

A RESPONSABILIDADE ÉTICO-JURÍDICA DO PROFISSIONAL DE MEDICINA NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

LA RESPONSABILIDAD ÉTICA Y PENAL EN BRASIL DEL PROFESIONAL MEDICO: UNA PERSPECTIVA HISTORICA

Paulo Antoine Pereira Younes¹

RESUMO: O homem da medicina, buscando dotar as pessoas da melhor qualidade de existência, numa luta infundável travada dia a dia na sociedade, no final do século XIX, primórdios do século XX, era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência. Jamais se questionava a qualidade de seus serviços, e menos ainda a litigância sobre eles. O ato médico se resumia entre a confiança do paciente e a consciência do médico. Hoje, com a massificação das relações sociais, marcada por uma nova realidade de mercado e, principalmente, por uma nova realidade afetiva - *médico credenciado atende paciente segurado* - o profissional da saúde se distancia cada vez mais de seu paciente. Em razão do acelerado processo de desenvolvimento tecnológico em medicina, a singularidade do paciente – emoções, crenças e valores – ficou em segundo plano. No mesmo processo, ocorreram transformações na formação médica, cada vez mais especializada, e nas condições de trabalho, restringindo a disponibilidade do médico tanto no contato com o paciente quanto na busca de uma formação mais abrangente. As atuais condições do exercício da medicina não têm contribuído para a melhoria do relacionamento humanizado entre médicos e pacientes, bem como para o atendimento humanizado e de boa qualidade. Ante toda a gama de direitos e deveres pormenorizadamente demonstrados neste estudo, o caminho da humanização na área da saúde, como um processo amplo, demorado e complexo, pode significar um primeiro passo em busca da relação de confiança, atualmente tão desgastada.

PALAVRAS-CHAVE: Medicina. Ética médica. Responsabilidade penal do médico.

RESUMEN: El hombre de la medicina, tratando de ofrecer a las personas la mejor calidad de vida, una lucha sin fin de la vida cotidiana en la sociedad, a final es del siglo XIX, principios del siglo XX, fue visto como un profesional cuyo título usted garantiza la omnisciencia. Él nunca puso en duda la calidad de sus servicios, y mucho litigios solo en ellos. El acto médico bajó entre la confianza del paciente y la conciencia del médico. Hoy, con la masificación de las relaciones sociales, marcadas por una nueva realidad del mercado y sobre todo con una nueva realidad

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Doutorando em Direito Público e Privado pela Universidade Católica Argentina/Buenos Aires, Advogado e Professor Universitário na Região de São José do Rio Preto-SP. Professor de Direito Processual Penal do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogado.

emocional - Médico acreditado paciente cumple asegurados – lós profesionales de la salud se mueve de distancia cada vez más de su paciente. Debido rápido proceso de desarrollo tecnológico em la medicina, la singularidad del paciente - emociones, creencias y valores - se mantuvo en el fondo. En ese caso, no hubo cambio sem la educación médica, cada vez más especializados, y las condiciones de trabajo, que restringen la disponibilidad de médicos, tanto en el contato com el paciente y en busca de una formación más completa. La práctica actual de las condiciones de la medicina no han contribuido a la mejora de lar elación humanizado entre médicos y pacientes, así como para la atención humanitaria y de buena calidad. Antes de toda la gama de derechos y debe resendetalle demostrado en este estudio, el camino de la humanización em la atención de la salud, como um proceso amplio, largo y complejo, puede significar un primer pasoen la búsqueda de confianza, ahora tan desgastado.

PALABRAS CLAVE: Medicina. La etica medica. La Responsabilidad penal del medico.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A vida em sociedade requer, obrigatoriamente, a observação e o cumprimento de determinadas normas de conduta individual. O homem não vive só e, no convívio com seus semelhantes busca seu crescimento, seu aperfeiçoamento e acaba por atingir grandes metas. No entanto, essa coexistência exige uma regulamentação de modo a torná-la mais saudável e harmoniosa.

Os usos e costumes, sedimentados ao longo do tempo, assim como a legislação existente em cada civilização, ditam as normas de conduta a serem obedecidas. A propósito, Jurandir Sebastião simplifica:

No campo da Ciência Jurídica, a norma de conduta escrita tem por fundamento filosófico e sociológico o princípio da solidariedade ativa, como defesa da própria sociedade, mediante o amparo recíproco indistinto e, ainda, o respeito ao espaço individual possível (liberdade). Por isso elas são impostas coercitivamente. Quanto maior o grau de desenvolvimento cultural da sociedade humana, maior o grau da solidariedade ativa, da consciência de socorrer o próximo para, em contrapartida, ser socorrido, assim como maior consciência do limite da liberdade individual, para resguardo desta. Essa interação se estabelece no plano individual e no coletivo.²

Atualmente, as profundas e rápidas modificações por que passam as relações pessoais certamente ocorrem também em uma relação outrora estável e quase intangível: a dos médicos e seus pacientes.

² SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica, Civil, Criminal e Ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29.

O homem da medicina, buscando dotar as pessoas da melhor qualidade de existência, numa luta infundável travada dia a dia na sociedade, no final do século XIX, primórdios do século XX, era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência. Jamais se questionava a qualidade de seus serviços, e menos ainda a litigância sobre eles. O ato médico se resumia entre a confiança do paciente e a consciência do médico.

Hoje, com a massificação das relações sociais, marcada por uma nova realidade de mercado e, principalmente, por uma nova realidade afetiva - *médico credenciado atende paciente segurado* - o profissional da saúde se distancia cada vez mais de seu paciente.

Marcos Almeida Magalhães Andrade Jr. acrescenta a esse quadro gerador de profundas e graves consequências as seguintes causas e conclui:

Os altos custos da Medicina moderna, o livre acesso dos pacientes ao conhecimento médico, a desmistificação desse profissional, o trabalho médico infelizmente cada vez menos arte, o Código do Consumidor, o acesso mais fácil à Justiça, os interesses das nacionalmente emergentes seguradoras do trabalho profissional, os interesses das fontes pagadoras estatais e particulares, a baixa remuneração dos médicos, a necessidade de o médico se proteger em relação aos seus atos, são exemplos de fatores externos que passam a atuar sobre a antiga restrita e íntima relação do médico com seu paciente.³

Na análise do ilustre Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, lemos que,

[...] hoje os médicos, quais outros profissionais, estão acuados e poder-se-ia mesmo dizer sob suspeita. Recrudescem-se a tentativa de fazer o profissional da Medicina responder criminalmente pelo insucesso. A Medicina já não é inexpugnável.⁴

Nesse contexto, poderíamos adiantar que a tendência da sociedade hedonista deste início de milênio é a busca desenfreada e a qualquer preço do prazer, da satisfação e da própria felicidade. Com efeito, instaura-se no espírito das

³ ANDRADE JÚNIOR, Marcos Almeida Magalhães. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.23-24.

⁴ NALINI, José Renato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.261-262.

peças uma confusão entre *direito à saúde e direito à cura*.⁵ O enfermo imagina que o direito ao tratamento equivale à garantia de recobrar a saúde.

A ganância, a avidez de lucros, a ânsia de tirar proveito até do infortúnio alheio, assim como a secreta inclinação humana para apontar um responsável pelos reveses, mesmo quando eles decorrem de acontecimentos imprevisíveis ou inevitáveis, são fatores preponderantes que contribuem para o espectro desse mau costume que se vai enraizando na mentalidade popular: o *demandismo*, tendência americana importada pela cultura colonial.

É claro que o mau profissional deve ser punido quando não tem, ao seu lado, a lei, a razão e não atende às exigências da cidadania. No entanto, é preciso lembrar que nem sempre o erro médico se traduz numa atitude criminosa. Com efeito, na sua apuração, toda circunspeção é pouca. Afinal de contas, um dos maiores juristas italianos, advogado, mestre e escritor, Francesco Carnelutti, inicia suas *Lezioni di Diritto Processuale Penale* demonstrando que a pena começa com o processo, sempre um tormento para o acusado.

O tema escolhido, além de importante sob seu aspecto jurídico-científico, desperta o interesse da classe médica e dos profissionais da área da saúde, de um modo geral, pois coloca em evidência, basicamente, o atual desgaste da relação do médico para com seu paciente, apontando as causas da quebra dessa relação o que, em nossa opinião, é o ponto de partida dos processos judiciais.

Em razão da atualidade das questões suscitadas no presente estudo, críticas ou contra-argumentações certamente surgirão. O que realmente desejamos com o conteúdo transmitido na leitura do texto é o de contribuir para o crescimento do profissional militante na Justiça Criminal.

1 A CIÊNCIA MÉDICA E A CONDUTA DO PROFISSIONAL DE MEDICINA: PERSPECTIVA HISTÓRICA

1.1 Medicina primitiva

Historicamente, a medicina inicia-se em tempos remotos, imbuída da magia do homem primitivo e chegando às últimas conquistas do nosso tempo, além de

⁵ Professor Marcoux, na **Conferência Le Concours Medical**. Apud MONZHEIN, Paul. A responsabilidade... *Justitia* 81/69.

proporcionar uma esperançosa e vibrante perspectiva de futuro. Octacílio de Carvalho Lopes observa em sua obra que “a história da medicina confunde-se nas suas origens com o próprio sofrimento humano.”⁶

Em tempos primitivos, o instinto de sobrevivência prevalecia entre os homens, assim como acontecia e acontece com os animais. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte passagem:

Ninguém jamais ensinou os animais como defender-se dos ataques e agressões de outros, nem tão pouco a maneira de socorrer-se a si próprios e até uns aos outros, quando necessário, ou a mastigarem certas plantas quando doentes, ou ao sofrerem traumatismos de qualquer natureza. Somos todos testemunhas de que, por puro instinto, limpam suas feridas lambendo-as, ficando em repouso, procurando mergulhar nas águas ao sentirem o calor da febre, andando sobre três pés quando um dos membros dói ao tocar o solo, ou arrastando-se quando disso carecem, assim como catando os insetos com a cauda.⁷

Assim, a medicina origina-se nos atos dos primitivos habitantes do planeta com a primeira busca de alívio para seus padecimentos mais incipientes. Os fenômenos da natureza, associados ao Sol, à Lua e às estrelas, originaram as crenças em seres misteriosos e superiores responsáveis por inúmeros mistérios.

