ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

ERRO MÉDICO E RISCO PROIBIDO[1]

MEDICAL ERROR AND PROHIBITED RISK

Luciano Santos Lopes*
Tatiana Antunes Ávila**

RESUMO: Toda interação social implica riscos, porém, para que os contatos sociais possam ser realizados, alguns riscos são aceitos como inevitáveis e considerados riscos permitidos. Determinadas atividades estão particularmente propensas a gerar riscos, como a Medicina. O Direito Penal, como instrumento de proteção social dos bens jurídicos mais caros à sociedade, deve avaliar os riscos gerados pelas condutas dos agentes que causem lesões ou perigos de lesão aos bens protegidos. A presente pesquisa, por meio do método dedutivo, avalia o risco permitido na imputação penal das condutas médicas, relacionando este conceito às normas técnicas e jurídicas que regulam a Medicina.
Palavras-chave: Medicina. Risco. Sociedade. Direito Penal. Bem Jurídico.

ABSTRACT: All social interaction implies risks, however, so that social contacts can be realized, some risks are accepted as inevitable and considered "allowed risks". Certain activities are particularly prone to generate risks, such as

[1] O conteúdo deste trabalho corresponde ao resultado parcial das pesquisas desenvolvidas pelos autores (orientador e orientada) no Programa de Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (http://www.mcampos.br/mestrado/index.php), por intermédio do Grupo de Pesquisa denominado "A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva".

* Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado Criminalista. Belo Horizonte – MG – Brasil.

**Mestra em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito Milton Campos. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assessora do Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Belo Horizonte – MG – Brasil.

medicine. Criminal Law, as an instrument of social protection of the most expensive legal assets to society, should assess the risks generated by the conduct of agents that cause injuries or danger of injury to protected assets. This research, through the inductive method, evaluates the allowed risks in the criminal imputation of medical conducts, placing this concept in the context of the technical and legal norms that regulate Medicine.
Keywords: Medicine. Risk. Society. Criminal Law. Legal Good.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 **A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA; 3 O RISCO PROIBIDO; 4 FALTA DE CUIDADO OBJETIVO E RISCO PROIBIDO; 5 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO; 6 O RISCO PERMITIDO NO ATO MÉDICO;** 6.1 A CARACTERIZAÇÃO DO RISCO PERMITIDO E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE; 6.2 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NAS CONDUTAS DOLOSAS NO ATO MÉDICO; 6.3 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NAS CONDUTAS NEGLIGENTES NO ATO MÉDICO; 6.4 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NAS CONDUTAS NEGLIGENTES NO ATO MÉDICO; 7 **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

Há uma recorrente tendência global em relação ao aumento significativo de ações judiciais motivadas por erro médico. E o Brasil não é uma exceção (CHEHUEN NETO, 2011, p. 5). A Medicina é, por si só, uma atividade de risco, por tratar dos bens mais importantes para o ser humano – a vida, a integridade física e a saúde – com o intuito de melhorá-los, porém, com o custo de gerar-lhes riscos.

A imprevisibilidade da reação do organismo humano às manobras terapêuticas, aliada às frequentes incertezas diagnósticas, obriga o médico a considerar o risco gerado por seus procedimentos como fator fundamental de suas decisões profissionais. Embora todo ato médico

tenha por finalidade a manutenção ou a melhora da saúde, também causa um aumento do risco de provocar lesões orgânicas.

Dessa forma, é necessário estabelecer limites para as condutas médicas, a fim de justificar os riscos. Afinal, é impossível conceber uma sociedade sem riscos e uma garantia que proponha a total ausência deles não é factível. Por isso, o risco inerente às condutas médicas deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido. Sem dúvidas, é do interesse de toda a sociedade que os médicos atuem na preservação e no reestabelecimento da saúde e, por esse motivo, os riscos inevitáveis dos procedimentos médicos são tolerados em razão da utilidade e da essencialidade da Medicina. As condutas médicas que geram apenas esse nível aceitável de riscos são, portanto, atípicas e se referem aos casos em que o profissional, mesmo habilitado para determinada atividade, incorre em erro.

Nesse sentido, é necessário elaborar um juízo de ponderação e considerar que nem sempre o médico tem um controle sobre o resultado, simplesmente porque ninguém é capaz de evitar todos os potenciais riscos e de cercar todas as possibilidades, ainda mais quando se trata de seres humanos, cada qual com suas peculiaridades. Portanto, a superação do risco permitido deve ser o critério norteador da responsabilidade do médico.

