua ação no entorno (contexto), de modo a equilibrar-se a fidelidade ao Direito. Em outras palavras, a culpabilidade deve avaliar em que medida o sujeito precisa ser reprovado para desestimular a violação, alterar um critério de análise pessoal do sujeito. E não é o sujeito que é medido, mas a pessoa, ou seja, o papel que deveria ser obedecido e as condições em que este foi (deliberadamente) violado. Deste modo, a individualidade do sujeito pode pesar a seu favor até o ponto em que não deixe a pena de ter seu efeito<sup>68</sup>.

Em síntese, o injusto penal realiza a decodificação binária do sistema (cumprimento das expectativas), enquanto a análise da culpabilidade analisa o significado e o valor da comunicação produzida. Por essa compreensão de culpabilidade, Jakobs faz duas considerações: a) uma sociedade de “pessoas” não precisa analisar a consciência (intenções), mas o que seus sujeitos efetivamente fazem da liberdade de agir que lhes é oferecida; b) o conceito de culpabilidade assim apresentado não é criado pelo autor e assim defendido, mas fruto de uma análise de como a sociedade está determinada e efetivamente age<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup>JAKOBS, ob. cit., p.31. Deve-se destacar, o que Jakobs tenta traçar é um sistema de leitura, não um modelo de governo, portanto as leituras que se costumam fazer ignoram que governos totalitários e liberais podem ser igualmente funcionais. A ideia de Jakobs de sujeitos que se desenvolvem a partir das interações sociais em nada tem conexão com os lemas totalitaristas da primeira metade do século XX, particularmente na Alemanha, de que “povo é tudo, indivíduo é nada”. Com referência a Hoerster, Polaino-Orts afirma que o conceito social de pessoa pode ser sintetizado em “o ser humano nasce, a pessoa se socializa”, ver: POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p.59.

<sup>68</sup>JAKOBS, ob. cit., p.48. Para Jakobs, esse efeito é a prevenção geral positiva.

<sup>69</sup>JAKOBS, ob. cit., p.49. Jakobs altera um fundamento naturalista de “trabalho”, uma conduta que produz uma modificação, para um critério normativo, fundada na “competência” do sujeito em sua

A relação médico e paciente torna este modelo bastante simples para compreensão. O profissional da saúde exerce uma função específica, com direitos e deveres próprios, enquanto o paciente também possui uma função, bastante distinta, com direitos e deveres que devem ser compatíveis e harmônicos com aqueles previstos para o profissional da saúde. O médico, portanto, possui um papel, moldado a partir de seus deveres e somente dentro do qual poderá atuar com liberdade. Não informar, não realizar os exames necessários ou não obter o consentimento válido do paciente são infrações na medida em que o papel é descumprido ou o papel do paciente é usurpado (direito de decidir por si). Em termos gerais, a norma define a conduta a ser reprovada e o papel é o limite da interpretação normativa. Para compreender a autonomia do paciente, portanto, há de se compreender as esferas de atuação privada, primeiramente a partir da definição de pessoa em Direito Penal, posteriormente pela compreensão das duas possíveis formas de comunicação observadas por Jakobs.

Tomando por referência Hegel, Jakobs utiliza o mandato da filosofia do direito “sê pessoa e respeita aos demais como pessoas”. Seria impossível interpretar sociedades como a romana clássica, a América colonial e a República Democrática da Alemanha como sociedades em que todos os seres humanos eram pessoas. Existiram exceções ao conceito de pessoa e, para estas não-pessoas, não caberia a aplicação do direito penal<sup>70</sup>.

A desigualdade social e muitas outras questões fáticas não são desprezadas pelo autor na definição do que seria o conceito de pessoa. Ocorre que nem a solução para estes problemas, nem a atenção ao modelo de sociedade idealizado pelo intérprete da lei são questões para solução pelo direito penal. O que é interessante nesta observação de Jakobs é: o conceito de pessoa não é absoluto e possui problemas, como desigualdades fáticas. Mas não cabe ao direito penal superar isso, ele mantém as desigualdades e pode o direito penal opressor, dentro de uma sociedade assim configurada, ser elemento de transformação apenas na medida em que se executa, oprime e pressiona a eclosão social<sup>71</sup>.

---

atuação. Sobre isso, ver: JAKOBS, **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.64 et seq.

<sup>70</sup>JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.33.

<sup>71</sup> Este é o conceito, inclusive, utilizado por Hobsbawn, para analisar se o banditismo social é reformista ou revolucionário. Em regra, considera o autor que a oposição ao sistema não seria extensa o suficiente, nem teria pautas organizadas para ser chamado de revolucionário. Ver: HOBBSAWN, Eric. **Bandidos**. Trad. Donaldson M. Garschagen. Ed.5. Rio de Janeiro/ São Paulo: Terra e Paz, 2017, p.46 et seq. Se o

Ocorre que, ao menos em um cenário como o brasileiro, existem escalões mais variados. Entre pessoas e “não pessoas”, há pessoas mais ou menos suscetíveis ao juízo criminal, há tratamentos diversos pelos mesmos crimes (inclusive pelo instituto do foro privilegiado). O conceito de pessoa também não pode ser binário. Não se pode dizer que todos os delitos sejam comunicações produzidas pelos mesmos tipos de “pessoa”. Embora o contexto brasileiro, de desigualdade profunda, seja suficiente para a demonstração da crítica proposta, mas há de se recordar sociedades marcadas por castas e estamentos, que também não se adequariam a essa compreensão notavelmente europeia<sup>72</sup>.

Mas, inversamente a esta crítica, o direito penal deve realmente fazer distinção entre pessoas, não por razões econômicas, mas em função do papel que exercem. Institucionalmente, deve-se pensar que o profissional médico não será tratado pelo mesmo sistema que julga os demais acusados por crimes contra a pessoa. Seja pelos problemas fáticos, seja pela coerência sistemática, deve-se buscar: a) critérios ainda mais objetivos, como forma de suprimir essas desigualdades e arbitrariedades; b) critérios que compreendam as desigualdades fáticas entre médico e paciente, determinantes para a ocorrência de abusos. De forma mais clara, a existência de diferentes “tipos de pessoas” em uma sociedade tão desigual pauta as relações de fato e, portanto, devem alargar a responsabilidade daqueles que “estão acima”, pois maior é a confiança sobre estes. Em termos concretos para a responsabilidade médica, mais relevantes ainda se tornam os deveres de informar e aconselhar, por meio dos quais a relação médico-paciente é melhor equilibrada.

Feitas tais considerações quanto ao conceito de pessoa, resta aprofundar a compreensão das comunicações entre os agentes. Ao Direito Penal, interessa regular a comunicação entre iguais. Não se diz com isso que ao Direito Penal não interesse as lesões produzidas contra crianças, deficientes mentais ou estrangeiros<sup>73</sup>. A lógica é

---

banditismo, como subcultura, é reformista, e não pode ser compreendido como movimento social, ainda mais incoerente a esperança depositada sobre o direito penal.

<sup>72</sup>Destaque-se, ainda que o cenário brasileiro seja muito mais desigual que os cenários observados na Europa ocidental, a crítica feita não é cabível apenas para o hemisfério sul. Tal consideração também é feita por Pawlik em debate ocorrido em Barcelona, quando conclui que a análise da fidelidade ao Direito deve ser sensível a maior facilidade de alguns se apresentarem “fieis” ao sistema de justiça (por exemplo, pagando melhores advogados). Ver: PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Jesús María Silva Sánchez e outros (org.). Barcelona: Atelier, 2016.

<sup>73</sup>Quanto a esses sujeitos, não personalizados socialmente, não se deve atribuir o status, como se costuma fazer nas leituras sobre Jakobs, de que todo aquele que não é pessoa é, portanto, inimigo. Primeiramente, somente é inimigo quem já foi pessoa e contrariamente ao ordenamento se manifesta.

inversa, pois o autor precisa ser pessoa e a comunicação do crime não se dá contra a vítima, mas para o restante da sociedade (de pessoas)<sup>74</sup>.

Retornando à imagem posta de indivíduos que traçam um mundo em comum por suas razões instrumentais compartilhadas (definidas por preferências pessoais), Jakobs diferencia as visões de Hobbes e Rousseau e com elas desenvolve as justificativas para pontuar a impossibilidade da existência de sistemas sociais puramente instrumentais. A norma pode atuar de forma instrumental, mas o direito penal não pode ignorar o que os sujeitos constroem em conjunto para além disso. Na medida em que os sujeitos se inter-relacionam, não há apenas um juízo instrumental, mas um juízo valorativo sobre o seu igual. Tanto para Hobbes, quanto para Rousseau, a partir da leitura de Jakobs, esse juízo é determinante para a continuidade e aprofundamento das interações<sup>75</sup>.

---

Não perde a personalidade quem nunca a teve. O conceito de “inimigo” também depende de uma demonstração de “falta de garantia cognitiva mínimo”, ou seja, o sujeito não se demonstra confiável por seu comportamento prévio, não presumido. Por fim, o conceito de inimigo depende de “volição”, o sujeito voluntariamente se opõe ao sistema social como exposto e o faz de forma duradoura (não eventual). Em suma, não se prende aos critérios naturalísticos (quase lombrosianos) apresentados nas críticas mais corriqueiras. Trata-se de conceito normativo, relativo e pontual (não se é inimigo para sempre). Sobre isso, ver: POLAINO-ORTS, ob.cit., p.60 et seq.

<sup>74</sup>JAKOBS, ob. cit., p.49 et seq. A quem a conduta se dirige é, em parte, elemento do tipo penal (por exemplo, matar “alguém”) e medida da culpabilidade (art.121, §1º, IV e §7º e seus incisos), enquanto, no que se refere ao autor, ser “pessoa” é fundamento da culpabilidade. No caso utilizado de exemplo anteriormente por Jakobs, dos soldados que faziam a guarda do muro de Berlim pela Alemanha oriental, havia uma excludente de punibilidade caso fosse necessário atirar para matar algum possível fugitivo ou alguém que tentasse invadir. Neste sentido, os fugitivos eram tratados como “não-pessoas”, o que acaba por confundir os conceitos. Os soldados eram pessoas, por isso poderiam responder ao direito penal, mas, em razão da excludente, não houve responsabilização. Com o fim da divisão alemã, estes mesmos soldados foram então julgados. Se estes fossem pessoas na nova Alemanha, gozariam do “trânsito em julgado”, do princípio da legalidade, da irretroatividade da lei penal ou ainda das excludentes de ilicitude, como o “estrito cumprimento de um dever legal” e o “exercício regular de um direito”. Mas eles trataram pessoas como “não-pessoas” e isso não seria tolerado na nova Alemanha. Pela forma como agiram, pela frieza e gravidade de suas condutas, os soldados da Alemanha Oriental deixaram de ser “pessoas” na nova Alemanha, de modo que a comunicação compreendida ia muito além do que se considera “crime”, sendo intolerável a compreensão de um injusto sem culpabilidade. Eles se tornaram, portanto, “inimigos” e receberam algo que não era o Direito penal, embora assim tenham chamado os demais penalistas da Alemanha. Nas palavras de Polaino-Orts, o conceito de “inimigo” não é religioso ou moral, mas uma “categoria científico-descritiva (que não expressa, portanto, juízo de valor), ver: POLAINO-ORTS, ob. cit., p.60. Jakobs, para proteger o direito penal, separa-o das flexibilizações feitas pelos por “garantistas”. O direito penal é perigoso demais para flexibilizações. Que se dê então outro nome para esse tipo de arbitrariedade, ao qual então se chamou direito penal do inimigo, muito mais afeito às sociedades liberais, que não comportam um Direito Penal comum que não seja, em tese, liberal (sociedades totalitárias não precisam se preocupar em distinguir ambos).

<sup>75</sup>Para Jakobs, cabe diferenciar o pensamento de Hobbes e de Rousseau a partir de dois critérios, a saber, para Hobbes o contrato social se define a partir do mundo exterior e das leis naturais, enquanto para Rousseau, o contrato social se define a partir do mundo interno e, por isso, tem legitimidade sobre a moral (para Hobbes, o contrato se limita a dizer a legalidade). Contudo, Thomas Hobbes não vê como possível que os sujeitos sejam encontrados em sistemas puramente instrumentais. Para ele, a relação entre os iguais se desenvolve a partir da valoração de um sujeito pelo outro, com desprezo ou apreço a partir daquilo que vê em si como medida. Por sua vez, Rousseau não vê possível que seja possível



Esta outra comunicação, Jakobs identifica como “pessoal”, que não é independente da comunicação instrumental, na medida em que ambas estariam vinculadas entre si e dificilmente separadas em análises empíricas. Para Jakobs, essa comunicação transforma a configuração social na medida em que os atores sociais reconhecem que o outro também é guiado por valores e poderá o valorar da mesma forma que este o faz. Em suma, para além das preferências pessoais, reconhece-se que há outro sistema de valoração autônomo que também realiza valorações. Aquele mundo comum construído inicialmente pelos conhecimentos instrumentais passa a ser permeado por valorações comuns. Não há a mera instrumentalização do outro, mas seu reconhecimento como equivalente e igualmente capaz. A vontade livre compreende que há mais do que as preferências pessoais. Mais que isso, somente pela lógica o sujeito compreende o outro e, pelo outro, compreende a si mesmo. Esta lógica, a norma objetiva, que formula um mundo objetivo por onde se produz a comunicação, é que permite a relação entre as pessoas de fato<sup>76</sup>.

As preferências permanecem internas ao sujeito, mas se articulam para a construção destas normas, tem como limite a comunicação estratégica. Em suma, o sujeito permanece racionalizando suas preferências, mas precisa articular isso tomando por base elementos instrumentais (voltados a um fim) e comunicativos (voltados a uma relação)<sup>77</sup>. Fica mais claro o que Jakobs havia dito sobre subjetividade e sociedade, na medida em que um sujeito é guiado por suas preferências, mas se desenvolve como pessoa por suas comunicações; enquanto a sociedade é o conjunto destas interações todas.