Com o passar do tempo, a medicina empírica e instintiva deu lugar à medicina mágica, demonista e sacerdotal, associando-se, posteriormente, à religião.

1.2 A medicina nos séculos XVII, XVIII e XIX

Pedro Laín Entralgo, em “Enfermedad y Pecado”, sintetiza, em sua ótica, a face da Medicina ocidental:

En la historia de la medicina de Occidente, desde Salerno hasta Freud, han ido cambiando el contenido y la figura de sus cuatro ingredientes principales: Idea de la naturaleza del hombre, capacidad técnica para explorar y tratar, modo de la religiosidad y estructura social de la acción médica. Pero no ha desaparecido ni cambiado el puro atencimiento de la patología a la vertiente física del ser humano.⁸

⁶ LOPES, Octacílio de Carvalho. **A medicina no tempo: notas da história da medicina**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1970.

⁷ Ibid.

⁸ ENTRALGO, Pedro Laín. **Enfermedad Y Pecado**. Barcelona: Ediciones Toray S. A., 1961, p. 93.

Desses quatro ingredientes citados gostaríamos de salientar o da estrutura social da ação médica, pois esse enfoque é uma das grandes vertentes, não só da área médica mas também da econômica e da política. Sobre o tema trataremos com mais detalhes em capítulo oportuno.

O século XVII foi de grande importância para a medicina, impulsionada pelo belo período do Renascimento, repleto de notáveis conquistas. Por todas as regiões do mundo civilizado o progresso encontrava ambiente favorável. Foi o século que produziu Descartes, Leibniz, Pascal, Newton, Galilei e Kepler.

Arturo Castiglione, lembra-nos que durante a Renascença:

A ciência fôra especialmente neolatina; foi sobretudo nas universidades latinas que houve uma instrução científica altamente organizada. Mas no século XVII, em todos os países civilizados esta colaboração dos cientistas tomou uma feição decisiva e característica. As relações entre os países foram favorecidas rapidamente, o trabalho de Boyle foi conhecido na Itália quase tão cedo quanto na Inglaterra; Malpighi tornou-se não menos popular em Londres do que em Bolonha; Harvey anunciou suas descobertas quase simultaneamente na Flandres, na Inglaterra e na Alemanha e foram discutidas largamente, depois, por toda a Europa.⁹

O conhecimento fazia-se, então, universal. Descartes, na sua obra publicada no ano de 1.662 e intitulada *De homini*, expondo suas idéias, dizia que o corpo do homem “é uma máquina criada por Deus e nela habita a alma que sintetiza a substância pensante”.

Nesse período, a ciência se humaniza, o cientista é antes de tudo um homem de cultura humanística, além de possuidor de um razoável conhecimento específico. Teorias e doutrinas eram exaustivamente formuladas e defendidas, contribuindo para um mais rápido conhecimento do funcionamento do organismo humano.

Assim, o século XVII assistiu à medicina voltada para as ciências naturais e para a pesquisa experimental. Tais avanços eram inevitáveis numa época dominada pelas figuras de Galileu, Descartes e Francis Bacon, este último julgando que uma nova abordagem deveria ser feita em relação ao problema do conhecimento sistematizado.

O século XVIII, por sua vez, marcado pela Guerra da Sucessão Espanhola, pelo surgimento dos Estados Unidos da América e pela Revolução Francesa, no campo da ciência assistiu à iniciativa dos europeus em desenvolver a atitude de

⁹ MARGOTTA, Roberto. **História Ilustrada da Medicina**. Editado por Paul Lewis MB, MRCP. Londres: Instituto de Neurologia, 1998.

aceitar somente o que era diretamente observável e passível de reprodução por meio da experiência.

Esta ciência iluminista progressista refletiu-se na medicina, aumentando a consciência do sofrimento dos pobres e enfermos o que levou à construção de hospitais e enfermarias. Doutrinas e pesquisas polêmicas, aos poucos foram encontrando um denominador comum entre seus precursores menos extremados, caminhando para serem parcialmente aceitas no que cada uma delas possuía de mais admissível, formando quase outra doutrina, que seria a eclética.

Aquele século viu surgir o médico mais ou menos como o conhecemos em nossos dias, cuja prática baseava-se em conhecimentos científicos sólidos. O clínico de maior destaque foi o holandês Hermann Boerhaave que, seguindo a doutrina terapêutica de Hipócrates, contava com os poderes curativos da natureza e enfatizava a importância do médico ao lado do enfermo. Em vez de permitir que seus alunos ficassem presos à teoria, ele instruíam-os também a assistir os pacientes acamados.

Giovanni Battista Morgagni (1.682-1.771), professor de anatomia da Universidade de Pádua, em 1.761 publicou na Itália a obra *Sobre os locais e as causas das doenças*, sendo considerado pelos estudiosos como o fundador da anatomia patológica científica – o estudo da aparência do corpo quando está doente.

Antoine-Laurent Lavoisier (1.743-1.794) foi, ao mesmo tempo, o fundador da química moderna e um fisiologista eminente. Aplicou suas descobertas à saúde pública, indicando a necessidade de existir um determinado volume de ar por pessoa em lugares fechados. Durante esse período surgiu a homeopatia, fundada pelo alemão Samuel Friedrich Hahnemann (1.755-1.843), conhecida como sendo um tratamento consistente basicamente no uso de substâncias em dosagem mínima que, ingeridas em maior quantidade, provocariam sintomas semelhantes aos da doença que pretendia curar.

Uma nova era de medicina preventiva começou quando, em 1.796 o pioneiro Edward Jenner (1.749-1.823), uma das figuras mais admiráveis da história da medicina, adaptou a vacina contra a varíola das vacas para produzir imunidade contra a doença. A prática foi adotada prontamente, logo controlando a doença que já fora uma das maiores pragas da humanidade.

Robert Knox (1.791-1.862), médico inglês pertencente à Faculdade de Edimburgo, a fim de poder estudar anatomia, compra cadáveres. Apurou-se que dois indivíduos de nome Burke e Hare, seus habituais fornecedores, haviam assassinado já 16 pessoas para lhes vender os corpos. Segundo Fred Rogers, tal descoberta contribuiu para que fosse promulgada a *Acta de Anatomia*, que era uma lei que permitia a utilização, para estudos anatômicos, de cadáveres não reclamados pelos parentes.

Assim, a medicina evoluía a olhos vistos. Algumas novidades obtinham sucesso passageiro enquanto outras resistiam por mais tempo até que as mais ruidosas lhes tomassem o lugar. Em síntese, o século XVIII marcou grandes feitos na história da Medicina, muitos dos quais definitivos, e abriu notáveis perspectivas para os que se lhes seguiria.

Particularmente, no que se refere ao exercício profissional do médico, muitos atendiam seus chamados a pé, outros a cavalo. Os honorários variavam de acordo com a distância a percorrer, a gravidade do caso e as possibilidades econômicas do paciente. Em geral, esses profissionais conseguiam acumular verdadeiras fortunas. Era comum o envio das contas para cobrança de honorários ser feito anualmente. Alguns médicos exageravam nas suas *notas*, provocando reação dos clientes. Quando não havia acordo, o médico ou o cliente procurava defender seus interesses por via judicial. Socialmente o médico tinha uma vida agitada. Reuniões sociais eram organizadas por senhoras da alta roda e entre os convidados sempre se notavam políticos e pessoas abonadas.

Como vemos, o século iluminista lança já as bases de uma profissão altamente valorizada, quer do ponto de vista social como do econômico.

A passagem do século XVIII para o seguinte é marcada por esforços ensaiados no sentido da criação de setores especiais de trabalho. A História se encarregaria de mostrar que a arte de curar enveredaria por caminhos antes não conhecidos, mercê do trabalho de pesquisadores esclarecidos e de notáveis descobertas oriundas de seus esforços. Uma bela página de autoria de Lavoisier, escrita pouco antes da Revolução Francesa, ilustra com clareza esse momento, registrando que o médico pode também no silêncio do seu laboratório, do seu gabinete, realizar funções patrióticas, contribuindo com seu esforço para reduzir os sofrimentos que afligem a espécie humana e para aumentar seus prazeres e sua

alegria de viver, contribuindo com a abertura de novos caminhos para ampliar a média de vida dos homens, desse modo fazendo jus ao glorioso título de benfeitor da humanidade.

O século XIX abre, então, um novo horizonte: o médico visto agora sob um aspecto humanitário (e não mais mundano e econômico); ele é um pesquisador voltado unicamente para os avanços da ciência e seu campo se define e se aprofunda. O início desse século assinala o momento em que a medicina, criticando seu passado e justificando sua originalidade, apresenta-se como medicina científica.

Como então caracterizar essa transformação fundamental na organização do conhecimento médico e de sua prática? Michel Foucault, em sua obra *O nascimento da Clínica*¹⁰, responde essa questão demonstrando que a ruptura que se processou no saber médico não é devida basicamente a um refinamento conceitual, nem à utilização de instrumentos técnicos mais potentes, mas a uma mudança ao nível de seus objetos, conceitos e métodos.

O ensino médico tomaria novos rumos. Aos grupos especializados, trabalhando em campo mais restrito, foi possível acelerar os progressos da ciência, de maneira notável. Louis Pasteur (1.822-1.895), um dos maiores sábios de todos os tempos, aclamado unanimemente como Benfeitor da Humanidade, talvez seja o principal nome do século. Com seus estudos e experiências, criou uma ciência que haveria de desempenhar papel de capital importância para a Medicina, a microbiologia.

Dele escreveu Rui Barbosa:

Não era médico e criou a nova medicina. Também cirurgião não era, e revolucionou a cirurgia. Tampouco se ocupou jamais com a obstetrícia, e milhares de famílias lhe devem a salvação de milhares de mães. Veterinário não foi, igualmente; e dêle recebeu a veterinária as suas melhores conquistas. Nunca exerceu nem estudou a lavoura; e as idéias, que semeou, abriram os mais fecundos sulcos na agricultura moderna.¹¹

O final desse século é marcado por grandes descobertas, entre elas a de um físico alemão, Wilhelm Konrad Roentgen (1.845-1.923) que trouxe à medicina moderna um de seus instrumentos mais importantes, os raios X. É preciso

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Tradução de Roberto Machado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

¹¹ CRUZ, Osvaldo. In: **Figuras Brasileiras**, p.7-IV.

consignar, também, os grandes avanços na área da saúde pública, das novas técnicas de anestesia, antissepsia e assepsia, assim como no campo da ciência imunológica.