O objetivo deste estudo é, pois, a análise do risco permitido como critério de exclusão da imputação das condutas médicas, considerando o contexto social atual e os conceitos de risco permitido de acordo com a doutrina penal.

O presente trabalho, por meio do método dedutivo, com base na análise da *teoria da imputação objetiva*, buscou estabelecer critérios para se determinar os limites do risco permitido na prática médica, tendo como marco teórico a doutrina da imputação objetiva, tal como concebida por Claus Roxin. A definição, e a perfeita utilização, do risco permitido e dos critérios da imputação objetiva nortearão este trabalho.

2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Os antecedentes da *teoria da imputação obje*tiva ou, como prefere Greco (ROXIN, 2002b, p. 14), uma "primeira teoria da imputação", remonta aos estudos desenvolvidos por Karl Larenz e Richard Honig.

Luiz Regis Prado (2007) transcreve o cerne das ideias dos referidos autores, ao dizer que, para Karl Larenz, a imputação objetiva descreve o juízo pelo qual determinado fato surge como obra de um sujeito, ou seja, a imputação nada mais é do que a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais .

Contudo, a concepção moderna da *teoria da imputação objetiva* foi desenvolvida por Roxin, na segunda metade do século passado e tem, em Jakobs, um dos principais expoentes, com algumas premissas e fundamentos diferenciados.

De acordo com Roxin, a função da aludida teoria seria relegar o tipo subjetivo a uma posição secundária, a fim de deixar o tipo objetivo no centro das atenções (ROXIN, 1997). Este tipo objetivo não poderia, contudo, esgotar-se na mera causa de um resultado, pois seria necessário algo mais para tornar a ação objetivamente típica.

Pois bem, a referida teoria pode ser entendida como uma forma de reduzir o âmbito de aplicação da *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, adotada pelo Direito Penal brasileiro, segundo a qual causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Tal mitigação se dá por meio do preenchimento de determinados critérios que afastam o nexo causal.

Analisa-se o desvalor da ação (e a verificação da criação do risco não permitido), bem como se verifica o desvalor do resultado, com a realização do referido risco no âmbito do alcance típico (que alguns autores vão denominar fim protetivo da norma).

Roxin, fundamentando-se no chamado princípio do risco, cria uma teoria da imputação para os crimes de resultado, utilizando-se de quatro vertentes, como cita Greco (2005, p. 19 e ss.):

> a) a diminuição do risco: a conduta do agente, alheio ao evento, que visa a diminuição do risco em relação ao bem protegido, não sendo assim lhe imputado o resultado.
> b) criação de um risco juridicamente relevante: se a conduta do agente não é capaz de criar um risco juridicamente relevante, ou seja, se o resultado a que almeja não depende exclusivamente de sua vontade, será atribuído ao acaso.
> c) aumento do risco permitido: se a conduta do agente não houver, de alguma forma, aumentado o risco da ocorrência do resultado, este não poderá ser lhe imputado.
> d) esfera de proteção da norma como critério de imputação: somente haverá responsabilidade quando a conduta for contrária a finalidade protetiva da norma, porém há casos que esses não poderão ser imputados pois a situação ainda poderá estar fora do alcance da norma.

Pensando a teoria da imputação com base em Roxin[2], a inovação reconhecida reside, principalmente, no fato de que o risco

[2] Jakobs pensa ligeiramente diferente algumas premissas da *teoria da imputação objetiva* determina as propriedades objetivas e gerais de um comportamento imputável, de forma a definir se o agente violou a expectativa de cumprimento da norma (JAKOBS, 1995, p. 235).
O autor (JAKOBS, 1997, 243 e ss.) salienta que casa um exerce determinado papel na sociedade, mantendo sempre contatos sociais. Para ele, se todos se comportam conforme o papel social destinado, seguindo um padrão, qualquer resultado ocorrido fora deste *standard* será uma fatalidade ou acidente.
Contudo, para fundamentar sua teoria (exatamente nas situações afastadas do cumprimento das expectativas sociais), Jakobs desenvolve quatro institutos:

proibido integra o tipo objetivo, juntamente ao sujeito ativo e ao resultado, como parte de um conjunto de critérios para seleção das condutas causadoras de um dano, ou seja, ações que podem ser consideradas crimes. Assim sendo, só é imputável aquele resultado que pode ser previsto e dirigido pela vontade (ROXIN, 1997, p. 305).