Para demonstrar a relevância penal destas considerações, Jakobs observa que essa comunicação demonstra uma diversidade de sentidos que pode assumir o conceito “pessoa” em distintos momentos. Ao juízo penal deve-se ter em mente, com referência a Kant, que pessoa é o sujeito responsável por suas condutas; com referência a Hegel, que este sujeito deve ser capaz (e ter a vontade) de identificar os demais como iguais<sup>78</sup>. A identidade subjetiva, que possui relevância mínima ao funcionalismo (não desprezível de todo) é obtida pela forma como os papéis são desempenhados, havendo

---

apenas uma razão instrumental para a organização de um grupo, de modo que os selvagens seguiriam pelos bosques sem fazer bem ou mal ao seu igual. Ver: JAKOBS, ob. cit., p.54 et seq.

<sup>76</sup>JAKOBS, ob. cit., p.55 et seq.

<sup>77</sup>JAKOBS, ob. cit., p.56.

<sup>78</sup>JAKOBS, ob. cit., p.57.

dois extremos: a apatia (incapacidade de modificar seu papel) e a hipocrisia (incapacidade de realizar minimamente seu papel)<sup>79</sup>.

Essa concepção de um papel como limite e a liberdade de desempenho de um papel como autonomia particular, traz ao sistema de Jakobs a conclusão de que a decisão sobre a continuidade de um tratamento médico, por exemplo, é definida pela esfera de liberdade em que a decisão é tomada, pouco importando o resultado. Resta dizer, se o profissional médico tinha a liberdade para não iniciar um tratamento, também o terá para o encerrar a qualquer momento, incluindo alimentação, sem importar o resultado que será gerado<sup>80</sup>.

### 3.2.1 A medida da pena

Jakobs não apresenta muitas considerações quanto à medida da pena no texto aqui utilizado como base, claramente por não ser o foco da proposta. Os elementos que podem ser identificados foram apenas tangenciados pelos debates centrais. Concretamente, há apenas dois pontos que devem aqui ser destacados. O primeiro, diz respeito à pena não ser o instrumento primário de manutenção de uma identidade. Reconhecem-se seus possíveis componentes psicológicos e impacto social, mas, juridicamente, o instrumento de manutenção por excelência é a norma. A pena é a confirmação, aplicada pela norma, ou seja, a demonstração de que a identidade foi preservada<sup>81</sup>, mesmo que essa confirmação deva ocorrer de forma concreta para efetivamente comunicar.

A segunda consideração feita se dá pela crítica ao modelo de análise do elemento subjetivo do tipo penal. Para Jakobs, uma perspectiva funcional independe dos conhecimentos funcionais ou do diagnóstico psíquico, que somente teria relevância para

---

<sup>79</sup>JAKOBS, ob. cit., p.58. Aqui há uma referência clara a Hegel, também apresentada por Pawlik, de que não pode existir uma sociedade somente composta por cínicos ou somente por estritos cumpridores de deveres. Para Hegel, a história das sociedades é o roteiro do desenvolvimento da consciência da liberdade. Ver: PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: Liber Ars, 2012, p.78.

<sup>80</sup>Sobre isso, ver: JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.56 et seq. Discutindo um caso de ortotanásia, o autor pontua que um profissional médico não pode deixar de fazer funcionar um aparato que lhe é independente (por exemplo, os diferentes tipos de próteses), pois estariam no âmbito de atuação do paciente. Contudo, se um paciente se encontra sem expectativas de vida, o profissional não seria obrigado a iniciar o tratamento sob estas circunstâncias. Os aparelhos e sua equipe de profissionais (médicos e enfermeiros) são entendidos como *longa manus* do coordenador da equipe. Em suma, não se descarta a necessidade de informar o paciente e seus familiares, pois este é outro dever profissional, mas a despeito disso, poderá tomar essa decisão sem que se viole seu papel e atribua-se responsabilidade penal.

<sup>81</sup>JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.21.

o próprio autor. O comportamento que viola uma norma de cuidado permanece indesejado e reprovado, independente da consciência do autor<sup>82</sup>.

Em outra obra, quando analisando as distinções entre ação e omissão, Jakobs também faz referência aos penalistas que consideram a culpabilidade menor para a omissão, devendo a pena ser reduzida (comparada a conduta “antijurídica agressiva”). O autor considera completamente descabida a proposta, tendo em vista que o sistema social é igualmente reprovado e, por essa razão, não caberia falar em um “prêmio” a quem assim atua<sup>83</sup>.

Sua crítica se faz pelo fato de uma conduta realizada com indiferença tenha pena reduzida (imprudência), enquanto um ato cuidadoso possa ser considerado “calculado” e por isso receba a imputação como doloso, de modo que o “ser cuidadoso” agrava o injusto. Para o autor, não é possível encontrar lógica em um sistema que busque um conceito psicologista de dolo enquanto utiliza um conceito normativo de culpabilidade.

Dessa forma, um sujeito que age despreocupadamente e realiza um resultado indesejado por ele mesmo, realizou um erro volitivo (não tomou os cuidados necessários pois assim não o quis). Por outro lado, o sujeito que calculou mal os riscos e mesmo assim obteve um resultado indesejado, não cometeu um desvio volitivo, mas cognitivo. Por esta concepção, o juízo de dolo e culpa se altera sensivelmente<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup>JAKOBS, ob.cit, p.42. Para apoiar seu argumento, menciona a punição mesmo em casos de “erro de proibição”, presente no §17 do Código Penal alemão (StGB) em redação muito semelhante ao art.21, do Código Penal brasileiro. Para uma melhor distinção sobre cognição e volição, ver: JAKOBS, Günther. Culpabilidad jurídico-penal y libre-albedrío. In: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (Org.). **Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias**. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p.90 et seq. Sobre a subjetividade, Hegel a define unicamente como a consciência de si e de sua individualidade. Ver: HEGEL, GeorgWilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.71. De modo que o único elemento interno de interesse para a sistemática posta por Jakobs é a autocompreensão como pessoa.

<sup>83</sup>JAKOBS, “A imputação penal da ação e da omissão”, p.60 et seq. Em sentido contrário se posiciona Camargo, que considera que o delito doloso (com *dolus malus*) é recebido com maior rigor pelo dissenso, enquanto o dever de cuidado seria acessório na sociedade. Ver: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>84</sup>Neste momento, Jakobs deixa de fazer a análise funcional de sistema, para observar as discrepâncias de um direito penal que não seja pensado funcionalmente, por isso as críticas aos debates sobre dolo e os crimes de perigo abstrato. JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.42 et seq. A referência seguinte se faz aos §§15 e 16 do StGB, que são bastante semelhantes, respectivamente, ao art.18, parágrafo único e ao art.20, do Código Penal brasileiro. Nesse sentido, o exemplo dado é de dois pintores, que de cima de um andaime, realizam uma obra. Um deles é bastante despreocupado e nem imagina que a lata pode cair e causar um dano. O outro, toma precauções, se atenta para o risco, mas não é capaz de evitar o mesmo resultado. A rigor, o primeiro responde apenas por culpa, enquanto o segundo é punível por dolo. No caso de homicídio, as penas tornam a situação ainda mais evidente (e no caso brasileiro, a pena para o homicídio doloso é ainda maior). O autor, que tem todas as suas capacidades (é pessoa), mas se mostra indiferente ao resultado de suas ações, não

Funcionalmente, a partir de sistemas autopoieticos, autônomos e comunicacionais, sob um fundamento normativo e por critérios coerentes, há, assim, uma resposta punitiva bastante diversa.

No âmbito médico, pode-se dizer que os conhecimentos especiais são parte do papel exigido, portanto, o profissional médico não pode ser responsabilizado por diagnosticar um quadro diverso do real quando os exames apontavam para essa direção, por exemplo; mas sempre pelo que pudesse e devesse fazer, saber ou comunicar (testes que pudessem corrigir o diagnóstico, por exemplo). Se não havia outro exame que permitisse apontar o equívoco, se os exames possíveis não têm grau adequado de precisão, se o quadro clínico possui fatores sigilosos, então temos diferentes “poder agir” médicos. A conduta ainda é a mesma, mas sua valoração é contextual. Resta dizer, a análise do dolo e da pena cabível leva mais em consideração os protocolos esperados, os termos de um contrato, do que a intenção em si; mas isso não se resume a uma comunicação instrumental, mas o próprio respeito ao restante da sociedade como iguais.

### 3.2.2 A comunicabilidade da pena

Apesar das considerações anteriores quanto à medida da pena e à necessidade de atenção às distintas comunicações, Jakobs deixa claro que a norma é predominantemente instrumental e o delito, enquanto comunicação defeituosa (sem espaço para se reproduzir socialmente), não se soluciona cognitivamente (por uma comunicação majoritariamente pessoal), mas de forma instrumental<sup>85</sup>.

Como dito anteriormente, a comunicabilidade da pena é uma contraposição à expressão de sentido do delito (a ser corrigida) e isso é medido pela culpabilidade (e

---

deveria ter sua pena diminuída, quanto mais ser exonerado de responsabilidade. Em contraposição, o agente que tem um erro de cálculo não demonstra desprezo pelos bens alheios, como faz aquele que ignora o risco. Pelo contrário, seu desconhecimento sofre uma pena natural (aquela derivada do desrespeito às leis naturais, que não carecem de reforço dogmático).

<sup>85</sup>JAKOBS, ob. cit., p.21. Antecipando como advertência uma das conclusões do texto, Jakobs destaca três aspectos sobre a distinção entre os tipos de comunicação (p.58): a) não é correto pensar que a diferenciação entre comunicações se dá por uma decisão pessoal; b) não é correto tentar diferenciar as comunicações por uma base moral; c) não há relevância em buscar uma determinação pra qual das comunicações é predominante, pois ambas estão estabelecidas de forma vinculada e interdependente, de modo que não há comunicação ou sociedade homogênea. Contrariando esta última conclusão, no capítulo anterior se afirmou que a preponderância de uma comunicação instrumental pela norma é uma marca da sociedade contemporânea. A exploração da pena pelos meios midiáticos, tornando-a cada vez mais uma comunicação pessoal (uma valoração sobre o sujeito) também muito explica sobre a configuração atual da sociedade.

sua finalidade de prevenção geral positiva. Para o autor, é na culpabilidade onde se adotam as soluções decisivas<sup>86</sup>.

A imputação penal, em seus dois escalões (injusto e culpabilidade), deve dividir o que é sociedade (mundo comum compartilhado pelos participantes) do que é o mundo exterior (mundo natural); o que carrega um sentido (significado) do que é um fluxo da natureza. A ideia aqui é do que se entende por mundo natural e o que tem relevância comunicacional. O mundo natural só é significativo pelas valorações criadas e atribuídas, comunicativamente. O exemplo posto por Jakobs é de um pedagogo, que vê sentido em ações de uma criança, enquanto o direito penal não reconhece sentido ainda (permanece no campo natural – externo ao sistema). Em suma, a culpabilidade tem por fim separar o que tem sentido e o que permanece externo, tal qual o injusto penal, responsável por simplificar a culpabilidade<sup>87</sup>. A função geral é a mesma, mas a particularidade de cada um dos escalões se dá pela predominância de um dos tipos de comunicação que se analisa.

Cabe dizer, a predominância de uma das comunicações é que define os critérios internos de cada escalão, o que vincula qualquer nova proposta<sup>88</sup>. Pensar novos critérios exige pensar: a) qual a comunicação que se pretende analisar predominantemente?; b) existem outras comunicações para além da instrumental e da pessoal?; c) para além da violação da norma (dever) e do exercício inadequado do papel, qual outro aspecto há de ser analisado e valorado?

---

<sup>86</sup>JAKOBS, ob. cit., p.44.

<sup>87</sup>JAKOBS, ob.cit., p.44 et seq. Neste sentido, o exemplo da produção de um vezo conversível, a partir de uma concepção funcional de conduta, é exemplo de filtro das esferas de responsabilidade que permite melhor compreender o aspecto humano e a liberdade de comportamento. Em suma, a produção de um carro muito vezo não é causa da infração aos limites de velocidade, mas fonte para uma escolha pessoal. Ver: JAKOBS Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.35 e ss. Observe-se, para Jakobs, liberdade de conduta não se confunde com liberdade de vontade, pois a culpabilidade é justamente a análise sobre a fidelidade ao Direito. Ver: JAKOBS, Günther. Culpabilidad jurídico-penal y libre-albedrío. In: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (Org.). **Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias**. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p.93 et seq.

<sup>88</sup>Aqui se faz uma interpretação derivada do texto posto como base. Contudo, interessante destacar o que apresenta Pawlik acerca da diferenciação entre o injusto e a culpabilidade. Com referência a Welzel, o autor discute o que foi chamado de “o mais importante passo da dogmática na última geração”. Para Pawlik, o desmembramento das categorias é impossível, devendo as categorias ser pensadas juntas, sob o risco de incompreensões, como seria o caso do “erro de proibição”. Por fim, o autor chega a concluir que não haveria sentido comunicativo em um injusto apartado da culpabilidade, considerando que essa divisão foi importante apenas para que a dogmática se fizesse mais clara a si mesma, mas a tendência mais segura seria o desenvolvimento de uma teoria unitária do crime. Ver: PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: Liber Ars, 2012, p.87 et seq. Pela razão posta acima é que se discorda de Pawlik, pois pensar categorias separadamente em razão do tipo de comunicação predominante é pensar melhor os critérios que servirão ao aplicador da norma penal. Não se trata de uma demanda puramente científica que se deve aqui atender, mas técnica.