Por derradeiro, na Alemanha, as doenças neurológicas e psiquiátricas eram estudadas com afinco. Sigmund Freud (1.856-1.939), juntamente com Josef Breuer (1.842-1.925), desenvolveu um método que permitia aos pacientes discutir seus problemas emocionais por meio de associação de ideias, manifestando-se, então, *impulsos emocionais poderosos que suscitavam pensamentos descontrolados na direção do conflito psíquico*.

Assim, este século é marcado pelo deslocamento histórico da medicina clássica – que tem como objeto a doença considerada como essência abstrata – para a medicina clínica – um saber sobre o indivíduo como corpo doente exigindo uma intervenção que dê conta de sua singularidade¹².

1.3 A medicina na Era Moderna

O século XX, era das grandes conquistas, não menos diferente, é marcado por inúmeras descobertas e realizações, principalmente no terreno da Medicina preventiva, da higiene e das especialidades cirúrgicas, quer dizer no terreno de novas posturas diante da doença e da técnica cirúrgica.

Alguns detentores dos prêmios Nobel de Medicina ilustram, perfeitamente, esta gama de realizações, entre eles, Emil von Behring (1.854-1.917), Alex Carrel (1.873-1.944), Henry Hallet Dale (1.875), Alexander Fleming (1.881-1.955), Fritz A. Lipmann (1.899) e Ivan Petrovich Pavlov (1.849-1.936).

Na Medicina brasileira, merecem destaque, Osvaldo Cruz com sua escola de Manguinhos, Carlos Chagas, cuja tenacidade lhe permitiu as descobertas sobre a hoje conhecida doença de Chagas, Pirajá da Silva, autor de estudos universalmente admirados sobre a esquistossomose, entre outros.

A medicina moderna foi evoluindo ao longo do século com contribuições importantes que ajudaram a compor o escopo dos conhecimentos de que dispomos atualmente. O médico humanitário de hoje é descendente de Hipócrates e Sydenham, bem como dos sacerdotes de Esculápio. Sua habilidade para

¹² FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Tradução de Roberto Machado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

diagnosticar começa com o aprendizado sobre a história do paciente, algo que provém dos antigos, Hipócrates e Galeno. Já o diagnóstico clínico, pertence à era da ciência e consiste no desenvolvimento de sistemas elaborados nos séculos XVIII e XIX.

Nos tempos atuais, novos métodos de diagnóstico patológico e químico, menos empíricos e mais racionais, são amplamente utilizados. Juntamente e, no auxílio da Medicina, a indústria farmacêutica está sempre introduzindo remédios novos no mercado. Assim, acompanhando as grandes descobertas do século XX, o terceiro milênio inicia-se predestinado a novas conquistas.

A medicina atual vivencia vultuosas transformações tecnológicas. Mencione-se o exemplo do lançamento do Projeto Genoma Humano nos Estados Unidos da América, em 1.989. O genoma humano consiste de 3 bilhões de pares de base de DNA distribuídos em 23 pares de cromossomos e contendo 70 mil a 100 mil genes. Esse projeto propõe o mapeamento completo de todos os genes humanos e o sequenciamento também completo das três bilhões de bases do genoma humano.

O insigne jurista José Renato Nalini, em artigo publicado na obra *Direito e Medicina*, sob a coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, dimensiona com particular precisão o terreno atual da medicina contemporânea:

A luta incessante pela vida e pelo bem-estar gerou soluções para muitos males aparentemente invencíveis. Vacinas foram produzidas. A prevenção converteu-se em rotina e, adequadamente observada, evita enfermidades. Praxes cirúrgicas reduzem o prazo de internação. Prolonga-se a expectativa de vida. A bioética avançou por terrenos inexplorados, trazendo a fecundação 'in vitro', a clonagem, a reprodução humana assistida, a manipulação genética e todas as questões concernentes ao estatuto antropológico do embrião humano.¹³

Apesar dos avanços tecnológicos significativos e estimulantes, os médicos ainda vivem um dilema, pois cresce junto aos pacientes, a cada dia, o desejo de uma abordagem mais holística, que os leva a rejeitar os métodos modernos da medicina. Conseqüentemente, jamais podem esquecer os médicos de estarem tratando do ser humano e que, portanto, são suas necessidades que devem ser levadas em consideração.

¹³ NALINI, José Renato. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Nos dias de hoje, a conduta do profissional da medicina é totalmente pautada pela deontologia médica brasileira que estabelece um Código de Ética Profissional, tal como acontece nos Estados civilizados, e é enriquecida pelas normas de Direito Público, relativas à posição do médico em face do Estado, além das normas de Direito Privado, concernentes ao contrato de prestação de serviço, escrito ou não, e, por fim, à responsabilidade civil.

Nas palavras de Edmundo Oliveira, entende-se por deontologia médica,

[...] um complexo de normas éticas a que estão obrigados o médico, o enfermeiro, o assistente e, de modo geral, todo aquele que exerce uma profissão ligada à medicina. Ela abrange as relações do esculápio com a sociedade em geral, com os poderes públicos, com os colegas e, de maneira especial, com os clientes.¹⁴

A deontologia apresenta também um *caráter jurídico*, ou seja, um conjunto de regras éticas impostas por lei conhecido como deontologia legal. Essa normatização resume-se em um código de conduta, imposto pelo Estado, sob sanções jurídicas, segundo o qual cada profissional enobrece na medida de sua consciência ética.

No Brasil, como enfatizado, a atividade do médico, em termos legais, além de disciplinada em seu Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n.º 1.246, de 8.1.1.988, também se encontra normatizada no texto constitucional, bem como em multifária legislação infraconstitucional, na qual podem ser citados o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil, o Código Penal e o Código Civil.

Relativamente ao diploma ético-profissional brasileiro, dentre seus princípios é importante frisar que *o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional* (art. 2º). Nesse sentido, *o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir ou acobertar tentativa contra a sua dignidade e integridade* (art. 6º).

Assim, com base apenas nessas duas normas transcritas, por mais conceituados que sejam, responderão esses profissionais, *administrativa, civil* ou *criminalmente* por danos resultantes de culpa, consubstanciada em quaisquer de

¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, erro médico e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

suas modalidades: negligência, imperícia ou imprudência em ato médico. Nem poderia ser de outra forma porque, senão, estar-se-ia desrespeitando o princípio legal da equidade, estatuído pela nossa Carta Magna, de que todos são iguais perante a lei no que pertine aos direitos e obrigações. Ademais, se é certo que a Medicina, por suas próprias características, de um lado deve receber, em determinada circunstância, respaldo da fortitude do evento, em contrapartida sempre precisa ser exercida cautelosamente, sem açonamento ou sofreguidão, com competência, amor e respeito à vida e ao direito dos pacientes, conforme estatui a norma do artigo 2º do Código de Ética Médica, acima descrito.

Nesse sentido, complementam Delton Croce e Delton Croce Júnior:

Em verdade, é o mencionado princípio geral uma salutar norma ético-jurídica concedente de segura proteção para os médicos criteriosos e capazes contra o reclamo rebusnante dos clientes desleais e injustamente insatisfeitos, e sempre ameaçadora aos profissionais desonestos, temerários, desatualizados e tecnicamente inábeis.¹⁵

A tendência moderna é a de regular o exercício de todas as profissões por normas de ética e por leis do Estado que resguardem a disciplina, a moralização e a boa imagem que o profissional tem obrigação de exibir ao público.

Por esta razão, não podemos, de forma alguma, reduzir a um simples contrato de prestação de serviços a relação latente entre o profissional da medicina e o doente. Afinal de contas, este profissional lida diretamente com a vida humana, o fundamento de todos os bens e a condição necessária de toda atividade humana. A vida é um direito natural, inerente à pessoa humana e, por isso, deve ter a proteção do Direito, desde a formação do embrião até o instante da morte.

2 IMPLICAÇÕES ÉTICAS FUNDAMENTAIS

É indiscutível que toda profissão deve fundamentar-se na ética e a medicina, desde suas origens, tem sido consistente nesse sentido. A ética é a base geradora de confiança no exercício da medicina. Sem ela não é possível estabelecer uma satisfatória relação médico-paciente. A sociedade deve saber que os médicos respondem a uma ética e que, portanto, aplicam todo seu conhecimento e

¹⁵ CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. **Erro Médico e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
13

experiência para manter e, dependendo do caso, recuperar a saúde de seus pacientes de um modo geral.

Ademais, é necessário lembrar que a ética médica não radica, única e exclusivamente, em um conjunto de normas, nem em um manual de procedimentos; ela encontra-se basicamente na vivência de cada profissional que exerce a sua atividade permeada de um comportamento humanista e solidário.

Questão complexa e delicada, bem como de difícil solução, a que se refere ao erro médico, à negligência médica ou, até mesmo, aos crimes cometidos no exercício da atividade médica, seja no plano da disciplina ética, seja na esfera da própria justiça civil ou criminal. Tratando-se de atividade essencial para a vida humana, não se pode negar ao médico um campo de atuação livre de interferências estranhas e inibidoras das técnicas e práticas científicas capazes de vencer a dúvida, o atraso, o obscurantismo e de encontrar soluções cientificamente válidas e inovadoras para eliminar a doença de seu paciente.

Conforme assinala Edgard Magalhães Noronha, “essa indispensável liberdade no exercício da atividade médica não se traduz em imunidade profissional”,¹⁶ cabendo ao médico atuar com o objetivo ético de buscar, com todos os recursos ao seu alcance, a cura do paciente, zelando pela saúde contra a doença, pela vida contra a morte. Agindo desta forma,

[...] estará o médico observando os princípios deontológicos fundamentais que orientam o exercício de sua atividade profissional em todos os níveis e realizando um trabalho de verdadeira ciência médica. Assim, estará também atuando com a necessária licitude jurídica e exercitando regularmente um direito que lhe foi conferido pelo estado e pela própria sociedade.¹⁷

No entanto, é preciso lembrar que a atividade médica é exercida por homens que carregam consigo as limitações próprias da condição humana com suas imperfeições, deficiências e contradições. Desta feita, surgem as negligências, as imprudências, as imperícias e até condutas dolosas que marcam a linha divisória entre o bem atuar médico, técnico-cientificamente válido e ético-juridicamente correto e o atuar médico contrário à técnica, à ciência, à razão, à prudência, à diligência, à competência e ao empenho solidário.

João José Leal, em artigo publicado na Revista dos Tribunais observa:

¹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. **Do Crime Culposos**. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 97.

¹⁷ LEAL, João José. **Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal**. RT 706/290, 1994.

É compreensível portanto que, por se tratar de atividade profissional sujeita às limitações humanas, ocorram no seu importante, difícil e complexo exercício condutas eticamente reprováveis e juridicamente condenáveis. Tais condutas representam verdadeiras exceções no cotidiano da medicina brasileira, mas pela gravidade e nocividade do dano daí resultante, exige a justa repressão, seja a nível de justiça corporativa (julgamento pelos próprios pares, através dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina), seja pela própria justiça estatal comum, civil ou criminal.¹⁸

No campo da responsabilidade ética do profissional de medicina, o Código de Ética Médica Brasileiro reserva capítulo específico sobre o tema. Por conseguinte, imprescindível a anterior análise da estrutura organizacional e legislativa da classe médica em nosso país, para, posteriormente, adentrarmos ao campo da responsabilidade ético-profissional na sua essência.

O atual Código de Ética Médica, Resolução n.º 1.246/88, como já dito, estabelece uma série de normas de conduta profissional, de proibição ou de obrigação e, ainda, o rol de prerrogativas individuais ou em grupo. Como categoria profissional regulamentada em lei, artigo 5.º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, Decreto-Lei n.º 7.955, de 13 de setembro de 1945 e Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957 e Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, cumpre ao Órgão de Cúpula – Conselho Federal de Medicina – por competência delegada e mediante Resoluções, estabelecer e alterar as regras de conduta profissional de acordo com os avanços constantes da medicina e das novas necessidades do Estado e da civilização, como um todo – visto que a saúde é questão de interesse da própria humanidade. O próprio Diploma profissional em vigor prevê essa possibilidade de mudança constante, nos artigos 143 e 144, ancorados na letra d do artigo 5.º da Lei n.º 3.268/57.

Como dito, as modificações são feitas mediante Resoluções Normativas baixadas pelo Conselho Federal de Medicina, revogando, modificando, complementando ou regulamentando os dispositivos atuais ou mesmo, a qualquer momento, adotando novo Código disciplinar. Portanto, para o exercício da Medicina, as Resoluções Normativas baixadas pelo Conselho Federal de Medicina são normas de cumprimento obrigatório. Obviamente, tais normas profissionais não podem se

¹⁸ LEAL, João José. **Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal**. RT 706/290, 1994, p. 291.
15

sobrepôr às leis existentes, prevalecendo estas sobre aquelas, em caso de eventual conflito.

A composição e o funcionamento do Conselho Federal de Medicina estão regulamentados pela Resolução n. 1.533/98 do próprio Conselho de Classe. Exercitando uma função delegada pelo Estado, ao Conselho Federal de Medicina, nesse mister incumbe regulamentar e disciplinar a atividade médica como profissão liberal, através de Resoluções Normativas. Não obstante tratar-se de pessoa jurídica de direito privado interno, tal como disciplinada pela Lei n. 9.649/98, o referido Conselho tem finalidade social, como características de Direito Público, cumprindo-lhe acompanhar o avanço científico na área da saúde, aplicando-o na profissão e integralizando a política pública de combate às doenças. Nessa atuação pública, não somente acompanha e fiscaliza o ensino da medicina como participa também, ativamente, da Vigilância Sanitária e do Sistema Único de Saúde.

Hierarquicamente a instituição é organizada da seguinte forma: Conselho Pleno Nacional, composto pelo Conselho Federal de Medicina e pelos Presidentes de cada Conselho Estadual; Conselho Federal de Medicina, composto por 27 membros efetivos, cada qual representando um Estado da Federação, com os seus respectivos suplentes, escolhidos em eleição direta, periodicamente, podendo haver reeleição; Conselho Regional de Medicina, em cada Estado-membro, composto no mínimo de 10 e no máximo de 40 conselheiros efetivos, eleitos também por voto direto; Delegacias Regionais e/ou Comissões de Ética, no âmbito do Conselho Regional e subordinadas a este, por indicação, nomeação ou eleição interna.

Dando sequência ao estudo, na análise de seu Capítulo III, o já citado Código de Ética Médica veda ao médico, no exercício de sua profissão, “praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência” (art.29).

A violação desta norma ou de qualquer outra prevista neste Código Profissional, ao contrário da condenação criminal efetuada pela Justiça, culminando na condenação do médico pelo Órgão de Classe, não significa que o mesmo estará obrigado, automaticamente, à reparação civil ou incurso em algum ilícito penal. Bem como não obsta a ação de reparação civil e uma possível punição criminal judicial, a absolvição decretada em âmbito administrativo. A ação civil de reparação patrimonial é pertinente, caso ocorra dano físico ou moral no paciente. Já a ação penal pública

terá início se o fato tipificar algum delito previsto anteriormente na legislação, como analisaremos posteriormente na segunda parte deste estudo.

O mesmo capítulo que cuida da responsabilidade profissional proíbe ao médico no exercício de sua profissão:

Art. 32. Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato médico que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.

Art. 33. Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou efetivamente.

Per Appolinem (...) et Aesculapium (...) spondeo..., dizia o jovem médico, segundo a formulação antiga do compromisso. *Spondeo* implica em *respondeo*. Assim, é sobre o juramento que se assenta a responsabilidade de cumprir o que foi prometido.

No entanto, pelo fato do profissional da medicina não desempenhar uma tarefa vulgar, sua responsabilidade profissional nunca foi uma responsabilidade jurídica, como a que hoje conhecemos. O médico era uma espécie de sacerdote que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados. Nesse sentido, *spondeo*, do antecedente grego *spéndo*, traduzido no gesto de verter um pouco de vinho no chão ou num altar, para tornar sagrado um compromisso, gesto, aliás, característico nos hábitos rurais dos portugueses, significava assumir um compromisso religioso. O médico era, pois, alguém que desempenhava uma profissão que se distinguia das simples ocupações ou artes mecânicas e que o situava nos níveis mais altos da hierarquia social.

Nesse contexto histórico, a medicina tem como fundamento a idéia de que a responsabilidade dos médicos era uma responsabilidade religiosa, moral, diferente e mais exigente do que a responsabilidade jurídica a que se sujeitavam os oficiais de outras artes. Desde o velho culto de Asclépio até a mistura que ainda hoje persiste entre o saber racional e o saber mágico, toda caminhada do sofrimento humano garantiu à medicina um estatuto superior e estabilizado que não se compadecia com a humana prestação de contas.

Além disso, os conhecimentos médicos mantiveram-se estagnados durante centenas de anos, seguindo por toda parte o ensinamento de dois ou três mestres consagrados. Este estado de conhecimentos não daria grande ensejo para julgar a

oportunidade e conveniência de um tratamento, sendo certo que, em regra, não havia alternativa terapêutica, ou não havia um critério seguro de julgamento.

É certo que em obras médicas antigas,¹⁹ recomendava-se aos médicos que não assumissem a responsabilidade de casos perdidos, para não serem acusados de causarem a morte do falecido. Nesse sentido, o caso histórico do médico francês chamado à cabeceira de João de Luxemburgo (1.296-1.346), rei da Boêmia, que, incapaz de curar a cegueira do soberano, foi metido num saco, com a abertura costurada, e lançado ao rio Oder²⁰. Mas estes casos não exprimem senão uma responsabilidade de fato, certamente relacionada com doentes ilustres.

Em suma: como regra, a história da medicina nos mostra uma responsabilidade religiosa e moral de seus profissionais decorrente do caráter sagrado de seu múnus. Raramente encontramos uma responsabilidade profissional e, muito menos, jurídica, no sentido que hoje lhe atribuímos.

Atualmente, situada e organizada em um contexto sócio-administrativo, além de amplamente amparada por uma legislação técnico-profissional, teoricamente consistente, a Medicina brasileira, impregnada de questões éticas, não obstante ser considerada por muitos uma Medicina de ponta, passa por difíceis momentos. Por ter sido iniciada longevamente, a elaboração de textos éticos não trouxe à função médica a tranquilidade de uma prefiguração das respostas às questões morais modernas. Nem tudo foi previsto nessa vasta doutrina ética. A formação deontológica precisa ser muito consistente para enfrentar os desafios postos à profissão do médico.

Não é apenas a complexidade do mundo moderno a influir igualmente sobre todas as funções que leva a Medicina a tal enfrentamento. José Renato Nalini²¹, sobre o assunto, entende serem três as causas principais apontadas como móvel para o desafio presente.

A primeira delas, consistente na nova consciência da autonomia pessoal do paciente teve, inicialmente, como critério norteador da relação médico-paciente, o chamado princípio da beneficência.

¹⁹ VILLEY, Raymond. **Histoire du secret médical**. Paris: Seghers, 1986, p. 14.

²⁰ GAUVARD. **As doenças dos reis da França**. In *Le Goff*, p. 221.

²¹ NALINI, José Renato; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Esse princípio, anteriormente encontrado sob a expressão favorecer ou não prejudicar, no Livro I das Epidemias de Hipócrates, trazia uma visão paternalista do paciente, sempre considerado um semi-imputável. A enfermidade o privava de integral discernimento e o médico deveria dedicar a ele a mesma atenção devotada a uma criança que desconhece o que é melhor para ela.

Atualmente, vem se reconhecendo no paciente um sujeito de direitos, não mero objeto de cuidados médicos. Tem ele autonomia para decidir o que é melhor para si, tem direito a tomar conhecimento da verdade, traduzido como direito ao consentimento informado.