A análise da culpabilidade dirige o Direito Penal a distintas conclusões possíveis, destacadas pelo autor<sup>89</sup>: a) a inexistência de culpabilidade pode ser um ocorrido natural ou um erro inevitável (por exemplo, o paciente que vem a falecer por doença sem tratamento conhecido); b) a falta de culpabilidade revela seres humanos ainda como seres naturais, limitados em suas respostas e presos a reações emocionais<sup>90</sup>, que nem sempre agem de forma comunicativa (e com isso Jakobs deixa clara sua crítica àqueles que confundem o conceito de ação e o conceito de delito em Direito Penal); c) defeitos físicos e psíquicos não devem ser compreendidos pelo injusto, pois não deixam de ser um desvio, mas não produzem comunicação penalmente relevante<sup>91</sup>; d) a pena não é puramente instrumental, uma resposta a uma violação normativa mecânica, mas restrita à culpabilidade, portanto punir é reconhecer algo (sobre o sujeito, sobre a conduta e sobre o próprio sistema)<sup>92</sup>.

Acrescente-se, punir é comunicar o valor daquilo que se tutela e demonstrar o interesse social, distante e superior ao interesse pessoal. Dentro da proteção da pessoa, é comunicar aquilo que John Donne diz de forma poética, “a morte de qualquer homem me diminui (...). E por isso não pergunte por quem os sinos doam; eles doam por ti”<sup>93</sup>.

A explicação de Jakobs para as distintas formas de comunicação parte de exemplos: A comunicação instrumental é o trato com a máquina, por exemplo, que não tem direito a nada; a comunicação pessoal, pelo contrário, é o trato com uma pessoa por uma razão (contrato social, razão essencial, seja lá o que se considere). Negar essa racionalidade e esse pertencimento a uma comunidade jurídica, violando repetidas vezes suas estruturas é negar-se a si mesmo como pessoa, devendo então assim ser tratado pelos demais (ideia de inimigo). Por outro lado, uma sociedade que permita quaisquer comunicações pode ter dificuldades em se estabilizar e garantir uma certa

---

<sup>89</sup>JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p.45 et seq.

<sup>90</sup>Há aqui implícita uma crítica ao conceito de “homo economicus”, presente também nos estudos do economista Richard Thaler, mas que serve de base muitas vezes para os estudos de direito penal Econômico. Ver: THALER, “From homo economicus to homo sapiens”, p.133 et seq.

<sup>91</sup>Os defeitos físicos, em particular, são mais fáceis para uma compreensão normativa, e, portanto, em atenção às expectativas cognitivas. JAKOBS, ob. cit., p.46.

<sup>92</sup>JAKOBS, ob. cit., p.50.

<sup>93</sup>DONNE, John. **The works of John Donne**. Org. Henry Alford. London: John W. Parker, 1839. v. 3. Disponível em: <<https://catalog.hathitrust.org/Record/011407243>>. Acesso em: 14 jul. 2017, p.575. Faz-se a citação por simbolizar, de forma mais suave, o pensamento durkheimiano constantemente referido no sistema de Jakobs.

previsibilidade das relações. Por fim, permitir violações deve ser algo estratégico ou, então, esta sociedade se diluirá em um estado natural<sup>94</sup>.

A título de conclusão, resta dizer: a) a autonomia se dá pela construção do papel social desenvolvido, ou seja, em cada âmbito em que o sujeito se encontra, sua própria autonomia é redimensionada; b) a medida da pena deve considerar as circunstâncias comunicativas em que se deu a violação (a postura diante de um papel, não os conhecimentos ou a consciência do agente no momento); c) a comunicabilidade da pena depende de um juízo valorativo, a partir de uma comunicação predominantemente pessoal, marca da sociedade em questão<sup>95</sup>.

### 3.3 O necessário aprofundamento de uma compreensão comunicativa do direito penal

Feitas as considerações até aqui desenvolvidas, fica clara a estruturação dos deveres e como estes são compartilhados por diferentes agentes, a todo momento sendo a responsabilidade transmitida conforme os papéis são desempenhados por um agir instrumental. A responsabilidade penal, no caso da omissão, ainda depende de outros elementos, que serão desenvolvidos nos próximos capítulos. Porém, no que concerne ao cumprimento dos deveres, sua análise não pode ser binária ou estrita (uma única forma de se cumprir um dever)<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup>JAKOBS, ob. cit., p.50. O Estado reconhece que não pode intervir em todas as violações, mas não pode se omitir. Há a necessidade de reconhecer a cifra negra e de que a sociedade pode sobreviver com ela, ou com a ineficiência da polícia e unidades de investigação até certo ponto. Considerar que existem números institucionais que indicam a baixa resolução de casos de homicídio e o aumento das mortes por armas de fogo no Brasil, envolve reconhecer que, a partir desta visão de Jakobs, o sistema de justiça brasileiro já faliu. Partindo do que se disse no capítulo anterior, compreende-se porque no Brasil as penas são, em tempo de prisão, superiores a penas previstas em outros países com taxas de criminalidade inferiores. Sobre isso, ver: GRECO, Luis. Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, jul. 2012, p.3 et seq. Ineficiência do sistema de justiça e rigor da pena são fatores diretamente conexos, embora tal argumento, desde Beccaria, deva impulsionar uma melhora quanto ao sistema, não o seu inverso.

<sup>95</sup>Quanto a esta última conclusão, é relevante pontuar o que Jakobs diz, por exemplo, sobre a distinção da ação e da omissão. Esta, como dito anteriormente, perde relevância e se torna uma questão de segunda ordem, no sentido de que é um juízo do sujeito no caso concreto em que deve compreender como cumprir seus deveres. Portanto, a sociedade não se organiza por estruturas lógico-materiais (como os sujeitos), mas por instituições. Sobre isso, ver: JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.65 et seq. Ocorre que, se a comunicação é voltada para pessoas, ainda que esta reafirme instituições, não deveria sua resposta ser melhor pensada a partir de estruturas lógico-materiais? Em suma, a compreensão de uma conduta deve passar pelo filtro institucional, pois é o sujeito comunicando algo em relação ao sistema; portanto não seria adequado que a resposta do sistema fizesse o caminho inverso para melhor comunicar?

<sup>96</sup>Novamente com referência a FRANÇA, ob. cit., p.130 et seq, o autor fala dos riscos da sacralização de uma técnica, que engessa não apenas a ciência, como afeta a análise das particularidades de um caso.

Mais que isso, o descumprimento pode se configurar pela atuação incompleta ou de forma incorreta. Pode-se pensar um procedimento cirúrgico em que o médico realiza toda a intervenção corretamente, mas não explica de forma atenta os cuidados pós-operatórios, seja por tratar o paciente de forma desleixada, seja por utilizar expressões genéricas, sem demonstrar os riscos envolvidos. Se o profissional não demonstra a seriedade dos riscos, por ser algo que não diz respeito a si ou por ser um procedimento rotineiro, o paciente não será motivado a tomar as devidas precauções, de modo que não se pode dizer que o dever de informar foi corretamente cumprido.

Outra hipótese é quanto ao possível descumprimento escusável. De forma exemplificativa, Jorge Coli, analisando a arte de Gustave Courbet, analisa a ética do artista como a prática reiterada de quebrar regras e violar expectativas, demonstrando a liberdade que existe também para fora do pertencimento, carregando a violação um valor positivo<sup>97</sup>. Isto resta claro inclusive nas considerações quanto ao pensamento de Jakobs. Há liberdade para que o dever seja desempenhado e, inclusive, deve o direito penal reconhecer que há violações a deveres que não são necessariamente “injustos penais”<sup>98</sup>.

Em suma, existem diferentes posturas possíveis que cumprem corretamente deveres, existem cumprimentos parciais (e totalmente puníveis) e, por fim, existem descumprimentos totais (mas totalmente legítimos e adequados socialmente). Nestas situações, não são incomuns as referências em estudos penais ao conceito de “jogos de palavras” de Wittgenstein, de modo que o direito penal teria que compreender que as diferentes possibilidades dos signos linguísticos. Ocorre que este conceito é estático e estreito comparado ao que já se trabalha nos estudos de semiótica<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup>COLI, “Bom dia, Senhor Courbet”, In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.422 et seq.

<sup>98</sup>Aqui é traçado um caminho semelhante (embora por outra corrente possível) àquele proposto por Camargo ao dizer que a interpretação objetiva de uma ação individual deve utilizar de mecanismos próprios da linguística e da semântica para compreender significados, justificado pelo fato de que o conhecimento coletivo de uma ação é semântico, não ôntico, razão pela qual se restringe a valorações em um determinado espaço-tempo. Ver: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.98 et seq.

<sup>99</sup>MÄÄTTÄNEN, Pentti. Meaning as use: Peirce and Wittgenstein. In: STADLER, Friedrich; STÖLTZNER, Michael. (Ed.). **Papers of the 28<sup>th</sup> IWS**. Kirchberg am Wechsel: ALWS 2005. Disponível em: <<http://wittgensteinrepository.org/agora-alws/article/view/2571/2866>>. Acesso em: 17 jul. 2017, p.1. Novamente, destaque-se em que termos ocorre uma aproximação e consideráveis divergências quanto aos escritos de Pawlik. Conforme pontua o autor, pensar ação de forma comunicativa não é uma criação jurídica, muito menos jurídico-penal, mas do próprio conceito social de ação. Ver: PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Jesús-Maria Silva Sánchez e outros (org.). Barcelona: Atelier, 2016, p.62. Contudo, na busca por uma correta interpretação comunicativa, dialoga-se aqui não com



De forma exemplificativa, em Wittgenstein se costuma dizer que algo vermelho pode ser destruído, mas jamais o conceito de “vermelho”. Desde os estudos de Peirce<sup>100</sup>, a significação pelo uso é muito mais dinâmica, resta dizer: algo vermelho, quando destruído, traz novas ideias para o âmbito do conceito de vermelho. Nada mais exemplar do que a hipotética queima de uma bandeira vermelha. Da mesma forma, pontua Edward Lopes, já utilizando da semiótica para suas considerações, que nem sempre a conduta inadequada se mostra um erro a ser desfeito pelo leitor/observador. Infringir uma regra é sempre atribuir um novo sentido e com isso enriquecer a linguagem e as interações. Para alguns linguistas, pensar, portanto, a infração é reconhecer a distinção entre a arte e o engano, entre a figura e a falta de sentido. Para Lopes, a infração é sempre um novo sentido, nunca vazio, mas deve ser julgado se esse sentido é adequado ou mesmo compreensível para os demais falantes<sup>101</sup>.

Há muito a semiótica trabalha com classes distintas de signos (símbolo, ícone e índice), em que (de forma bastante simples), seriam: 1) símbolo, a representação concreta de algo abstrato (indica a regularidade do futuro, “as coisas são assim”); 2) índice, aquilo que faz referência a algo, aquilo que surpreende ou informa sobre outra (como o termômetro indica a temperatura, uma batida na porta indica a chegada de alguém); 3) ícone, aquilo que, por sua semelhança, representa outra (um exemplo, um tipo, uma modelo)<sup>102</sup>. Neste sentido, elas devem interagir de formas diversas do que aqui se apresentou binário e paralelo.

De forma inicial e bastante objetiva, Jakobs vê, com base em Hegel, a conduta criminosa como contraposição à norma, que então utiliza da pena para comunicar sua validade<sup>103</sup>. O que, graficamente, poderia ser compreendido da seguinte forma: a) norma; b) delito em sentido exatamente contrário; c) pena em exata proporção ao delito; d) norma completamente inalterada.

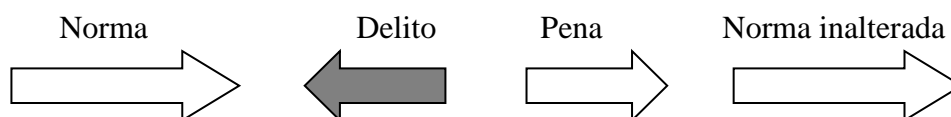
Hegel ou neohegelianos, mas com um de seus críticos. A escolha não torna incoerente o sistema aqui exposto, mas permite a oxigenação necessária para buscar novos desdobramentos.

<sup>100</sup>PEIRCE, Charles S. **Escritos coligidos**. Seleção e tradução de Armando Mora D'Oliveira et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 15 et seq. A escolha por este autor se dá justamente por seu papel como inaugurador da semiótica. Cabe também destacar, seu pensamento matemático de alguma forma dialoga com Wittgenstein, contudo, e esta é a grande razão da semiótica aqui ser analisada, Peirce cria novas categorias de análise que são desenvolvidas, relativizadas e expandidas até hoje. Há de se ressaltar, embora o próprio Peirce faça muitas críticas a Hegel, considera que suas conclusões são perfeitamente compatíveis, de modo que não há incompatibilidade para este caminho dentro do funcionalismo de Jakobs (neohegeliano).

<sup>101</sup>LOPES, Edward. **Metáfora**: da retórica à semiótica. São Paulo: Atual, 1986, p.6 et seq.

<sup>102</sup>PEIRCE, Charles S. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1977, p.64 et seq.

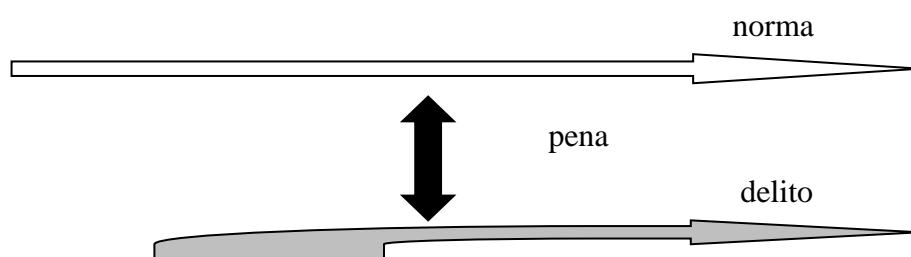
<sup>103</sup>Sobre isso, ver HEGEL, GeorgWilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.80 et seq.