A segunda causa apontada pelo ilustre jurista refere-se às transformações tecnológicas acontecidas na prática médica. Males, aparentemente invencíveis, foram solucionados pela luta incessante em favor da vida e do bem-estar. A prevenção, convertida em rotina, vem evitando enfermidades, assim como as praxes cirúrgicas vêm reduzindo o prazo de internação. Prolonga-se a expectativa de vida.

Estamos, hoje em dia, psicologicamente impreparados para o declínio, a deficiência, a doença e até para a morte, porque trocamos a tradicional e óbvia vulnerabilidade da condição humana por um sentimento generalizado de imortalidade clinicamente sustentada.²²

A bioética avança por domínios inexplorados, trazendo a fecundação *in vitro*, a clonagem, a reprodução humana assistida, a manipulação genética e todas as questões concernentes ao estatuto antropológico do embrião humano. Mencione-se o exemplo das técnicas de apoio vital que prolongam indefinidamente a vida. O conceito de desenganado praticamente desapareceu. “Hoje não existem desenganados e nem doentes desenganados. Há doentes em estado crítico, irreversível, terminal, porém não enfermos desenganados. As Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) acabaram com eles.”²³

Indagações éticas são levantadas incessantemente. Em que condições pode trabalhar um médico encarregado de atuar em favor da vida e pago por um sistema corporativo cujo lema é reduzir gastos, diminuindo os prazos de internação? Tendo como escopo a busca do bem estar do paciente, seria melhor prolongar sua agonia?

²² OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito da Medicina**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.187.

²³ GRACIA, Diego. **Enfoque geral da bioética**. In: **Ética teológica: conceitos fundamentais de Marciano Vidal**. Petrópolis: Vozes, 1999, p.387.

De outro lado, qual o índice desejável de prolongamento de vida de um enfermo em estado final? Alguém tem algo a ganhar com isso?

A morte, levada à sério, é uma fonte de energia sem igual, estimula a ação e dá sentido à vida. Já o controle do comportamento pelas drogas, as intervenções no cérebro, a terapia comportamental programando a ação humana e as manipulações genéticas envolvem profundos perigos que afetam a identidade pessoal. Para estas questões vitais a ética não tem qualquer resposta.²⁴

A terceira causa levantada refere-se à problemática da Justiça na assistência médica. A vida como direito básico, essencial, pressuposto de todos os outros, é um dos cinco direitos fundamentais enunciados no artigo 5.º de nossa Constituição da República. Deve ser vivida em plenitude, com saúde, em plena higidez física e mental, significando ausência de qualquer moléstia. Essa concepção, segundo Nalini:

[...] tornou o Estado providência encarregado de assegurar uma integral assistência médica à sua dimensão pessoal, todo o povo nele residente. A falência do Estado moderno veio privar uma parcela considerável da população dessa tutela. Prioriza-se o recuperável, em detrimento do irrecuperável. Simultaneamente, as necessidades básicas na saúde vão se sofisticando. A cirurgia corretiva passa a ser imprescindível, se o nela interessado não consegue se assimilar como pessoa, tem problemas de identidade, se não tiver corrigido o design de sua fisionomia.²⁵

Nesse sentido, pelo menos uma única questão ganha vulto: como distribuir os recursos escassos entre uma população igualmente sedenta de assistência e que aprendeu a ver no Estado um provedor com capacidade infinita de atendimento?

Novas questões são formuladas e o profissional de medicina, outrora onipotente, hoje vê questionadas as suas ordens. Nunca a tarefa dos médicos foi tão dura. Junte-se a este quadro uma formação médica longe da ideal, vislumbrada em uma proliferação de escolas, calcada na aceleração dos estudos acadêmicos, no intuito de lançar ao mercado de trabalho, com urgência, profissionais despreparados. Sem falar na ausência de condições para formar bons docentes, com desestímulo evidente para aqueles que abraçam a carreira universitária. O que dizer então, do ensino da ética médica nas universidades?

Roberto Wagner Bezerra de Araújo, responde a questão com conhecimento de causa:

²⁴ DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 93.

²⁵ NALINI, José Renato; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Aqueles que se defrontam no dia-a-dia com o ensino da ética podem sentir, inicialmente, o relativo desprezo que as pessoas têm com as questões éticas, principalmente quando o tema é abordado numa perspectiva teórica. A explicação deve ser buscada na idéia vigente de que os assuntos filosóficos são estéreis e, portanto, que não teriam um caráter de praticidade.²⁶

Outros fatores podem ser apontados, entre eles, a inadequação da remuneração médica, totalmente desproporcional às suas responsabilidades. O médico atual sofre o assédio da mídia, em uma sociedade-entretenimento em que tudo é espetáculo. Programas televisivos, abusando do poder da imagem, colocam os profissionais da medicina no banco dos réus, isso quando não o condenam antecipadamente, sem qualquer escrúpulo.

De outra parte, a questão da ética médica faz-se evidente. Na vivência de uma ética capitalista, muito próxima à singela ausência de qualquer ética, já se afirmou que “moralidade de um sistema econômico parece ser uma contradição em termos, uma ‘*contradictio in adiecto*’. A economia como sistema de provisão de bens materiais deve cumprir com normas econômicas, não morais. A economia, que busca a reprodução e distribuição eficientes, deve manter-se à margem da bem intencionada, mas talvez entorpecedora racionalidade moral”.²⁷

Assim, a consciência sensível e bem formada não se satisfaz com asserto tal. Para ela, o tema da moralidade do capitalismo não é aspecto meramente adicional a outros de feição econômica, sociológica e política, muito pelo contrário, deve ser entendida como a integração e avaliação moral da totalidade dos argumentos. “A moral não é um aspecto mais entre outros, senão um meio de apreciação das perspectivas e dos argumentos das ciências, de ordená-los e avaliá-los, de fazê-los significativos para a ação humana.”²⁸

Pode-se concluir, portanto, que neste terceiro milênio, a medicina encontrará os mesmos – senão mais intensificados – dilemas éticos das demais profissões essencialmente humanas, por atuar com a matéria-prima genuinamente humana. Nalini complementa observando que:

²⁶ ARAÚJO, Roberto Wagner Bezerra de. **A ética do ensino médico e o ensino da ética médica.**In: *Desafios éticos*, p. 92

²⁷ KOSDOWSKI, Peter. **La etica del capitalismo.** Madrid: Rialp, 1997, p. 23.

²⁸ *Ibid.*, invocando o conceito de moralidade reinterpretado por Robert Spaemann em 1980.

[...] esta era tecnológica já não tem conseguido responder aos temas éticos mediante invocação do imperativo categórico de Kant, no sentido de que a finalidade humana é buscar a felicidade alheia e a própria perfeição. Hoje ressoa mais normal buscar a própria felicidade e a alheia perfeição.²⁹

Na cura do corpo e da alma, tal mandamento não atende à vocação médica, de fundamento insitamente altruísta. Quem sabe, talvez, poderá encontrar resposta num novo imperativo, posto por Hans Jonas:

[...] que implica tanto a integridade do homem quanto a da vida. Ele introduz sua intenção de formular imperativos categóricos a partir de uma humanidade frágil, alterável e perecível, objeto de tecnologias inquietantes. São eles: Aja de modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana sobre a terra; aja de modo que os efeitos da tua ação não sejam destruidores para a possibilidade futura de tal vida; não comprometa as condições da sobrevivência indefinida da humanidade na terra; finalmente, inclua em tua escolha atual a integridade futura do homem como objeto secundário de teu querer.³⁰

Em outras palavras, é a opção pela vida, a opção pelo ser, reconhecida a criatura humana como sendo o centro de imputações, titular de dignidade ínsita, pelo simples fato de fazer parte da humanidade.

Em palavras mais singelas, Padre Leo Passini, camiliano em São Paulo, alerta-nos aos mandamentos de todos os profissionais da saúde, enunciados por aquele que deve ser a mais importante de suas preocupações: o paciente.

1. Respeite a minha dignidade em meio à minha fragilidade da dor e sofrimento.
2. Sirva-me com amor, respeito e solicitude.
3. Trate-me como você gostaria de ser atendido, ou como você o faria com a pessoa mais querida que você tem no mundo.
4. Seja a voz dos sem voz: seja defensor dos meus direitos.
5. Evite toda negligência que possa pôr em perigo minha vida, ou prolongar minha enfermidade.
6. Não frustrar minha esperança com sua pressa e impaciência.
7. Sou um todo uno, um ser integral: não me reduza a um número ou história clínica.
8. Conserve limpa sua mente e coração, não permita que a ambição e o egoísmo os invadam.
9. Preocupe-se com minha saúde integral.

²⁹ NALINI, José Renato; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

³⁰ JONAS, Hans. **Le principeresponsabilité.** Paris: Cerf, 1990.

10. Partilhe minhas angústias e sofrimentos, ainda que você não possa me curar. Simplesmente não me abandone, fique um pouco comigo.

3 ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS

3.1 A responsabilidade penal do profissional de medicina no Brasil

Antes de discorrer sobre a responsabilidade penal do médico no Brasil, tema central desta segunda parte, cabe comentar algumas implicações relativas à organização social encontradas em nosso País atualmente.

Necessariamente, viver em sociedade importa observar e cumprir determinadas regras de conduta individual. Essas regras derivam dos usos e costumes sedimentados ao longo do tempo e as mais importantes estão consolidadas em leis. A norma de conduta escrita, no que se refere à Ciência Jurídica, tem por fundamento filosófico e sociológico o princípio da solidariedade ativa como defesa da própria sociedade, mediante o amparo recíproco indistinto e, ainda, o respeito ao espaço individual possível. Por esta razão a imposição coercitiva dessas normas.

Dentro desse raciocínio, conclui Jurandir Sebastião:

Quanto maior o grau de desenvolvimento cultural da sociedade humana maior o grau da solidariedade ativa, da consciência de socorrer o próximo para, em contrapartida, ser socorrido, assim como maior consciência do limite da liberdade individual, para resguardo desta. Essa interação se estabelece no plano individual e coletivo. As exceções dessa conduta se situam no âmbito do individualismo exacerbado, nos desvios psíquicos da personalidade e nos de comportamento instintivo primário – agressivo ou meramente egoístico – refratários à educação (cultura).³¹

Acrescentem-se ainda, em busca desta solidificação da sociedade humana, ao lado desses fundamentos, objetivos voltados para a sobrevivência material/individual, fatores de ordem afetiva e fatores de ordem filosófica, componentes do ser humano na sua inteireza existencial. Como regra de conduta, podemos também destacar a natural capacidade inventiva e criativa do ser humano,

³¹ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica: civil, criminal e ética**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
23

quer para o conforto material, quer para dar vazão às expressões e criações artísticas, bem como às de humor, de crítica e de alegria.

Nesse contexto, o Estado de Direito, consolidado pelo desenvolvimento progressivo da Civilização, disciplina a formação dos Poderes Públicos e limita a ação estatal, além de restringir a liberdade individual no limite do necessário ou impondo conduta determinada.

Conseqüentemente, condutas individuais transformam-se em leis pela aceitação geral, assim como também outras normas de conduta são impostas pelo Estado, obrigando os cidadãos a determinadas condutas positivas, de acordo com as necessidades sociais e os avanços tecnológicos, como por exemplo, as normas de prevenção no Código de Trânsito Brasileiro, as da Lei de Transplantes de Órgãos, as normas de Proteção do Meio Ambiente, as normas relativas à limitação da criação de Organismos Geneticamente Modificados, entre outras.

Essa relação de direito/dever, desde que presente a *imputabilidade* do agente, ou seja, uma ação ou omissão consciente, denomina-se *responsabilidade*. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define como *responsável*, no campo do Direito Penal, aquele que possui *capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da imputabilidade*. Assim, razoável concluir que essa responsabilidade é decorrente da prática de um crime por determinada pessoa, permitindo ao Estado, após a persecução criminal e o devido processo, aplicar uma pena ao infrator.

Em capítulo anterior, no campo da medicina, Alexandre Lacassagne, em sua obra *Précis de médecine légale* (Paris, 1906), definiu a responsabilidade médica como a obrigação que pesa sobre os médicos de suportarem as consequências de certas faltas por eles cometidas no exercício da arte, faltas essas que podem originar uma dupla ação, civil e penal, complementando que, “a responsabilidade é uma segurança para os médicos cultos, conscienciosos e prudentes, e uma ameaça constante para os audaciosos sem escrúpulos e os ignorantes incorrigíveis, ao mesmo tempo que uma barreira infranqueável contra as reclamações fantasiosas e os caprichos dos clientes descontentes.”

De acordo com este entendimento, presente esta qualidade ou condição que coloca o agente, consciente de seus atos, em situação de garante, surge, então, a obrigação de reparar o mal que causou. Por conseguinte, o descumprimento das

normas estabelecidas acarreta sanção penal de interesse público ou reposição material de interesse privado, ou ainda, pode acarretar ambos os interesses.

No que diz respeito à responsabilidade criminal, de um modo geral, o credor é a sociedade, representada pelo Estado, e o devedor, via de regra, é a pessoa natural, o agente, isolado ou com solidariedade passiva de pessoa jurídica. Ocorrendo a solidariedade passiva, a pessoa jurídica poderá sofrer, além de punição patrimonial, a cassação de sua autorização de funcionamento ou, ainda, ser proibida de exercer atividade regulamentada. Todavia, inexistente responsabilidade quando o dano sofrido decorre de força maior, caso fortuito ou, ainda, de ação voluntária do agente justificável por alguma excludente de ilicitude como a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o cumprimento de dever legal, prevista no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Responsabilidade, ensinava Edgard Magalhães Noronha,

É a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as conseqüências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (ser imputável).³²

Resumindo, a responsabilidade penal sempre exige algumas condições gerais para a sua caracterização, dentre elas, a existência de fato típico, a existência de imputabilidade penal, existência de voluntariedade em relação ao fato e a inexistência de qualquer causa justificativa ou motivo de exclusão da punibilidade.

A exigência de que ocorra um fato definido como crime, pressuposto para a caracterização da responsabilidade penal, obedece ao princípio da legalidade que vem definido no artigo 5.º, inciso XXXIX da Constituição Federal brasileira, assim como no artigo 1.º do Código Penal pátrio, com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” A adoção deste princípio determina a observância tanto pelo legislador quanto pelo jurista das proibições que dele decorrem, especificamente aquelas que se dimensionam como garantias de direitos e liberdade.

³² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001. p.164.
25

Relativamente à imputabilidade penal, entendida como um componente da culpabilidade, Fragoso conceitua como sendo “a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se segundo esse entendimento”.³³ Ou, no ensinamento de Odin Americano: “[Ela] é a roda mestra do mecanismo da culpabilidade, pois toda a força animada ou inanimada, alheia ao bem ou ao mal, não poderá responder pelo evento que ‘causou’ por não ser causa consciente e livre.”³⁴

Este conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso, sinteticamente e a *contrario sensu*, encontra-se tipificado na atual codificação penal, em seu artigo 26 que, em outras palavras, define ser imputável a pessoa capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A terceira condição refere-se à voluntariedade do agente em relação ao fato. Agir voluntariamente significa atuar livremente, sem qualquer coação. Se não for voluntária, não haverá conduta, mas ausência de conduta e o fato não será típico. Logo, não haverá crime.

E, por fim, a inexistência de qualquer causa justificativa ou motivo de exclusão da punibilidade é condição essencial para que alguém possa ser responsabilizado penalmente. No pertinente a este último requisito, muito peculiar a situação do médico. Por exercer a medicina, de um modo geral, atípicos os atos por ele praticados e típicos se foram cometidos por *não-médico*.

Com base nestes esclarecimentos iniciais, é possível concluir que, para a caracterização da responsabilidade penal do médico são imprescindíveis as seguintes exigências legais: primeiramente, o sujeito ativo deve ser médico responsivo, que se acha *compossuae mentis* na plena posse de suas faculdades mentais, portanto em grau de prever as consequências das próprias ações, visto que, se for o dano produzido por indivíduo desprovido de habilitação legal, além da responsabilidade inerente ao crime principal praticado, também possivelmente responderá pelo delito de curandeirismo ou de exercício ilegal da medicina, ambos previstos no Código Penal pátrio, nos artigos 284 e 282, respectivamente.

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: [s.e.], 1985, p.203.

³⁴ AMERICANO, Odin. **Da culpabilidade normativa**. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.

O segundo requisito indispensável diz respeito ao ato médico lícito como causa do conseqüente dano ocasionado. Caso o agente utilize a sua profissão para praticar um ato ilícito, intencionalmente, como por exemplo um aborto criminoso, responderá independentemente de sua profissão, como qualquer cidadão, seja qual for a natureza de seu mister.

A terceira condição imposta por lei refere-se à culpa penal. Definida por Von Litz como a responsabilidade pelo resultado produzido³⁵, caracteriza-se por uma conduta voluntária que produz um resultado antijurídico, não querido mas previsível e excepcionalmente previsto, que poderia, com a devida atenção, ser evitado.

Savatier, no mesmo sentido, conceitua: "...entende-se por culpa a inexecução a um dever que o agente podia conhecer e observar."³⁶ Assim, consistente em uma prática voluntária, sem a atenção ou o devido cuidado, de um ato do qual decorre um resultado definido na lei como crime, que não foi querido nem previsto pelo agente, mas que era previsível, podemos concluir que o processo do crime culposos desenvolve em dois momentos: quando de uma conduta voluntária contrária ao dever e quando de um resultado involuntário, definido na lei como crime, que não foi mas deveria e poderia ser previsto pelo agente. Referimo-nos aqui à culpa inconsciente.

Aníbal Bruno com rara maestria, esclarece um pouco mais:

A cada homem, na comunidade social, incumbe o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias, para que do seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Dever geral, que se torna mais imperioso quando o bem jurídico de possível lesão é tutelado pela lei penal. O atuar sem as cautelas e prevenções devidas segundo as circunstâncias viola esse dever e põe o agente no caminho do fato culposos. Assim se põe em movimento o processo de culpa, que, entretanto, só se completa e se configura em crime com o resultado punível. O agente não quis esse resultado, nem sequer o previu (culpa inconsciente), mas podia e devia prevê-lo, e essa falta de previsão do previsível forma o nexos psíquico que prende o agente ao resultado.³⁷

Cumpramos esclarecer e relembrar que a vertente deste estudo é apenas a responsabilidade penal do médico *enquanto médico*. Não se abordará o crime

³⁵ VON LITZ, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, v. I, p.249.

³⁶ SAVATIER, R. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 2. ed. Paris, LGDJ, 1951.

³⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 463.

doloso, perante o qual este profissional será considerado agente como qualquer outro, sem distinção quanto à sua atividade profissional. Nem mesmo se dedicará atenção aos chamados crimes próprios ou inerentes à profissão, tipificados em nossa legislação, como por exemplo, a *violação de segredo profissional* – artigo 154 do Código Penal -, a *omissão de notificação de doença* – artigo 269 do Código Penal -, o crime de *falsidade de atestado* – artigo 302 do Código Penal – , o *exercício ilegal da medicina* – artigo 282 do Código Penal -, ou ainda, os delitos de *charlatanismo* e de *curandeirismo* – artigos 283 e 284 do mesmo diploma legal, respectivamente.

Relativamente a esses últimos delitos, a jurisprudência do maior Tribunal de nosso país não guarda amostragem significativa sobre eles.

Nosso objetivo com o presente trabalho é apenas discorrer sobre as hipóteses mais freqüentes enfrentadas pelos Tribunais brasileiros, quais sejam, as de *homicídio e lesão corporal culposos*, ambos tipificados no Código Penal atual, em razão das causas já anteriormente expostas na introdução desta pesquisa.

Voltemos, então, à análise do instituto da culpa em um contexto atual do Direito Penal, tido como a ciência jurídica da culpabilidade, pois “não há pena sem culpabilidade, princípio que é hoje imperiosa exigência da consciência jurídica”.³⁸

Culposo, então, é o crime quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia – artigo 18, inciso II, do Código Penal. Essas três figuras, tradicionais em nosso Direito, caracterizam a culpa.