Ocorre que, considerando as classes de signos de Peirce, tem-se uma norma como ícone (representação das expectativas sociais de um grupo, por semelhança, um modelo), enquanto a conduta humana é um índice de sua validade, não uma comunicação de mesma categoria, portanto não tem poder de lhe anular, mas de trazer uma nova compreensão, que jamais voltará ao estado anterior. De forma exemplar, a confiança que se poderia ter, dentro de uma sociedade, sobre um atendimento médico jamais será a mesma após a morte de um paciente em função da omissão médica. Haverá por parte de todos os membros um reajustamento de suas posturas com base nisso<sup>104</sup>.



Para que isso não gere uma total distorção do sistema, deve algo comunicar que essa conduta continua sendo reprovada, de modo que ela não precisa ser reafirmada sempre (o que seria impossível – punir todos os crimes cometidos dentro de uma sociedade), mas em porção suficiente para que permaneça existindo. Desse modo, um novo signo é necessário, algo que provoque concretamente que tais índices são incorretos. A pena é, portanto, símbolo. Graficamente, tem-se a seguinte representação:



Dessa forma, contrariamente ao que os estudos funcionais costumam dizer: 1) o delito não a exata contraposição à norma, mas a subversão de seu sentido; 2) o delito não deixa de comunicar no tempo em razão da pena; 3) é impossível o re-

<sup>104</sup>O que se costuma dizer nos debates funcionalistas é de que diante de uma quebra de expectativas normativas, não deve a vítima repensar suas posturas, mas o infrator. Sobre isso, vide nota 27 do presente capítulo. Ocorre que esse reajuste é inevitável.

estabelecimento cognitivo de estado anterior; 4) a pena não deve guardar proporcionalidade à comunicação produzida, mas à necessidade de distanciamento entre ambos os significados (da norma e do delito)<sup>105</sup>.

Exemplificando: um médico atende um morador de rua que deu entrada no hospital reclamando de dores no abdômen, indicando um medicamento para este e dando alta, para que a instituição tenha mais um leito livre. O paciente, que não tem onde se recuperar propriamente, falece e o caso é noticiado nos jornais. No caso: 1) o médico de fato atendeu e, não fosse o paciente não ter um lar, seu quadro poderia não ter se agravado – não há uma oposição total à norma, mas a subversão de que o médico não deve se atentar às condições de fato do paciente; 2) os outros médicos não se sentirão menos pré-dispostos a internar seus pacientes por saberem desse caso, ainda que nenhuma sanção seja aplicada; 3) nesta sociedade, as pessoas passarão a associar os “moradores de rua” como pessoas que não tem direito a um leito no hospital ou, associaram o hospital com um lugar que só atenderá pessoas que puderem se recuperar em casa – e isso forçará ou não mudanças sociais; 4) a pena a ser aplicada ao profissional médico, apurada sua responsabilidade, não precisa levar em conta a morte daquela vítima específica, mas o quanto outras pessoas estão vulneráveis a sofrer esse tipo de tratamento e o quão natural essa notícia (claramente indesejada) soou. Pensar comunicação é necessariamente radicalizar a ideia de prevenção geral positiva.

Em suma, a infração de um dever é um esforço técnico que carece de uma série de conceitos particulares sobre o próprio ordenamento jurídico, que precisa ser observado de forma bastante delicada, ressaltando o que é o cumprimento de um dever, o que é um cumprimento insuficiente e o que é um descumprimento total. Porém, como diz Edward Lopes, quando da análise das metáforas (uso incorreto de um signo a um contexto em que não se permite), o descumprimento das estruturas do significado é uma forma de atribuir novos sentidos e enriquecer um contexto linguístico. Somente o próprio contexto poderá julgar se é adequado o descumprimento ou completamente vazio de sentido ou inapropriado<sup>106</sup>. Para que não haja confusões quanto ao que aqui se

---

<sup>105</sup>O uso de um elemento diverso do habitual acaba por unir duas ordens, em que a conduta seria a “sema intersectora” (a conexão entre as duas ordens). O exemplo dado por Lopes é da frase “meu marido é um urso”, em que a metáfora une duas ordens que são opostas entre si (homem-animal), criando a imagem de um sujeito talvez feio, anti-social ou bruto. Ver: LOPES, ob. cit., p.35 et seq. Resta dizer, a conduta penalmente relevante une a ordem socialmente eleita com uma ordem pessoal, de modo que o fundamento (relação entre o conteúdo manifestado e o conteúdo pretendido) deve ser observado pelo contexto para que se possa dizer se o que se expressou é aceitável.

<sup>106</sup>LOPES, ob. cit., p. 51, o autor apresenta a alegoria como discurso triplanar de expressão (conduta), contexto e ideologia, de modo que a valoração só é arbitrada convencionalmente. Sobre isso, citando

diz, a culpabilidade é o esforço interpretativo de avaliar o contexto da infração (a conduta, o agente, a vítima, o dano gerado) tendo por base o contexto social (a conduta esperada, o papel social do agente, o papel social da vítima, a reação social necessária).

No processo penal, resta dizer, o julgamento preliminar para admissibilidade de uma ação penal em crime doloso contra a vida deveria esgotar os critérios técnicos, para que o júri popular pudesse analisar somente enquanto comunicação admissível pelo contexto. Por sua vez, a execução penal teria por fim demonstrar corretamente a distância entre o significado esperado e o significado reprovado.

### 3.4 Conclusões parciais

Em contraposição à comum negligência ao poder agir na omissão, restou claro ser sua análise elementar não apenas para a correta leitura dogmática dos tipos penais, como ainda para a correta compreensão da dinâmica entre o profissional médico, seu paciente, os familiares (tutores e curadores) e o próprio poder público.

A correta leitura da categoria do “poder agir” não se dá pela análise fática de uma capacidade física ou técnica, mas deve balancear o dever agir a partir da leitura do exercício autônomo do papel social. Resta dizer, o médico “pode” agir quando a decisão a ele cabe e em sua esfera de atuação se encontra o fato. Unicamente.

É, ainda, o poder agir do médico limitado pela autonomia do paciente, que é exatamente tão bem definida quanto melhor o exercício do “dever agir” do médico no que diz respeito às informações necessárias e conselhos pedidos. Aquilo que não é informado corretamente não permite o consentimento do paciente, mas não alarga em si o poder agir do médico. Pelo contrário, violado o dever de informar e aconselhar, permanece o médico atuando fora de sua autonomia profissional (clandestinamente), passando cada conduta a lhe valorar a culpabilidade penal. Esta autonomia nunca será absoluta e, por esta razão, a lei, por vezes, estabelece critérios formais de validade – uma busca pela autonomia “suficiente”.

Por fim, se a pena é o afastamento do sentido normativo do sentido expressado pela conduta, deverá analisar esta o grau de distorção da função médica na situação de fato, ou seja, quantos deveres e com que gravidade foi abusada a confiança. O Direito Penal analisa a comunicação indivíduo-sociedade; no caso do médico, a

---

Nietzsche, ver: ROSENFELD, Anatol. **Texto/contexto:** ensaios.2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1973, p.15, em que o autor aponta que a própria filosofia concluiu ser a “verdade” uma convenção sobre signos lingüísticos, como metáforas, metonímias, antropomorfismos.

comunicação é especial pelas grandes expectativas que configuram sua atuação e viabilizam a atividade. Pensar os deveres do profissional médico é pensar alguém com poderes especiais a quem voluntariamente se expõe a vítima e de quem, para isso, se esperam preocupações que outros não teriam. Em suma, analisar a culpabilidade é verificar quanto do monstro atuou no lugar do médico<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup>Com referência a STEVENSON, Robert Louis. **O médico e o monstro**. Trad. Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. Nesta história, um médico bastante respeitado descobre uma solução científica que lhe permite expressar sua pior faceta moral sem que o descubram. Travestido de monstro, torna-se agressivo, impulsivo e homicida.

#### 4. OS FUNDAMENTOS DA AUTORIA DELITIVA NA OMISSÃO PENAL

Na análise da configuração da omissão penalmente relevante, o injusto e a culpabilidade são diferenciados pela análise das categorias anteriormente destacadas. Porém, de forma ainda mais restrita, veem-se descritas as hipóteses da autoria delitiva. Resta dizer, os deveres de cuidado não são absolutos, nem a possibilidade de agir é necessariamente penalmente atribuível a alguém. O terceiro escalão de análise reside no fundamento da autoria delitiva que se reconhece no caso concreto a partir da descrição apresentada por um dos incisos do §2º, do art.13, CP.

O que se depreende da Exposição de motivos da parte geral do código penal é que os incisos buscaram dar maior concretude ao que seriam os deveres já mencionados, conferindo amplitude à interpretação. Ocorre que tais incisos limitam a possibilidade de cooperação delitiva punível por parte de um *extraneus*, o que é importantíssimo na área da saúde, em que os trabalhos muito frequentemente dependem da colaboração entre distintos profissionais, divididos por especialidade e função, bem como impede que a interpretação dos deveres se dê por critérios não normativos, melhor explicando, não institucionais<sup>108</sup>.

Mas há de se considerar que a atividade médica, como ambiente próprio, possui uma organização própria que pode gerar desafios dogmáticos, como compreender a especial responsabilidade sobre setores de urgência e emergência, a liberdade para atuar em qualquer unidade de saúde, mesmo que não possua vínculo empregatício com ela, a liberdade para escolher determinados aparelhos e técnicas e a própria atuação em equipe. Compreender a posição de garante que configura a autoria é, necessariamente, compreender um sistema normativo restrito, que ofereça clareza e garantias mínimas, mas que ainda seja capaz de se adequar às diferentes especialidades e procedimentos.

##### 4.1 As hipóteses apresentadas pelo código penal

---

<sup>108</sup>Ao tratar dos crimes omissivos, Correia observa que o finalismo já compreendia a necessidade da infração de uma posição de garante para a configuração do delito omissivo, ou seja, a violação de um especial dever de evitar um resultado, derivada da concepção alemã de contratos. Para além das hipóteses previstas no Código Penal (tanto o português, quanto o atual brasileiro), Correia considera que somente seria possível pontuar “exigências do próprio convívio social”, se ao menos houver algum mínimo reflexo no ordenamento jurídico. Ver: CORREIA, ob. cit., p.300 et seq. Em suma, as reflexões que se seguem no presente capítulo, não apenas devem buscar o estofamento normativo anteriormente citado nas categorias do dever e do poder agir, como ainda vínculos tutelados normativamente que justifiquem a intervenção penal.

Conforme descrito pelo art.13, CP, esta posição de garante na omissão tem por fundamento normativo uma previsão legal, uma aceitação prévia do papel ou uma responsabilidade por conduta anterior. O primeiro esforço para uma análise indutiva deve então buscar os parâmetros acima descritos dentro do sistema de saúde e sua regulação.

A área da saúde no Brasil tem desde o Decreto n.20.931, de 11 de janeiro de 1932, seu exercício restrito a profissionais devidamente habilitados para tanto (diploma de ensino superior específico e aprovado pelo Ministério da Saúde). Por este decreto, em seu art.1º, o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária, da farmacologia<sup>109</sup>, e da enfermagem, além da atividade de parteira, tornavam-se igualmente impedidos a quem não se encontrasse devidamente habilitado pelo Estado.

Juridicamente, no entanto, com exceção das parteiras, que tiveram algumas atividades restringidas pelo referido decreto, as funções das demais categorias ficaram amplas. Não havia restrição para que um farmacêutico receitasse algo, para que um enfermeiro realizasse um diagnóstico ou mesmo que um técnico de saúde realizasse perícias. Esta foi a principal preocupação para a formulação da Lei n.12.842/13, na qual as particulares atividades do médico foram melhor delimitadas (art.4º), como a realização de certos prognósticos, emissão de laudos e atestados.

A referida lei, consideravelmente celebrada pelos órgãos de representação da classe, em seu art.2º, acaba por descrever de forma bastante superficial sua compreensão sobre a atividade médica, como a busca pela “saúde humana e das coletividades humanas”, visando a “promoção, a proteção e a recuperação da saúde”, além da “prevenção, o diagnóstico e o tratamento de doenças” e “a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiência” (já mencionadas anteriormente). Por esta descrição, quase que principiológica, tem-se uma definição do que deve ser esperado do médico, mas não traz meios objetivos para compreender quando se inicia a relação médico e paciente.

A legislação quanto a procedimentos específicos, em boa parte apresentada nos capítulos anteriores, pondera procedimentos necessários, limitando a possibilidade

---

<sup>109</sup>Os farmacêuticos assumem, pela Portaria SVS/MS n.344/1998, um papel de garante na fiscalização da legalidade das receitas oferecidas, devendo não analisar o conteúdo, mas os requisitos legais de quantidade a ser oferecida, carimbo e registro do profissional que indicou o uso do medicamento, entre outros requisitos. Portanto, trata-se de um papel de garante, neste caso, quanto à saúde pública, não a do paciente. Não é um controle sobre a atividade médica, mas uma proteção colateral à profissão médica. Outras questões que dizem respeito aos deveres do farmacêutico, como a devida oferta do produto e as condições do mesmo, implicariam em um debate mais profundo quanto às relações de consumo.

de que as partes criem condições diversas do contrato. A atividade médica tem avançado para o monitoramento do paciente (diagnósticos cada vez mais precoces), de modo que não apenas os riscos são compreendidos, como a relação entre médico e paciente se torna muito mais desigual. Uma legislação que preza pela equidade nos contratos e supremacia do interesse público deve impedir que as partes (médicos e pacientes) disponham sobre alguns termos e, para tanto, lança mão de padrões mínimos de segurança e salubridade<sup>110</sup>. Em suma, essa legislação também não oferece o substrato normativo para compreensão de quando se inicia o vínculo.

A segunda hipótese de autoria, de assumpção voluntária da posição de garante, poderia ser bem compreendida no caso do paciente que procura um profissional particular e passa a realizar um tratamento com este. Há alguns autores que compreendem que, a partir do primeiro atendimento, o profissional estaria vinculado ao paciente e então se tornaria responsável por seu tratamento. Respeitada a autonomia do paciente, esta leitura deve ser melhor explicada. Não é o atendimento em si, mas o acordo das vontades, que pode se encerrar quando o paciente não segue as recomendações, aceita o tratamento sugerido por outro profissional ou não retorna quando o quadro se altera. Ela pode se encerrar também por vontade do profissional, seguidas as restrições já apresentadas do código de ética médica.