Por outro lado, sinteticamente, o Direito Alemão faz a culpa consistir na *voluntária violação do dever de diligência*, isto é, na *negligência (Fahrlässigkeit)*. A imprudência e a imperícia seriam formas de negligência. A primeira consiste no fato de alguém não agir adequadamente apesar de ser capaz de fazê-lo; a segunda, no fato de agir, apesar de não ter habilidade para fazê-lo. Em ambos os casos o agente negligencia o cumprimento de um dever: o de agir adequadamente ou de não agir quando deveria fazê-lo. Assim se exprime Francesco Antolisei:

A culpa é sempre elementar do tipo em cada crime culposo. Se a lei não define um fato como crime culposo, o que ocorre na maioria dos crimes, é sinal que a forma culposa é atípica: não há crime então, embora possa haver ilícito civil ou administrativo. A dificuldade do crime culposo centra-se em saber qual seria a diligência exigível do agente. Para isso deve ser levada em consideração a situação pessoal do agente no caso concreto.³⁹

³⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 23.

³⁹ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Editore Dott. A Giuffrè, 1947.

Para aferir culpa *stricto sensu* do agente, em cada caso concreto, o juiz pondera a situação pessoal e contingencial do autor do crime nas circunstâncias em que agiu.

Teoricamente, o erro médico tem sido tratado na Justiça penal brasileira como um exercício *culposo* de uma atividade, encontrando seu ponto de equilíbrio no entendimento do douto magistrado, José Renato Nalini, em dois fundamentos básicos:

1. a comprovação das provas cabe ao reclamante; 2. a acusação se concretiza apenas depois de cinco itens: a) existir condição legal do médico que o atendeu, ou seja, diploma legal apostilado pelo Ministério da Educação e registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado em que exerce a profissão; b) haver o dano alegado; c) existir o ato médico que o produziu; d) estar claramente comprovado o nexo de causa e efeito entre o ato médico e o dano referido; e) existir culpa do médico caracterizada por uma ou mais das três alternativas – imprudência, negligência ou imperícia.⁴⁰

Em continuidade ao estudo do instituto da culpa penal, passemos então à análise de seus elementos, quais sejam: conduta voluntária, inobservância do dever de cuidado objetivo, resultado lesivo indesejado, previsibilidade objetiva e, por fim a tipicidade.

Só interessa ao Direito Penal as condutas voluntárias. Por isso, para que haja culpa, a conduta, positiva ou negativa, deve ser voluntária e dirigida a determinada finalidade. De notar que, no fato culposo, a conduta não se dirige à produção do resultado, não se destina à realização de um tipo legal de crime, pois, se assim fosse, haveria dolo. A conduta é, todavia, final e dirige-se geralmente a um fim perfeitamente lícito, permitido pelo Direito.

Relativamente à inobservância do dever de cuidado objetivo, listado como o segundo componente da culpa penal, é preciso esclarecer que atualmente, a vida do homem, por ser perigosa, deve ser vivida com a observância, por todas as pessoas, de um dever geral de cuidado, objetivamente verificável.

O cirurgião, por exemplo, na ânsia de realizar um número maior de cirurgias num só dia, e, com isso obter maior remuneração, não pode esquecer nenhum dos procedimentos recomendados pela técnica que aprendeu e conhece, e tampouco

⁴⁰ NALINI, José Renato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

descurar da execução de cada um dos atos do procedimento, para que nenhum órgão ou tecido manipulado venha a sofrer lesão capaz de lhe comprometer as condições de funcionamento ou, até mesmo, a existência. Se o obstetra deve realizar a cesariana, não pode, por descuido, ou em razão da pressa, ferir o corpo do produto da concepção, nem permitir que o cordão umbilical, que envolvia seu pescoço, o estrangule. Nas palavras de Ney Moura Teles,

(...) nos dias de hoje, todos têm, cada vez mais, um dever geral objetivo de adotar toda cautela, toda a preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causar, com seus comportamentos, lesões aos bens jurídicos alheios. É um dever que não precisa estar escrito, expressamente, em uma norma jurídica. Não é necessária norma que imponha ao motorista do veículo a desaceleração e compressão do pedal dos freios, quando, diante da luz verde do semáforo, verificar um transeunte imprudente que resolve atravessar a faixa, num momento para ele proibido. O sinal verde, se autoriza a travessia, não autoriza, contudo, o atropelamento.⁴¹

A inobservância deste dever geral constitui comportamento proibido pelo direito, e, se dela decorrer a lesão a um bem jurídico, pode caracterizar o delito culposo. São formas de manifestação desta violação: a imprudência, a negligência e a imperícia.

Por se tratar do tema central de nossa pesquisa, optamos pela análise pormenorizada das modalidades de culpa no Direito Penal pátrio, após a análise dos três últimos componentes de tal instituto.

O terceiro elemento imprescindível para a caracterização da culpa penal refere-se à necessidade da ocorrência de um resultado indesejado.

Por mais que o agente tenha sido negligente, deixando de observar o dever de cuidado objetivo, só haverá fato culposo se, com seu comportamento, tiver causado a modificação do mundo externo, atingindo um bem jurídico, penalmente tutelado. Suponha-se o médico que, ao efetuar uma transfusão de sangue, limite-se à colheita, calcado na mera informação do doador, ao invés de proceder à tipagem do seu sangue, vindo a provocar no paciente choque anafilático por incompatibilidade. O resultado advindo da conduta deste profissional da medicina, sob o ponto de vista naturalista ou material, certamente provocou uma modificação no mundo exterior, atingindo, conseqüentemente, um bem penalmente tutelado por nossa legislação, pois, juridicamente, o evento danoso é considerado pela lei parte integrante de algum tipo penal incriminador.

⁴¹ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 168.

Assim, evento ou resultado não é, necessariamente, sinônimo de efeito, não é toda e qualquer transformação do mundo exterior, já que somente quando ela é considerada pela lei é que passa a ser resultado no sentido jurídico, por compor o tipo penal incriminador.

Nesse sentido, o seguinte julgado: “Negligência do médico que teria deixado pinça na cavidade abdominal da vítima ao operá-lo. Fato que não acarretou ofensa à sua integridade corporal ou à saúde. Absolvição mantida”(RT 554/376).

Para todos os efeitos, se não houver resultado, não haverá crime culposo, podendo até ter havido outra infração penal, mas dolosa, e não culposa, ou ainda, a descaracterização de qualquer ilícito penal.

Em continuidade à análise dos elementos integrantes da culpa penal, é preciso salientar que a previsibilidade objetiva é essencial para a existência do fato culposo. Só em sua presença o agente poderia ter evitado o resultado lesivo e, não tendo adotado as precauções necessárias, por ter sido negligente, acaba por dar causa ao resultado e por ele responderá. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

Não se exige do médico anestesista que se abstenha de ministrar as drogas ordinariamente empregadas nas intervenções cirúrgicas, sem que haja informes desaconselhadores de tal conduta, pois no campo da teoria do crime culposo, a previsibilidade objetiva exige a previsão do que normalmente, e não extraordinariamente, possa acontecer(JUTACRIM 68/108).

Por previsibilidade, entende-se como sendo a possibilidade de o sujeito, nas condições em que se encontra, antever o resultado lesivo. Com efeito, previsível é aquele resultado que pode ser previsto. Para que o Direito possa fazer incidir punição sobre alguém que não desejasse um resultado lesivo, é indispensável que tal lesão pudesse ter sido evitada por ele, se tivesse agido com o devido cuidado. O critério mais aconselhado pelos doutrinadores atuais para verificar a previsibilidade é o objetivo-subjetivo, ou seja,

(...) verifica-se, no caso concreto, se a média da sociedade teria condições de prever o resultado, através de diligência e da perspicácia comum, passando-se em seguida à análise do grau de visão do agente do delito,

vale dizer, verifica-se a capacidade pessoal que o autor tinha para evitar o resultado.⁴²

Nesta conformidade, segundo a teoria clássica (teoria subjetivista), a essência da culpa está na previsibilidade do efeito funesto, compreendendo três elementos, mencionados por Carrara, citado por José Salgado Martins:

1.º) volontarietà dell'atto; 2.º) mancataprevisione dello effetto nocivo; 3.º) possibilità di prevedere.⁴³ E na falta de previsão do previsível encontra-se o elemento específico, pois, il non avere previsto la conseguenza offensiva con final colpo dal dolo. Il non averlapotutaprevederesonfinail caso della colpa.⁴⁴

O Direito Penal brasileiro, em relação ao resultado previsível, ainda faz a seguinte distinção no que concerne à atitude tomada pelo agente, qual seja: sendo previsível o resultado, mas o sujeito, não obstante isso, não o prevendo e impulsionando voluntariamente a conduta, dando causa ao resultado, estaríamos diante de uma conduta culposa inconsciente. Com efeito, a conduta do agente é culposa, mas ele não teve consciência de que o resultado pudesse ocorrer porque não realizou a previsão, mas representou o resultado que era, plenamente previsível, agindo sem a consciência de que poderia causar o resultado. Por isso, diz-se ser a culpa inconsciente, ou seja, o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível.

Por sua vez, a culpa consciente traduz-se em um resultado previsto pelo sujeito que, no entanto, esperava levemente que não ocorresse ou que pudesse evitá-lo. É a chamada culpa com previsão. Nessa modalidade, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem ele lhe é tolerável ou indiferente. Embora tenha previsto o evento lesivo, confiara que ele não ocorresse devido à diligência e ao cuidado com que a ação seria praticada. Para efeitos da punibilidade da conduta culposa, equiparam-se as duas modalidades, podendo, entretanto, influir, através do juiz, para a fixação da pena “in concreto, pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá”.⁴⁵

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 358.

⁴³ MARTINS, José Salgado. **Direito Penal: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**.

Finalmente, o último elemento constituinte do crime culposos refere-se à tipicidade.

Em nossa legislação vigente, a ação descrita nos crimes culposos difere daquela tipificada nos delitos dolosos. Via de regra, constituem tipos penais abertos que necessitam da complementação de uma norma de caráter geral que se encontra fora do tipo, bem como de elementos do tipo doloso correspondente. Assim se exprime Mirabete:

A tipicidade nos crimes culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários. É típica a ação que provocou o resultado quando se observa que não atendeu ao cuidado e à atenção adequados às circunstâncias.⁴⁶

Oportuno registrar que, a regra no Direito Penal é a de punir fatos praticados dolosamente, pois neles o sujeito quer alcançar o resultado ou, pelo menos, o aceitou. Excepcionalmente, em situações determinadas, a legislação também proíbe e pune a causação de lesões a certos bens jurídicos, quando praticadas sem dolo, mas com culpa, em sentido estrito. Por isso, o fato culposos é excepcional e só será punido quando houver expressa previsão legal.

Com efeito, não basta que o sujeito tenha causado, sem vontade, um resultado lesivo previsível e indesejado, com negligência. Se não estiver prevista na lei a sua punição, se não houver o tipo culposos, não haverá crime. Assim, o crime culposos é excepcional, como, aliás, dispõe o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal em vigor: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, questionamos importantes aspectos éticos e, principalmente, aspectos jurídico-penais passíveis de serem vivenciados pelo profissional de medicina. Não houve, de forma alguma, a pretensão de esgotar todas as particularidades dos meandros que envolvem a política legal e ética do tema em

⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 149.

sua plenitude. Ao contrário, a finalidade maior foi abrir terreno para um grande número de estudos práticos relevantes.

Em nosso país, como enfatizado, observamos que a legislação material penal como *ultimaratio*, serve de suporte e adentra no campo da medicina, à medida em que bens relativos à vida e à dignidade humana são passíveis de serem atingidos.

Resumida nos dois primeiros artigos do Código de Ética Médica, a conduta do profissional de medicina, em sua essência, fundamenta-se em uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, em benefício dos quais deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, consciente de que o doente não é uma mercadoria.

Neste momento delicado pelo qual passam o profissional da medicina e a saúde brasileira, reconhecer que alguns médicos podem errar, negligenciar ou até mesmo se conduzir dolosamente no exercício de sua atividade profissional e exigir que sejam responsabilizados e punidos criminalmente, não significa, absolutamente, engajamento com qualquer movimento, ocasional ou permanente contra a classe médica e muito menos contra a medicina. Não se deve, neste momento, de modo irresponsável, antiético e antijurídico, fazer coro ou dar guarida às acusações precipitadas, às denúncias maldosamente formuladas por pessoas suspeitas, devido à sua condição de pseudo-vítimas.

No mesmo sentido, importante registrar o descrédito de campanhas sensacionalistas, incoseqüentes, nocivas e, às vezes, difamatórias, veiculadas pelos meios de comunicação que acabam por prestar um condenável desserviço à opinião pública e à própria comunidade.

A expressão *máfia de branco*, criada com a finalidade de impressionar a opinião pública de uma possível classe médica, constituída de profissionais incompetentes, gananciosos, irresponsáveis e criminosos, caracteriza uma atitude tão perniciosa e censurável quanto a conduta condenável de poucos médicos que se conduzem com negligência, imprudência, imperícia ou até dolosamente no exercício de sua profissão.

Nessa trilha de pensamento, perguntamo-nos se, por trás da negligência médica, não existem negligências bem mais sérias, sobre as quais não somos informados. Será que o médico atual não necessita de uma maior liberdade de ação

para poder desempenhar sua extraordinária e, às vezes, até mágica atividade de curar o seu paciente?

Não temos dúvidas de que esta liberdade de ação tem o seu preço ético e político-jurídico. Torna-se lícito cobrar do médico competência e seriedade no exercício de sua arte e na formulação dos juízos de avaliação, utilizados no processo de cura da doença e de tratamento da pessoa enferma. Daqui, podemos concluir que a situação jurídico-penal da prática de atos médicos e do exercício da medicina revela-se, atualmente, bem mais adequada às atuais condições de evolução da vida social, especialmente àquelas condições de progressiva democratização e especialização no exercício de atividades científicas. É hoje seguro dizer que nem todo o ato terapêutico ou de tratamento em sentido *lato* está exclusivamente reservado ao médico, nem que a sua prática acarreta automaticamente, para quem não for médico, responsabilidade jurídico-penal.

Em contrapartida, responsabilizar o médico que infringiu, voluntária ou involuntariamente regras fundamentais do atuar profissional, é um direito da sociedade e um dever do Estado. Não se objetiva a perseguição dos bons profissionais, nem a repressão dos erros humanos compreensíveis e escusáveis, nem tampouco condenar inocentes.

Talvez, a maior conseqüência, atualmente vivida na relação médico-paciente, refira-se à desumanização do ato médico. Em razão do acelerado processo de desenvolvimento tecnológico em medicina, a singularidade do paciente – emoções, crenças e valores – ficou em segundo plano. No mesmo processo, ocorreram transformações na formação médica, cada vez mais especializada, e nas condições de trabalho, restringindo a disponibilidade do médico tanto no contato com o paciente quanto na busca de uma formação mais abrangente.

As atuais condições do exercício da medicina não têm contribuído para a melhoria do relacionamento humanizado entre médicos e pacientes, bem como para o atendimento humanizado e de boa qualidade. Diga-se, de passagem, que alguns projetos nesse sentido vêm sendo desenvolvidos há alguns anos, em áreas específicas da assistência, como por exemplo, na saúde da mulher e na saúde da criança. Atualmente têm sido propostas diversas ações visando à implantação de programas de humanização nas instituições de saúde, principalmente nos hospitais.

Ante toda a gama de direitos e deveres pormenorizadamente demonstrados neste estudo, o caminho da humanização na área da saúde, como um processo amplo, demorado e complexo, pode significar um primeiro passo em busca da relação de confiança, atualmente tão desgastada.

O sensível aumento nas demandas judiciais contra os profissionais da área da saúde como um todo, e mais especificamente contra o médico que age culposamente, deve valorizar ainda mais os bons profissionais da medicina e ciências afins. Em primeiro lugar, porque prevalece no cotidiano o atuar médico correto, segundo os padrões de razoabilidade técnico-científica. Em segundo lugar, porque se torna difícil apurar, através de processo investigatório eficaz e idôneo, casos de erro ou negligência médica, cometidos no interior de uma clínica ou de uma sala de consultório ou de cirurgia.

Importante salientar que os Conselhos Regionais e o Conselho Federal de Medicina têm papel relevante na apuração de eventuais infrações cometidas por seus profissionais que, eventualmente, transgridem as regras e deveres éticos consagrados no seu diploma profissional.

A existência da sanção penal para as condutas praticadas pelos maus profissionais da medicina protege não só o doente ou aquele ser humano passível de tratamento médico, mas a sociedade como um todo. Assim, na medida em que eventuais infrações transcendam a esfera da ética, ingressando no campo da antijuridicidade, cabe ao Estado acionar seus mecanismos de controle e repressão, a fim de que a ordem, a segurança coletiva e o ideal de Justiça mantenham-se inabalados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICANO, O. **Da culpabilidade normativa**. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

ANTOLISEI, F. **Manuale di diritto penale**. Milano: Editore Dott. A Giuffrè, 1947.

ANTUNES, E.M. **Natureza Jurídica da declaração Universal dos Direitos Humanos**. *Justitia*. São Paulo, v. 83, 4. trim. 1973.

ASÚA, L.J.de. **Tratado de derecho penal**. tomo V. Buenos Aires: Lousada, 1963.

BECCARIA, C.B., Marquês de. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 1993.

- BRUNO, A. **Direito penal**. Tomo 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- CARTA, A. **Responsabilitácvile del medico**. Roma: MárioBulgoni, 1967.
- CASABONA, C.M.R. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**.
- COWAN, T.A. **Lei, filosofia e direitos humanos**.Justitia. São Paulo: v. 79, 4. trim. 1962.
- CROCE, D.C.J.R., Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ENTRALGO, P.L. **Enfermedad y pecado**. Barcelona: Ediciones Toray, 1961.
- FÁVERO, F. **Medicina legal**. 6. ed. São Paulo: Martins, v. 3.
- FOUCAULT, M. **O nascimento da clínica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FRAGOSO, H.C. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, A.S. et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 1995.
- GARCIA, B. **Instituições de direito penal**. 5. ed. tomo I e II. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1980.
- GONÇALVES, E.L. **Encontro entre pessoas**. Ser Médico, São Paulo, ano IV, n. 17, out./nov./dez. 2001.
- HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**.4. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2, 3 e 4, 1978.
- LEAL, J.J. **Exercício da medicina e responsabilidade criminal**. Revista dos Tribunais n. 706/290, 1994.
- LEME, P.A. da S. **O erro médico e suas implicações penais e civis**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1.
- LOPES, J.A. **Los médicos y la responsabilidad civil**.Madrid: Montecorvo, 1985.
- LOPES, M.A.R. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LOPES, O. de C. **A medicina no tempo: notas da história da medicina.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1970.

LYRA, R. **Comentários ao código penal.** Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1942.

MARGOTTA, R. **História ilustrada da medicina.** Editado por Paul Lewis MB, MRCP. Londres: Instituto de Neurologia, 1998.

MAGGIORE, G. **Derecho penal.** Bogotá: Temis, v. 1, 1954.

MANZINI, V. **Dirittopenale italiano.** tomo I. Torino: UTET, 1933.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal: Parte Geral.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. M. **Direito penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. I., 1988.

NUCCI, G. S. **Código penal comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, E. **Deontologia, erro médico e direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PALMIERI, V. M. **Medicina forense.** Nápolis: Morano, 1963.

PINHO, R. R. **História do direito penal brasileiro: período colonial.** São Paulo: José Bushatshi, 1973.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: Parte Geral.**

RADBRUCH, G. **Filosofia do direito.** 6. ed. Coimbra: Armênio Amado-Editor, 1979.

RAMOS, P. L. T. **Erro médico: aspectos jurídicos e médico-legal.** RT 625/415.

SANTO AGOSTINHO. **Cidade de Deus.** 3. ed. São Paulo: Vozes, 1991.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica.** Porto Alegre: Indústria Gráfica, 1980.

SEBASTIÃO, J. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEIXEIRA, S. de F. **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TRINDADE, A. A. C. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SAVATIER, R. **Traité de laresponsabilitécivileendroïtfrançais**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1951.

SILVEIRA, E. C. da. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: RT, 1973.

VON LIZT, F. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguier, v. I, 1899.

ZAFFARONI, E. R. **La ingeniería institucional criminal: perspectivas criminológicas**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.