Esta assumpção voluntária também se configura pela publicidade médica, quando o profissional voluntariamente se apresenta ao seus clientes. Atualmente, há apenas dois regulamentos para a publicidade médica, que, na verdade, indicam apenas algumas restrições. O Decreto n.4.113/1942, que dispõe sobre a publicidade em diferentes carreiras da área da saúde e fixa penalidades específicas, expõe as vedações próprias ao profissional médico, em seu art.1º. A segunda regulamentação está compreendida no Capítulo XIII do Código de Ética médica e aumenta o número de restrições. Em suma, a maior preocupação de ambos reside na mesma preocupação apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor (lei n.8.078/90), quando proíbe a publicidade abusiva – definindo ainda o que seria o charlatanismo e o curanderismo.

É importante destacar, no entanto, que é possível o anúncio: a) de tratamentos consolidados pela ciência médica; b) de equipamentos especializados utilizados; c) de uma especialidade da clínica (não mais que uma) e das possíveis

---

<sup>110</sup>Sobre isso, ver: FRANÇA, ob. cit., p.59 et seq.



doenças e problemas que podem afligir o consumidor; d) dos materiais usados; e) títulos científicos que possua; f) valores específicos.

Neste sentido, se as condições apresentadas na publicidade forem acatadas pelo consumidor, conforme exposto pelos art.30 e ss da lei n.8.078/90, compreende-se que a publicidade é espécie de pré-contrato, vinculando o ofertante a cumprir as condições da oferta pública, sem condicionamentos que não estejam claros na publicidade ou que não sejam aceitos pela legislação consumerista. Para o caso de um paciente que venha a falecer pela falta do cumprimento do pré-contrato, sendo o tratamento cabível ao seu caso, e sendo a prestação negada ou atrasada pelo profissional médico (ofertante), não seria o acordo das vontades, mas a própria publicidade o elemento configurador da autoria<sup>111</sup>.

#### 4.2 A leitura funcional da autoria

A autoria em Direito Penal é comumente trabalhada a partir da compreensão do domínio do fato. Embora o termo seja mais citado que compreendido, pode-se dizer que é autor quem tem controle do curso delitivo com volição para tanto. Nem sempre o domínio se dá de forma direta (domínio da ação), como é o caso do cirurgião que realiza um procedimento e não toma as devidas precauções. Há casos em que aquele que possui o domínio o faz de forma impositiva, utilizando outrem para que a ação ocorra. Este segundo cenário é chamado de domínio da vontade, quando por erro ou coação, determinada pessoa é obrigada a realizar uma conduta delitiva, pela vontade do verdadeiro autor<sup>112</sup>. Neste caso, o autor coagido pode ter sua participação reduzida ou desconsiderada para responsabilização penal. Menos consensual quanto a seus critérios, há ainda o domínio da organização, que não se aplicaria ao caso de procedimentos na área da saúde, em que os profissionais que atuam são sujeitos especialistas, mas àqueles que obedecem comandos cegamente<sup>113</sup>.

Justamente considerando cenários que todos sabem detalhadamente o que estão realizando (sejam médicos, enfermeiros ou técnicos de enfermagem), cunhou-se o

---

<sup>111</sup>Neste ponto cabe reforçar, em nenhum momento os exemplos utilizados no presente capítulo indicam uma imputação pronta e acabada. Pelo contrário, indicam o elemento vinculante à conduta, não a ocorrência efetiva de um delito, razão pela qual não se aprofundaram os exemplos quanto ao comportamento relevante da vítima, por exemplo.

<sup>112</sup>Sobre o domínio da vontade, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p362.

<sup>113</sup>Sobre isso, ver SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Org. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone e Gustavo de Carvalho Marin. São Paulo: Liber Ars, 2013, p28 et seq.

conceito de infração de dever<sup>114</sup>. De forma bastante objetiva, a infração de dever analisa a quem era a responsabilidade de impedir um determinado dano. Em contextos complexos e intensamente regulados, analisar o conjunto de competências de cada agente se mostra um exercício bastante simples.

Verificar que um dever foi violado, com que intensidade ele foi violado e por quem ele deveria ter sido cumprido são três processos claramente muito próximos e que se comunicam de forma circular, sendo verificados de forma concomitante, porém não ocorrem em um mesmo processo cognitivo, nem devem utilizar dos mesmos critérios. De forma bastante simples, se um paciente vem a falecer em razão da falta de administração de medicamentos (dever de cuidado) e não era de sua esfera de atuação privada assim buscar esses medicamentos no momento adequado (poder agir), resta ainda a pergunta: a quem cabia administrar esse medicamento no momento correto?

Tal cenário dogmático é fruto de uma mudança de paradigma normativo no pensamento de Jakobs, que compreendeu como centro da proteção penal não os bens jurídicos, mas a própria norma (como já evidenciado em momentos anteriores deste trabalho)<sup>115</sup>. A partir do que se discute aqui ser a responsabilidade penal do profissional médico, fica ainda mais evidente que, para proteger a norma, utiliza o Direito Penal como meio linguístico para sua funcionalidade interna, não a norma em si (objeto de proteção, mas os deveres. Deveres estes não somente penais, mas normativos.

Assim, o Direito penal não utiliza de uma visão legalista, pois, como ficou evidente, nem mesmo há fundamento legal para compreender a autoria na área médica. As normas protegidas não são (ou não somente são) as leis penais, mas as próprias normas sociais, sobre as quais se abstraem deveres entre os cidadãos, que por sua vez pautam a confiança para que se desenvolvam as relações interpessoais<sup>116</sup>. Em suma, pensar normativamente não diz respeito ao legalismo jurídico, mas pensa estruturas sociais de confiança. Portanto, pensar a autoria dentro das relações médico-paciente é questionar: em quem o paciente confiava para tanto?

---

<sup>114</sup>O cenário vislumbrado inicialmente era de organizações empresariais que realizam condutas tipificadas pelo Direito Penal econômico, posteriormente também considerado quanto aos delitos do Direito Penal ambiental. Sobre isso, ver: ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Paulo César Busato. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 7-22, jul./dez. 2011, p.8. Ver também: DIAS, ob. cit., p.364 et seq.

<sup>115</sup>Sobre isso, ver: POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.66 et seq.

<sup>116</sup>Por isso se pode dizer que à pena cabe a “proteção de um ciclo de confiança”. Sobre isso, ver: SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. Ed.1. São Paulo: Liber Ars, 2012, p.71.

Dito isto, há de se fazer uma necessária distinção: a) quando o paciente busca um profissional médico, confia que este tomara as medidas necessárias, ainda que seja o encaminhamento para outra especialidade médica; b) quando um paciente busca uma instituição de saúde, sua confiança é de que lá haja condições para que seja tratado, que significa encontrar profissionais e equipamentos suficientes. Neste segundo cenário, se a instituição não dispõe das condições, não se pode falar em omissão de socorro ou qualquer daqueles tipos penais analisados no primeiro capítulo do trabalho. Caso haja o profissional, mas este não atue corretamente (omita-se), a confiança depositada na instituição já foi cumprida e esgotada na própria presença do profissional ali, sendo transformada em confiança personalíssima sobre o profissional capacitado que esta a atender<sup>117</sup>.

Diante do que aqui se expôs, resta claro que um pensamento funcional não se confunde com um pensamento legalista, na medida em que o ordenamento jurídico-penal nem ofereceria os subsídios necessários para a leitura da autoria. Pensar, portanto, obrigações daquele que possui a posição de garante é pensar normas (formais e informais) vigente nessa sociedade, que servem de base para o estabelecimento de relações sociais permeadas pela confiança mútua. Em termos concretos, não há corpo legal que vincule um profissional médico a seu paciente, mas há normas sociais e contratuais que direcionam essa responsabilidade.

Resta, portanto, analisar, ainda que de forma exemplificativa, os desdobramentos dessa compreensão em alguns cenários possíveis, a saber: a) os danos causados pela falta de atendimento em setor de urgência e emergência; b) os danos derivados de produtos e do ambiente; c) os danos produzidos por uma atuação coletiva.

#### **4.3 O especial atendimento em setores de urgência e emergência**

Há deveres específicos que impedem um médico de deixar um setor de urgência e emergência sem que outro profissional assuma seu lugar, devidamente informado e preparado para tanto, que impelem o médico a informar a falta de outro profissional, para que a administração encontre outro que possa assumir as funções, bem como deveres expressos de não deixar de ir a plantão que lhe seja obrigatório.

---

<sup>117</sup>Utiliza-se aqui o termo “profissional”, por incluir médicos, nutricionistas, enfermeiros, técnicos de enfermagem, atendentes, cozinheiros, seguranças, dentre outros com quem se relacionará ali. A confiança que possuía na instituição quando a buscou, se personifica na confiança de que, por exemplo, o médico atuará com zelo, que o nutricionista verificará propriamente as restrições possíveis, que os enfermeiros agirão com diligência.

O Supremo Tribunal Federal, em 1999, analisou um caso de uma profissional que se ausentava com frequência de seus plantões, faltava em determinados dias e não havia sofrido qualquer censura da administração do hospital<sup>118</sup>. Naquela oportunidade, o STF decidiu pela condenação da médica por homicídio culposo de um paciente que faleceu aguardando atendimento em um dos plantões que esta se ausentou. O supervisor do setor também foi condenado como coautor, por saber das faltas e tentar acobertar com falsificação de documentos.

Muitas são as considerações quanto ao caso, mas cabe questionar: um profissional que não se apresenta para um plantão, pode ser autor de um homicídio por omissão? Se o paciente vai ao hospital e encontra um médico, porém não é atendido – porque o profissional sai do hospital ou deliberadamente se recusa a proceder com o atendimento –, há uma clara violação à vedação ao abandono. Havia sobre o profissional uma expectativa de atendimento.

Porém, situação diversa é aquela em que o paciente vai ao hospital e não encontra um médico. Sua expectativa não residia sobre um profissional específico, mas sobre a instituição, que deveria oferecer um profissional. Da mesma forma, se há poucos profissionais para o atendimento de muitos pacientes, a expectativa frustrada quanto ao atendimento não se dá quanto ao profissional que não é capaz de atender a todos, mas sobre a instituição que não é capaz de oferecer profissionais a todos. A expectativa social sobre a instituição é, portanto, de gestão hospitalar, não de atuação profissional.

O primeiro cenário então proposto, do profissional que deixa o plantão e incumbe outros profissionais (inaptos – não médicos) do atendimento, a conduta também não seria corretamente compreendida por homicídio (art.121, CP). O não atendimento não importa na realização de um risco, mas de uma exposição a perigo que se concretiza independente do resultado morte. Quanto aos pacientes que deixam de ser atendidos, trata-se de uma evidente omissão de socorro (art.135, CP), enquanto o paciente que já está sendo medicado ou já tem seu diagnóstico (mas o procedimento específico é deixado a profissional inapto para o realizar) é abandonado sem que possa se defender das consequências do abandono (art.133, CP – sendo o paciente, como parte frágil, considerada incapaz pelas condições de fato).

Ainda sobre este segundo cenário, a omissão médica poderia ocorrer por um excesso de pacientes. Considere-se o caso de um profissional médico, assessorado por

---

<sup>118</sup>Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus (n.78.707-5, de São Paulo, em 22 de junho de 1999).

uns poucos enfermeiros e técnicos, atuando em setor lotado de urgência e emergência e, ao tentar dar atenção a diferentes pacientes ao mesmo tempo, este médico plantonista realize uma série de diagnósticos incompletos, permitindo que um paciente tenha seu quadro agravado e venha a falecer. De fato, tal profissional atuou com infração ao seu dever de diligência de forma autônoma (assim decidiu atender de forma incompleta, insuficiente para dizer que o paciente não tenha sofrido uma omissão de socorro)<sup>119</sup>. Porém, se o médico, permanecendo no exercício de seu papel, escolhe os casos “mais graves” ou “mais promissores”, excluindo em preferência de atendimento aqueles com menor urgência e menor chance de sobrevida (exercendo sua autonomia para decidir o tempo e atenção necessários para cada paciente – inciso VIII, Capítulo II, CEM), o que fica evidente é que o paciente não faleceu por ter recebido um atendimento errado. O dever infringido para o resultado morte não foi o dever de diligência, nem mesmo a violação de um papel do médico, mas a falta de recursos, que não diz respeito aos deveres do plantonista. Em suma, a autoria não descarta que tenha ocorrido uma omissão de socorro (infração de dever de agir do médico), mas essa não pode ser a ele atribuído.

Portanto, o caso como decidido pelo STF tem por núdulos problemáticos a incorreta compreensão do fundamento da autoria e a imprecisão do dever penal violado. Com relação à autoria delitiva, a médica, que tinha por hábito – pelo relatório – ausentar-se dos plantões após assinar o livro de ponto, naquela oportunidade já não estava quando o paciente chegou, mas realizou o atendimento por telefone, após a ligação de uma enfermeira. Neste sentido, a autoria não se fundamenta na ausência, mas no efetivo atendimento (ainda que displicente).

Com relação ao dever violado, a médica não deixou de reconhecer seu dever de atender, mas delegou suas funções para a enfermeira. A médica não operou sobre um risco calculável (art.121, CP), nem se ausentou diante de perigo iminente (art.135, CP), mas deixou suas funções para profissional inapto (abandono de incapaz). A enfermeira, que realiza um procedimento para o qual não está preparada (diagnóstico e prescrição de tratamento), realiza um homicídio culposo (imperícia). Já a conduta do supervisor (de hospital público), ainda que com fraude, não é mero auxílio, mas violação a dever penal próprio, independente do resultado – condescendência criminosa (art.320, CP) e infração à lei de improbidade administrativa (art.11, II, Lei n.8.429/92). Resta dizer, a

---

<sup>119</sup>O caso apresentado tem por base o que se discutiu no Tribunal de Justiça de São Paulo julgou, na Apelação nº 0000675-89.2009.8.26.0052, em 15 de dezembro de 2016.

“má gestão hospitalar” não é crime, portanto não caberia, inicialmente, nenhuma responsabilidade ao supervisor em unidade de atendimento privada.

O mais importante a ser destacado é justamente que a autoria delitiva não dependerá nestes casos do resultado. Todas as pessoas que são deixadas por um profissional em unidade de emergência e urgência já seriam vítimas.

#### **4.4 A posição de garante sobre os meios e os riscos ambientais**

O médico possui liberdade para escolher os equipamentos com que irá operar, os métodos que se sente mais confortável a utilizar e, inclusive, o ambiente em que irá desenvolver suas atividades, haja vínculo empregatício ou não com a instituição em que decide atender seu paciente. Em suma, o profissional tem autonomia para atuar apenas quando e como se sente seguro para tanto (excetuado os casos de urgência e emergência).

A atividade médica é desenvolvida por técnicas específicas e, de forma cada vez mais incisiva, aparelhos adequados. Cada aparelho utilizado pode exigir um preparo específico, claramente porque instrumentos sofisticados demandam conhecimentos especiais. O profissional pode até ter acesso ao equipamento, mas a liberdade de acesso se desdobra em responsabilidade sobre o meio.

Da mesma forma, a liberdade de escolha do ambiente se desdobra em responsabilidade do profissional, que deve assegurar que a unidade possui os instrumentos e a estrutura (física e pessoal) adequados, já considerando as possíveis complicações que um determinado procedimento possa enfrentar. Neste sentido, o paciente deve não apenas ser informado quanto aos riscos do procedimento, mas também dos riscos ambientais – que nunca serão zero. Esta autonomia profissional tem por fim mitigar riscos, mas não pode se desdobrar em uma posição de garante quanto a vícios ocultos dos equipamentos e materiais, bem como causas supervenientes que possam comprometer o ambiente.

Em matéria civil, a instituição possui uma obrigação de meio, devendo oferecer todas as condições necessárias ao tratamento, sem poder garantir o resultado cura. Por condições mínimas, compreende-se, de forma exemplar, a adequação da estrutura às normas sanitárias, possuir os alvarás de funcionamento exigidos pelo Poder público e possuir medicamentos, leitos, equipamentos para diagnósticos e equipamentos para procedimentos cirúrgicos em número suficiente para atender às demandas, partindo de um planejamento administrativo responsável. De forma mais específica, à luz do

art.14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil é independente de culpa<sup>120</sup>.

Caso a instituição pública não ofereça as condições mínimas por má administração dos recursos, seria possível considerar a existência de um crime contra a administração pública, como os tipos de peculato (art.312, Código Penal) ou prevaricação (art.319, Código Penal), ou mesmo um tipo previsto na Lei n.8.429/92 (Lei de improbidade administrativa), tomando por referência as diretrizes apontadas pela Lei n.8.080/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Portanto, as expectativas aqui encontradas nas normas penais residem sobre o administrador público, não sobre a administração ou sobre suas entidades.

Observando a relação de consumo enquanto alvo da tutela, seja esta oferecida por instituição pública ou privada, a impossibilidade de prestar o serviço por falta de meios pode ter relevância penal se: a) os recursos forem transferidos para privilegiar, sem justa causa, outro paciente (art.7º, I, da Lei n.8.137/90); b) se lhe for exigido ter aparelhos mínimos, como instrumentos de ressuscitação e medicamentos (art.65, da Lei n.8.078/90); c) se as informações sobre o paciente forem negligenciadas ao profissional médico (art.72, da Lei n.8.078/90). Novamente, esta responsabilidade repousará sobre o gestor de forma particular.

O profissional é garante daquilo que deve ser verificado previamente (lacres, testes que devam ser realizados, limpeza dos equipamentos e das salas, equipe de auxiliares em número suficiente), mas não pode responder por vícios que o equipamento ou material apresente durante ou após um procedimento, muito menos por incidente que comprometa as condições materiais ao longo do tratamento.

Em suma, a posição de garante quanto aos meios e riscos ambientais é definido pelos protocolos de segurança e pelas próprias instruções de uso do equipamento. A empresa que produz um determinado instrumento médico (tal qual a instituição de saúde) deve oferecer protocolos de segurança prévios a serem observados pelo profissional, sob o risco de responder pelos danos que produzir ao paciente. A

---

<sup>120</sup>Outro exemplo, que aprofunda o que é aqui apresentado como responsabilidade objetiva: um paciente, em período de recuperação pós-operatória, é orientado a fazer algumas caminhadas, de cinco minutos, pelo corredor do hospital, sendo devidamente informado quanto ao cuidado que deverá tomar ao fazê-lo (evitar escadas, não o fazer desacompanhado). Considerando que este paciente descumpra o que lhe foi sugerido e saia desacompanhado pelos corredores, vindo a sofrer lesões por uma queda em razão do chão úmido que não foi sinalizado corretamente. Deve-se considerar que sua conduta teve relevância para a responsabilidade penal do profissional médico, porém não para a responsabilidade civil do hospital. A instrução seguida teria evitado o acidente (andar acompanhado), mas a sinalização também o faria.

violação a um desses protocolos não configura violação ao dever agir propriamente, mas é o meio pelo qual o médico toma para si maior liberdade, aceitando a transferência também de responsabilidade, civil e penal.

#### **4.5 A atuação coletiva**

É evidente, portanto, que a omissão no atendimento pode ser fruto de uma omissão pessoal ou de uma desorganização institucional. No caso da omissão pessoal, há aqui o vínculo de confiança depositado no profissional escolhido (uma confiança personalíssima) ou por meio da confiança transferida pela instituição que oferece seus profissionais de forma genérica, mas que passam a gozar da mesma confiança por parte do paciente a partir do momento em que começam a ser atendidos. Civilmente, em caso de desorganização institucional ou em caso de falha de profissional empregado da instituição, o próprio ente coletivo responde pela indenização cabível. Resta a pergunta, como compreender então a responsabilidade penal em caso de atuação coletiva?

##### **4.5.1 A conduta não fiscalizada**

Não seria de todo estranho iniciar esta seção questionando a responsabilidade dos entes coletivos por duas razões simples. Primeiramente, o Direito Penal econômico atualmente reflete sobre a responsabilidade de instituições financeiras com base nas mesmas razões dogmáticas aqui encontradas no âmbito médico (forte regulação, gravidade do dano, dificuldade de identificar um responsável). Em segundo lugar, caso verdadeiramente se mostre razoável, porém incabível, pode se levantar a questão como contrária ao próprio sistema apresentado, de modo que não passar pelo tópico, ainda que de forma menos detalhada do que se poderia, configuraria uma omissão extremamente censurável.

Como analisado anteriormente, a instituição assume responsabilidades de garante por meio do termo de internação, de forma assemelhada ao profissional que atende em particular. Caso o médico responsável pelo cometimento de um ilícito, causando um dano, seja um profissional liberal, que apenas utiliza da estrutura oferecida pelo hospital ou pela clínica, mas sem vínculo empregatício, responderá este por suas faltas integralmente<sup>121</sup>. Porém, no caso de um profissional com vínculo empregatício com a instituição (seja o poder público ou instituição privada) a que pertence o

---

<sup>121</sup>O profissional pode internar e atender aqueles que já são seus pacientes em qualquer hospital (público ou privado), de acordo com a Resolução CFM n.1.231/86. Ver: FRANÇA, ob. cit., p.112 et seq.



estabelecimento, responderá a instituição civilmente pelos danos causados, devendo ainda atuar para que o profissional seja devidamente punido pela falta, conforme dispõe a própria Constituição Federal, em seu art.37, §6º (responsabilidade das pessoas jurídicas prestadoras de serviço). A legislação trabalhista também assim compreende o ônus do empregador sobre os riscos da atividade e quanto ao dever de devidamente administrar os negócios, protegendo o empregado.

Ocorre que, a particular autonomia do profissional médico (poder agir) inclusive para não realizar ordens de superiores quando violem seus princípios morais ou convicções (inciso VII, Capítulo I, Código de Ética médica), sem desprezar que esta atividade em particular necessita de tal autonomia, não permite que a relação de trabalho deste com qualquer instituição de saúde seja pautada pelos mesmos princípios de responsabilidade penal que as demais atividades econômicas. Em suma, a maior liberdade do profissional atuar conforme seus princípios e valores, repercute em proibição de regresso<sup>122</sup> para o gestor contratante. Distinta seria a responsabilidade de enfermeiros, técnicos de enfermagem e demais profissionais contratados, mas, para os quais, há sempre outro profissional responsável por fiscalizar (um médico), podendo este também ser “garante”, sem alcançar a instituição em si.

De fato, faltaria à instituição um dever penal mais claro, um tipo próprio de fiscalização das condutas, sem mencionar ainda a dificuldade de compreender a culpabilidade da pessoa jurídica na área da saúde. Mas para o problema específico do controle das atividades praticadas por um profissional, faltaria especificamente o elemento central da autoria, que é a posição de garante sobre um profissional especializado e autônomo, em outras palavras, portador de volição e responsabilidade.

Partindo então desta compreensão do profissional médico como sujeito responsável, a existência de um programa de *compliance*, definido por comissões internas de prevenção e controle de riscos, poderia agravar sua responsabilidade (aumento da culpabilidade)?

---

<sup>122</sup>A posição de garante é o critério de imputação que limita a solidariedade entre os agentes e valoriza a autorresponsabilidade dos indivíduos dessa sociedade. Sobre isso, ver: CANCIO MELIÁ, Manuel. **La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo**. Caderno Jurídico, n.1, São Paulo, ESPM, abril de 2001, p.133 et seq; LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Telles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1997, p.53 et seq; JAKOBS, **Tratado de direito penal – Teoria do injusto penal e da culpabilidade**. Coordenador e supervisor Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Geraldo Carvalho. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.39 et seq.

Primeiramente, alguém que não responde a programas de *compliance* não tem deveres especificados, de modo que a sua responsabilidade de tomar as melhores precauções e as condutas mais adequadas ao caso dependerão do juízo pessoal. Esse profissional tem maior liberdade de agir, portanto a sua responsabilidade é maior. Exemplifica-se com um caso hipotético, um profissional médico utiliza um instrumento não corretamente esterilizado, ocasionando uma grave infecção ao paciente. Considerando o profissional que desrespeita deveres específicos de um programa pré-definido, responde estritamente pelos passos que não tomou. Por sua vez, o profissional que não possui um procedimento padronizado viola, em tese, o dever de diligência como um todo e desrespeita inclusive uma confiança maior depositada pela instituição de saúde, que não considerou necessário “ensinar” um procedimento adequado. Acaba por ser tal leitura coerente com o que se disse antes sobre a culpabilidade e uma revisão da teoria da pena, já que a não existência de um programa bem definido de boas condutas médicas acaba por exigir como resposta penal um maior reforço preventivo.

Não se confunda a existência de procedimentos padronizados pela instituição com a chamada “Lex artis” da medicina. A existência de métodos consagrados pela atividade apenas auxilia na compreensão do “poder agir” do profissional. Os procedimentos padronizados (que funcionam como programas de *compliance*) são definidores de âmbitos de atuação, balizando a autoria. Reforçando o que já se apresentou, quem viola um dos padrões internos de atuação assume para si a posição de garante pelos resultados.

Em segundo lugar, deve-se considerar que o *compliance* surge justamente como forma de mitigar riscos. Um profissional que possui esferas superiores acessíveis para consulta (“double check”), procedimentos bem definidos e “hot spots” para comunicar problemas diários, conta com uma estrutura com quem compartilha sua responsabilidade para tomada de decisões (bem como estofo probatório quanto à sua diligência). Claramente, essa redistribuição e o compartilhamento de riscos funcionam muito bem na friez de setores financeiros, mas careceria de valorações variadas em setores distintos de um hospital, principalmente quanto ao tempo demandado para uma decisão. Em suma, tais mecanismos têm efeitos práticos na mitigação do risco e jurídicos, por seu uso demonstrar a efetiva atuação pelo profissional, mas não são suficientes para verticalizar os deveres penais.

#### 4.5.2 A decisão compartilhada

Como última possibilidade a ser vislumbrada aqui como entrave aos critérios de autoria funcional, resta a forma mais simples de atuação coletiva. Como atribuir uma infração de dever em caso de uma decisão compartilhada por uma junta médica (possibilidade prevista e protegida pelo art.39, Código de Ética médica)? Não se questiona aqui uma decisão de um conselho ou de uma comissão interna em que seja alterada a forma de atuação dos profissionais dentro de uma instituição, pois seria o caso novamente de discutir outro objeto de tutela (incolumidade pública, por exemplo). Trata-se da reunião de diferentes profissionais (de uma ou mais especialidades) para tratar de um único caso.

Considere-se o caso do paciente que se encontra em estado vegetativo permanente e os profissionais decidem não manter a alimentação por sonda ou não seguir o mantendo vivo com a periódica administração de antibióticos. Semelhantemente ao que trata Jakobs quanto ao auxílio ao suicídio<sup>123</sup>, deve-se considerar a forma como a decisão foi tomada e a conduta realizada. No caso do auxílio ao suicídio, pontua Jakobs que deveria a vítima ter tempo para assegurar-se de sua decisão e o assistente teria o dever de confirmar isso. Pensar a autonomia sobre o corpo com base em Hegel traz a compreensão de que somente a pessoa pode se “cortar em pedaços”, mas não haveria razão para isso e esse comportamento em determinado ponto tem desdobramentos sobre a estrutura e equilíbrio internos. Pensar autonomia é pensar o equilíbrio psíquico e a ordem social<sup>124</sup>. De forma mais concreta, se caberia uma melhor análise das circunstâncias que levam uma pessoa a tomar uma decisão assim definitiva, quanto mais quando essa decisão é tomada por outros.

No caso da junta médica, caso a decisão seja tomada de forma repentina e executada rapidamente, não se pode dizer que os profissionais reunidos tomaram uma decisão pautada no melhor interesse do paciente, cumprindo com os deveres de diligência e de colher o consentimento da família. Neste caso, o resultado seria atribuível a todos que assim concordaram com a decisão e forma de execução (nos termos do art.29, Código Penal).

A diligência, por exemplo, é demonstrada na medida em que há consultas a órgãos internos do hospital, como um comitê de bioética e setores de auditoria, sem que

---

<sup>123</sup>JAKOBS, **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.56. Nenhuma política deveria constranger as pessoas a aceitarem a vida forçosamente ou o seu fim (aceitar a eutanásia terapêutica, por exemplo).

<sup>124</sup>SIEG, Ludwig. Hegel y la moderna bioética. Trad. Pau Juaneda Novella. **Taula: quaderns de pensament**, Illes de Balears, n.45, 2013, p.164 et seq.

necessariamente se faça uma consulta ao sistema de justiça. Ainda que se reconheça um dever de alimentar e que se considere que a autonomia do paciente não poderia ser exercida plenamente, não haveria um profissional que não estivesse com seus deveres de cuidado corretamente cumpridos a quem se pudesse atribuir o resultado.

Tal situação seria diversa no caso de diferentes profissionais que atuam no mesmo caso, separadamente, agravando o mesmo quadro por condutas independentes. De forma exemplar, um paciente que busca o setor de emergência pela manhã, com dores abdominais, é liberado pelo plantonista para realizar os exames no dia seguinte. No meio da tarde, o paciente tem sensível piora e retorna ao setor de emergência, onde é diagnosticado com uma hérnia (que de fato possuía) e para a qual é medicado. Após a troca de plantões, o quadro segue piorando, quando um terceiro médico diagnostica, apenas apalpando o paciente, um caso grave de aneurisma abdominal da aorta, cujo desenvolvimento é sempre muito rápido e fatal. O paciente então é internado na unidade de tratamento intensivo, onde vem a falecer enquanto é preparado para a intervenção cirúrgica<sup>125</sup>. Os profissionais claramente não tomaram decisões juntos, portanto as suas omissões penalmente relevantes e a medida da culpabilidade de cada um (art.29, Código Penal) são facilmente identificadas, a saber: a) o dever de cuidado violado pelo primeiro plantonista, que poderia ter realizado os exames no próprio hospital com urgência, mas não fez por falta de diagnóstico; b) o dever de diligência do segundo, que considerou a questão encerrada no primeiro diagnóstico, embora pudesse facilmente identificar um segundo problema em outra região, onde o paciente apontava as dores de fato. Tais condutas não se comunicam com o terceiro profissional, cuja conduta inclusive permite melhor compreender o poder agir dos profissionais anteriores.

Diversa ainda é a forma de compreensão da responsabilidade penal em uma equipe médica, formada por diferentes profissionais de saúde (não apenas médicos). Neste caso, as relações de fato dentro da equipe e o espaço de atuação (os deveres sobre o paciente em questão) devem ser analisadas com cautela para garantir proporcionalidade ao peso da decisão de cada membro. Porém, a pena aplicada aos chefes de equipes médicas deve ser proporcionalmente superior àquela que se aplicaria ao profissional que tomasse a mesma decisão sozinho<sup>126</sup>, tanto porque tais líderes

---

<sup>125</sup>O caso é uma clara demonstração da mudança do paradigma da medicina liberal (do profissional liberal), para uma medicina socializada (em que há muitos profissionais se revezando em diversos casos. Sobre essa mudança, ver: FRANÇA, ob. cit., p.100 et seq.

<sup>126</sup>Falar em pena não se esgota na discussão sobre o tempo da pena de prisão. Sobre isso, poderia se considerar as diferentes dimensões do tempo, que acabariam por relativizar todo o debate sobre maior

possuíam mais meios para avaliar a situação, quanto porque a tomada desta decisão e aprovação por outros membros demonstra uma maior naturalização da conduta no meio em que o direito penal está a intervir. Há um desafio maior para comunicar socialmente a separação entre os signos linguísticos (conduta incorreta e norma).

#### 4.6 Conclusões parciais

Diante do que aqui se expôs, resta claro que um pensamento funcional não se confunde com um pensamento legalista, na medida em que o ordenamento jurídico-penal não é capaz de oferecer os requisitos mínimos para a leitura da autoria. Pensar, portanto, obrigações daquele que possui a posição de garante é pensar normas (formais e informais) vigentes nessa sociedade, que servem de base para o estabelecimento de relações sociais permeadas pela confiança mútua. Em termos concretos, não há corpo legal que vincule um profissional médico a seu paciente de forma objetiva, mas há normas sociais e contratuais que direcionam essa responsabilidade.

Assim, se considerada a falha de um profissional médico, não se deve analisar se este possuía domínio do fato, pois em muitos casos a omissão se dá justamente pela falta de controle da situação ou pelo distanciamento injustificado por parte de um dos polos (seja o médico, seja o próprio paciente). Neste sentido, analisar a quem dizia respeito o dever que se descumpriu permite distinguir a responsabilização penal dentro de uma equipe médica (a), balizar os limites da atuação relevante do profissional não-empregado da instituição (b) e do próprio médico empregado de uma instituição hospitalar que comete um ato em desacordo com os protocolos de segurança (c).

Por sua vez, compreender a autoria como “em quem se depositou a confiança quebrada” permite melhor diferenciar aquilo que é a “omissão de socorro” daquilo que se poderia chamar de “gestão temerária de instituição de saúde” que, esta sim, seria a tutela do direito à saúde (ou direito de acesso à saúde). No primeiro caso, a confiança é sobre o profissional com o qual já se tem uma relação. A falta de profissional atuando em setor de emergência, a falta de equipamentos ou materiais, dentre outras omissões fruto de uma falha organizacional carece não apenas de um tipo penal coerente (que se poderia aplicar a gestores públicos e privados – para além do que foi demonstrado),

---

ou menor rigor. Sobre isso, ver: MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.41 et seq. Há de se considerar que muitos delitos são frutos da exclusão social, de modo que a pena de prisão já seria uma contradição em si, mas em se tratando de sujeitos “experts”, a pena de exclusão se torna muito mais claramente um desperdício por parte do Estado, que poderia usufruir de outras formas dos conhecimentos especiais do agente.

como ainda do cuidado para que tal elemento não venha a suprimir a liberdade profissional do médico. Mesmo assim, é questionável a opção de se reduzir a autonomia penal do gestor hospitalar pelo alargamento da artificial personalidade da instituição.

Por fim, a falha em uma junta médica ou uma equipe de profissionais diversos que deliberadamente tomem uma decisão de se omitir ou que implique nessa omissão, tem também na infração de dever a diluição da culpabilidade (nos termos do art.29, Código Penal), mas a exigência de um rigor ainda mais claro pela pena aplicada, tendo em vista a gravidade da indiferença coletiva. Já os profissionais que atuam separadamente e reiteram um mesmo equívoco, respondem juntos pelo resultado – na proporção de suas condutas.

## 5. CONCLUSÕES

A análise indutiva e sistêmica que se fez do ordenamento jurídico brasileiro trouxe diversas reflexões, tanto sobre a opção político criminal que se tem feito no Direito médico, quanto sobre o uso dos institutos jurídico-penais, de modo que se veem modelos econômicos cada vez mais liberais e uma tutela penal cada vez menos liberal, o que não é incoerente, já que a maior liberdade dos agentes que detêm o controle da relação exige uma maior tutela da segurança dos vulneráveis. Em termos concretos, se os médicos podem dispor cada vez de recursos melhores e de informações mais detalhadas sobre seus pacientes, a dignidade do paciente exige uma proteção ainda mais robusta.

Por sua vez, a leitura do funcional normativismo de Jakobs permitiu a problematização de casos concretos, para os quais se buscou a solução mais adequada para a pacificação de conflitos de forma coerente, sempre referida à necessidade de segurança jurídica das decisões judiciais, pelas quais os agentes também pautarão suas condutas futuras, ainda que as respostas em si possam ser questionadas a partir de outras perspectivas. Essa adequação da tutela penal deve atender ainda aos padrões de segurança que são desenvolvidos pelas próprias instituições de saúde e atender às expectativas sociais que permeiam a atividade do profissional.

O pensamento de fato se mostrou bastante circular, não por outra razão senão pela importância do marco teórico e da manutenção de um sistema normativo, de modo que ele se estrutura a partir de normas, mas sua comunicação toma por meio linguístico o dever. Os deveres do profissional médico para com o paciente, os deveres dos tutores e curadores, os deveres do próprio paciente para que o médico possa corretamente exercer sua atividade, os deveres do estabelecimento de saúde, dos gestores, bem como os deveres dos órgãos de justiça diante de uma necessidade de segurança jurídica e real pacificação de conflitos.

O risco foi incluído nas análises penais por influência dos estudos sociológicos, que primeiro observaram uma sociedade progressivamente técnica, onde o uso de novos instrumentos permitem criar e mitigar novos fatores em processos de transformação. Na atividade médica, o desenvolvimento de melhores meios permite que o médico controle melhor os fatores externos, identificar problemas com maior precisão, e criar maiores danos por procedimentos incorretos. Não é possível estabelecer um modelo único de atuação, personalíssima, mas existem requisitos mínimos que

podem auxiliar o profissional em sua intervenção. Estes padrões não definem deveres compulsórios, mas indicam sobre quem residiam as expectativas, ou ainda, quem tomou para si a responsabilidade pelo resultado.

Aprofundar então as categorias de pensamento postas por um modelo dogmático normativista é necessariamente revisitar a própria compreensão de comunicação e a importância dos signos linguísticos, mas, de forma especial, sua real interação com a sociedade. Compreender que a construção de sentido é uma atividade coletiva que se fundamenta no contexto tanto quanto na própria expressão, exige que o aplicador da norma penal tenha critérios claros para a correta leitura da expressão gerada com a conduta relevante, sem violar as estruturas normativas com a sua interpretação. Deve-se respeitar o entorno normativo. Esse entorno, por sua vez, tem uma dupla tarefa: a) diferenciar as corretas atuações daquelas que se mostram destoantes; b) diferenciar os desvios que se fazem compreender de forma aceitável, daqueles que configuram uma ordem indesejada pelo próprio contexto. Há, portanto, um julgamento técnico tão importante quanto o julgamento valorativo coletivo.

Neste sentido, a pena não se mostra uma contradição à contradição à norma, mas a separação entre a ordem criada pela conduta desviante e a ordem desejada, devendo concretamente demonstrar isso. Assim, é função da pena ser mais enfática na medida em que a ordem criada (e indesejada) é naturalizada, seja pela forma como uma conduta foi realizada (*e.g.* ignorando recomendações, utilizando de instituições e outras pessoas para que a violação se dilua, causando danos graves ao contexto), seja pela própria recorrência da conduta (*e.g.* diversos médicos atuando de forma irregular com alguma frequência). A pena não guarda proporção com a conduta ou com seu resultado concreto, mas com a demanda social por pacificação, definida pela: a) compreensão da infração no contexto normativo (injusto); b) valoração da violação do papel (culpabilidade). E pensar a pena não é necessariamente pensar a prisão ou o tempo. Para Jakobs, a pena é sempre uma dor. Diga-se aqui, a pena como símbolo não precisa causar um dano, nem mesmo a dor em suas diferentes formas (*e.g.* moral ou financeira), ela precisa ser convincente. Pensar uma pena mais rigorosa exige pensar uma pena que cause algum impacto no meio, o que se nota de formas muito criativas atualmente nos modernos modelos de justiça restaurativa.

No que diz respeito às questões de autoria, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro tentou esgotar as possibilidades de um papel de garante (art.13, §2º, CP), nitidamente como ocorre em outros ordenamentos jurídicos. Se o sistema jurídico



funciona a partir de deveres, não por vínculos puramente naturalísticos (como o domínio de uma situação), então não cabe diferenciar a omissão a partir de “própria” ou “imprópria”, mas a partir de seu fundamento violado, o “dever agir de uma determinada forma”. Portanto, deve-se pensar a omissão do dever agir comum do cidadão (*e.g.* omissão de socorro), distinta da omissão do dever agir do médico responsável pelo caso, distinta da omissão do dever agir do médico socorrista, distinta da omissão do dever agir do enfermeiro, distinta da omissão do dever agir do cirurgião. Em suma, as infrações de deveres que determinaram o resultado morte, abandono ou maus-tratos indicarão claramente o papel daquele a quem caberá a responsabilização penal.

Mas o papel de garante, embora sempre normativo, não é necessariamente legal. Em suma, pensar os incisos do art.13, § 2º, é um trabalho de compreensão do contexto pessoal dos agentes, o que cada um esperava de si e quem deveria se atentar a quê. Em termos concretos, na equipe médica, por exemplo, quem deveria entregar os instrumentos corretos, quem deveria se atentar à sedação do paciente, quem deveria ter pedido os exames necessários, quem deveria ter informado possíveis restrições de saúde (*e.g.* alergias). Isso exige pensar o que se prometera e com que grau de expectativas a relação se construíra. Novamente um exemplo, as responsabilidades diversas do médico para com pacientes que oferecem informações pessoais em níveis diferentes de acerto e fazem uso da medicação com graus diferentes de cuidado.

Se o dever agir, o poder agir e a própria autoria tomam, portanto, dessa lógica circular do cumprimento de deveres, embora não se tenham especificado aqui os critérios de imputação, da ilicitude ou mesmo condições para análise de defeitos cognitivos e a falta de prevenção geral positiva, depreende-se que as três categorias deverão ser, na análise do caso, simultaneamente compreendidas, embora por critérios coerentes com a verificação, respectivamente, da infração em si (e seu significado), do papel que se exercia (e o quanto ele foi abusado ou rompido) e confiança que se depositava (nas relações do caso concreto).

Por fim, a partir da diversidade de casos que aqui se apresentaram ao longo do trabalho (particularmente os cinco estudos que se fizeram ao final dos capítulos), fica evidente que a área médica detém uma série de particularidades a serem analisadas, tantas quantas forem as doenças e muito mais as formas de tratamento, mas a análise deve sempre se fundar na distinção: a) qual o dever foi violado (informar, aconselhar, buscar o consentimento e não abandonar)?; b) quão diligente foi o médico?; c) quem (profissional, instituição, acompanhante ou paciente) falhou de forma definitiva com o

tratamento? Tais critérios gerais são aprofundados na análise dos fatos, mas sempre deverá se manter acessível e interpretado no nível normativo, pois o aplicador da norma penal é leigo, mas, principalmente, o restante da sociedade, a quem a decisão se comunicará, também o é e precisa compreender o que se fez no sistema de justiça. Segurança jurídica e comunicabilidade do sistema são os fatores que determinaram a qualidade do desenvolvimento das relações sociais, particularmente aqui, entre médicos e seus pacientes.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 20, n. 3, p. 397-403, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- AVEN, Tej. What is safety science?. **Safety Science**, Amsterdam, v.67, p.15-20, 2014.
- BACIGALUPO, Silvina. Cuestiones específicas de la participación en Derecho penal económico. **Revista de Ciencias Jurídicas**, Buenos Aires, n. 2, p. 145-158, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Autoría y participación em delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BAL, B. Sonny. An introduction to medical malpractice in the United States. **Clinical Orthopaedics and Related Research**, Philadelphia, v. 467, n. 2, p. 339–347, 2009.
- BERG, Heinz Peter. Risk management: procedures, methods and experiences. **Reliability: Theory & Applications**, v.1, n. 2(17), p. 79-85, 2010, June.
- BERNADAC, Christian. **Médicos malditos**. Trad. Eleonora Xavier Wanderlei Pires. Rio de Janeiro: Otto Pierre, 1980.
- BERNSTEIN, Peter L. The new religion of Risk management. **Harvard Business Review**, Cambridge (MA), sem paginação, mar/abril, 1996. Disponível em: <<https://hbr.org/1996/03/the-new-religion-of-risk-management>>. Acesso em: 12.03.2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- BONHOEFFER, Dietrich. **Ética**. Trad. Helberto Michel. 7. ed. São Paulo: Sinodal, 2005.
- BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BYUNG-CHUL, Han. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Paulo Gianchini. São Paulo: Vozes, 2015.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo**. Caderno Jurídico, n.1, São Paulo, ESPM, abril de 2001.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CHALHUB, Samira. **Funções da linguagem**. São Paulo: Ática, 1987. (Princípios).

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1971.

COUTINHO, Léo Meyer. **Responsabilidade ética penal e civil do médico**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DONNE, John. **The works of John Donne**. Org. Henry Alford. London: John W. Parker, 1839. v. 3. Disponível em: <<https://catalog.hathitrust.org/Record/011407243>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

FEIO, Ana Goreti Oliveira; OLIVEIRA, Clara Costa. Responsabilidade e tecnologia: a questão da distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 19, n. 3, p. 615-630, 2011.

FERNANDES, Fernando Andrade. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_.; GOMES, Ana Cristina; AGAPITO, Leonardo Simões. Um olhar da política-criminal sobre a vítima de homicídio no tráfego terrestre: a autocolocação em perigo e o âmbito de proteção da norma. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **O lugar da vítima nas ciências criminais**. São Paulo: LiberArs, 2017.

\_\_\_\_\_.; AGAPITO, Leonardo Simões. Responsabilidade médica e o compliance como instrumento auxiliar da tutela penal. In: ZUB, **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. 1 Ed. Curitiba, Juruá, 2018, p.53-74.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes contra a pessoa: crimes contra a vida: homicídio. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 25-48, jan./mar. 1972.

- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Ed.12, revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética de interventiva. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005.
- GRECO, Luis. Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 3-5, jul. 2012.
- GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Os Comitês de Ética Hospitalar. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 149-156, 1998.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Elisangela Pereira et al. Reflexão bioética sobre a responsabilidade de cuidadores de pacientes terminais. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 20, n. 3, p. 507-513, 2012.
- HORR, Lidvina, ORO, Inez Maria, LORENZINI, Alacoque, SILVA, Lorena Machado e. Comissão de controle de infecção hospitalar. **Revista Brasileira de Enfermagem**, 31(2), 182-192
- INTERNATIONAL COUNCIL OF NURSES et al. **Guidelines: incentives for health professionals**. Geneva, 2008. Disponível em: <[http://www.who.int/workforcealliance/knowledge/resources/guidelines\\_healthprofessional/en/](http://www.who.int/workforcealliance/knowledge/resources/guidelines_healthprofessional/en/)>. Acesso em: 5 mar. 2017.
- HEGEL, GeorgWilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBSAWN, Eric. **Bandidos**. Trad. Donaldson M. Garschagen. 5.ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Terra e Paz, 2017.
- JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.
- \_\_\_\_\_. **A imputação penal da ação e da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Autoria mediata e sobre o Estado da omissão**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido.** Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. (Org.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara, 2005.

\_\_\_\_\_. Culpabilidad jurídico-penal y libre-albedrío. In: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (Org.). **Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias.** Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

\_\_\_\_\_. **A imputação objetiva no direito penal.** Trad. André Luís Callegari. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal – Teoria do injusto penal e da culpabilidade.** Coordenador e supervisor Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Geraldo Carvalho. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KASPERSON, Roger E.; RENN, Ortwin; SLOVIC, Paul; BROWN, Halina S.; EMEL, Jacque; GOBLE, Robert; KASPERSON, Jeanne X.; RATICK, Samuel. The social amplification of risk: a conceptual framework. **Risk Analysis.** New Jersey, v.8, n.2, p.177-187, 1988.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova:** presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

KING, Jaime Staples; MOULTON, Benjamin. Rethinking Informed Consent: The case for Shared Medical Decision Making. **American Journal of Law & Medicine,** Boston, v. 32, p. 429-501, 2006.

KNEGTERING, B.; PASMANN, H.J. Safety of the process industries in the 21st century: A changing need of process safety management for a changing industry. **Journal of Loss Prevention in the Process Industries.** Amsterdam, v.22, n.2, p.162-168, 2009.

KOCK, Ingedore Grunfeld Villaça. **O texto e a construção dos sentidos.** São Paulo: Contexto, 1997.

LEVENE, Ricardo. **El delito de homicidio.** 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva.** Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Telles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1997.

LIMIA LEGRÁ, Mónica. Cambio de mentalidad: responsabilidad de salud. **Index de Enfermería**, Granada, v. 19, n. 1, p. 42-46, jan./mar. 2010.

LOPES, Edward. **Metáfora: da retórica à semiótica**. São Paulo: Atual, 1986.

MÄÄTTÄNEN, Pentti. Meaning as use: Peirce and Wittgenstein. In: STADLER, Friedrich; STÖLTZNER, Michael. (Ed.). **Papers of the 28<sup>th</sup> IWS**. Kirchberg am Wechsel: ALWS 2005. Disponível em: <<http://wittgensteinrepository.org/agora-alws/article/view/2571/2866>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MANIAN, Maya. The irrational woman: informed consent and abortion decision-making. **Duke Journal of Gender Law & Policy**, Durham, v. 16, p. 223-293, 2009.

MARTÍNES, Fernandes. **Fratricídio Perdoado. Júri acata tese de coerção e inocenta homem que matou irmão a pedido dele**. CONJUR, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-28/juri-sao-paulo-inocenta-homem-matou-irmao-pedido-dele>>. Acesso em: 20.out.2017.

MELO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S. The challenge of emerging and re-emerging infectious diseases. **Nature**, Maryland, v.430, p.242-249, 8.jul.2010.

MORSE, Stephen S. Factos in the Emergence of Infectious Diseases. **Emerging Infectious Diseases**, Atlanta, v.1, n.1, p.7-15, 1995.

NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

**ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**. Emerging systemic risks in the 21th century: an agenda for action. Paris: OECD, 2003.

OLIVEIRA, Vitor Lisboa; PIMENTEL, Déborah; VIEIRA, Maria Jésia. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. **Revista Bioética**, Brasília, DF, 2010, Vol.18, n.3, p.705-724.

OHLER, Norman. **High Hitler: como o uso de drogas pelo führer e pelos nazistas ditou o ritmo do terceiro reich**. Trad. Sílvia Bittencourt. Ed.1. São Paulo: Planeta, 2017.

PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada: estúdios de filosofia jurídica y Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: Liber Ars, 2012.

\_\_\_\_\_. **Ciudadanía y Derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Jesús-María Silva Sánchez e outros (org.). Barcelona: Atelier, 2016.

PEGORARO, Olinto A. Historicidade da ciência e da ética. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; HOSSNE, William Saad. (Org.). **Bioética em tempo de incertezas**. Centro Universitário São Camilo & Ed. Loyola, 2010.

PEIRCE, Charles S. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1977.

PEIRCE, Charles S. **Escritos coligidos**. Seleção e tradução de Armando Mora D'Oliveira et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).

PESSINI, Leo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 12, n. 1, p. 39-60, 2004.

\_\_\_\_\_. Bioética e o pós-humanismo: ideologia, utopia ou esperança? In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; HOSSNE, William Saad. (Org.). **Bioética em tempo de incertezas**. Centro Universitário São Camilo & Ed. Loyola, 2010.

\_\_\_\_\_. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jarh. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 1, p. 9-19, 2013.



POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014.

PUYOL, Angel. ¿Quién es el guardián de nuestra propia salud? Responsabilidad individual y social por la salud. **Revista Española Salud Pública**, Madrid, v. 88, n. 5, p. 569-580, 2014.

RAAB, Edward L. The parameters of informed consent. **Transactions of the American Ophthalmological Society**, San Francisco, v. 102, p. 225-232, 2004.

RENN, Ortwin. Three decades of risk research: accomplishments and new challenges. **Journal of Risk Research**, Londres, v.1, n.1, p.49-71, 1998.

RIBEIRO, Aldaíza Marcos. Implantando um comitê hospitalar de bioética. **Revista Saúde Criança Adolescente**, Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 32-35, 2010.

ROESER, Sabine. PESCH, Udo. An emotional deliberation approach to risk. **Science, Technology & Human Values**, Waltham, v.41, n.2, p.274-297, 2013.

ROSENFELD, Anatol. **Texto/contexto: ensaios**.2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1973.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

\_\_\_\_\_. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Paulo César Busato. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 7-22, jul./dez. 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e a finalidade da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 121. ano 24. p. 163-190. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Omissão de socorro nos hospitais privados: porque você é pobre deve morrer mais cedo. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 20, n. 236, p.7, jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Inimigo e pessoa no direito penal**. Ed.1. São Paulo: Liber Ars, 2012.

SANTOS, Ivone L.; GARRAFA, Volnei. Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO à luz da ética de Paulo Freire. **Redbioética**, Montevideo, ano 2, v. 1, n. 3, p.130-135, jan./jun. 2011.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. Org. Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone e Gustavo de Carvalho Marin. São Paulo: Liber Ars, 2013.

SIEG, Ludwig. Hegel y la moderna bioética. Trad. Pau Juaneda Novella. **Taula: quaderns de pensament**, Illes de Balears, n.45, p.155-166, 2013.

SILVA, Lillane Cristina da; MENDONÇA, Adriana Rodrigues dos Anjos. Medicalização da beleza: reflexão bioética sobre a responsabilidade médica. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 20, n. 1, p. 132-139, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SLOVIC, Paul. Perception of risk. **Science**, Washington, v.236, p.280-285, 1987.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Questões atuais de crimes contra a vida**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 14, n. 2, p. 229-238, 2006.

\_\_\_\_\_. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. In: **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, n.56, v.3, jul.-set. 2012, p. 268-273.

STEVENSON, Robert Louis. **O médico e o monstro**. Trad. Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SUCCAR, João Mendes. O cliente como coprodutor do serviço: a adesão do paciente a programas de gerenciamento de doenças crônicas. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Prêmio IESS de produção científica em saúde suplementar: promoção da saúde: 2011 a 2015**. São Paulo: Midiograf, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THALER, Richard H. From homo economicus to homo sapiens. **Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh, v. 14, n.1, p.133-141, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

UNACHUKWU, Isabelle M. B.; UNACHUKWU, Anayo. Clinical negligence: is Bolam still relevant? **SSRN Electronic Journal**, Rochester, jan. 2009. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228141553\\_Clinical\\_Negligence\\_Is\\_Bolam\\_Still\\_Relevant](https://www.researchgate.net/publication/228141553_Clinical_Negligence_Is_Bolam_Still_Relevant)>. Acesso em: 5 mar. 2017.

VAN DER BERG, Bibi; PRINS, Ruth. Security and Safety: a conceptual analysis. COURSERA, Leiden, 2018. Disponível em: <<https://www.coursera.org/learn/risk-in-modern-society/supplement/7beAY/the-study-of-risk>>. Acesso em 22 fev.2018.

**V Jornada de Direito Civil.** Ruy Rosado de Aguiar Jr (org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em 10.02.2017.

**VI Jornada de Direito Civil**, [11-12 de março de 2013, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em 10.02.2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência:** uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alfren da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WILLIAMS, John Reynold. **Medical ethics manual.** 3<sup>rd</sup> ed. London: World Health Communication Associates, 2015. Disponível em: <<https://www.wma.net/what-we-do/education/medical-ethics-manual/>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

WOLF, Susan M. Conflict between Doctor and Patient. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Medford, v. 16, n. 3-4, p. 197-203, 1988.

ZABINSKI, Zenon; BLACK, Bernard S. **The deterrent effect of tort law:** evidence from medical malpractice reform. Evanston, Apr. 2014. (Working Paper No. 13-xx; Law and Economics Research Paper, n.13-09). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2131362>>. Acesso em: 3 jan. 2017.