Vale ressaltar que, no estudo da *teoria da imputação objetiva*, não se nega a necessidade do tipo subjetivo para a tipificação das condutas, assim como não se questiona a necessidade de exigência do nexo causal para atribuir uma conduta a alguém. A causalidade continua sendo considerada na teoria do tipo penal, para comprovar a relação fática entre a existência do fato e o resultado ocorrido, mas *a posteriori*.[3]

a) Risco permitido (JAKOBS, 1997, p. 257 e ss.): para Jakobs é impossível existir uma sociedade sem riscos, pois o próprio contato social é perigoso, e a sua análise deve ser feita de acordo com o caso concreto.

b) Princípio da confiança (JAKOBS, 1997, p. 253 e ss.): as pessoas que vivem em uma sociedade devem confiar umas nas outras. Assim, não será imputado objetivamente os resultados produzidos por quem confiou que terceiro agiria dentro dos riscos permitidos.

c) Proibição de regresso (JAKOBS, 1997, p. 257 e ss.): se cada pessoa agir de acordo com o papel social destinado, e se dessa conduta resultar um resultado ou contribuir para algum, não haverá possibilidade de responsabilização.

d) Competência ou capacidade da vítima (JAKOBS, 1997, p. 275 e ss.): enfoca a lesão de um dever de autoproteção denominada ação a próprio risco, que se resume a uma lesão ou perigo de lesão que a própria pessoa se coloca, acreditando que a situação (o resultado) não ocorrerá.

[3] Nesse sentido, veja-se:

"Conquanto a imputação objetiva tenha sido concebida com o escopo de limitar a amplitude da relação de causalidade, não demorou muito para o surgimento de propostas mais ousadas, que passaram a defender a substituição do nexo causal pela imputação objetiva.

Nessa linha, Haro Otto propôs a substituição do princípio da causalidade pelo incremento do risco como critério para imputação nos crimes de resultado." (ROCHA, 2016, 67 e ss.).

Se a ação apresentar relevância penal, será objeto de estudos da imputação objetiva, para se concluir, com a devida certeza, se o fato pode ser atribuído ao sujeito (CAMARGO, 2001, p. 17).

Roxin menciona que a finalidade da aludida teoria é indicar as circunstâncias que fazem da mera causalidade uma ação típica, apontando os seguintes princípios como orientadores dessa tarefa: (i) um resultado causado pelo agente só pode ser a ele imputado se for concreto; (ii) a conduta deve criar um perigo juridicamente relevante para o bem jurídico não acobertado pelo risco permitido; e (iii) mesmo o tipo objetivo sendo cumprido, mediante a criação de um resultado danoso ou perigoso pelo autor, a imputação, que seria, a princípio, a regra, pode desaparecer se o alcance do tipo não abarcar tal perigo e suas repercussões (ROXIN, 2002a, p. 363)[4].

Portanto, o resultado de uma conduta somente pode ser objetivamente imputado ao seu autor quando criar uma situação de risco

Concorda-se com a crítica do autor, em relação à proposta extintiva acima (ROCHA, 2016, p. 72), no sentido de que "as propostas [...] para a abolição do nexo causal da teoria do delito fracassaram justamente por não considerarem as diferenças de natureza e de função relativamente à causalidade e à imputação objetiva. É evidente que, do ponto de vista teórico, é possível conceber proposta que preterisse a análise causal do âmbito do tipo objetivo. Todavia, quem assim procedesse teria o ônus de demonstrar como uma análise simplesmente valorativa poderia substituir o exame da relação fática entre conduta e resultado sem risco de retroceder-se a uma responsabilidade por fato de terceiro. É justamente a relação de causalidade que assegura aos cidadãos a impossibilidade jurídica de punição no âmbito do Direito Penal por fato cometido por terceiros. Sem ela, é difícil entrever como essa garantia pode subsistir".

[4] É possível perceber que Roxin se afasta um pouco do argumento generalizado acerca do conceito de imputação objetiva. Assim também entende Greco (ROXIN, 2002, p. 116): "Nos manuais, em geral, tanto na Alemanha como entre nós, costuma-se definir a imputação objetiva com base em dois conceitos: criação de um risco e sua consequente realização Roxin discrepa dessa construção 'em dois planos', acrescentando um terceiro plano: o do chamado 'alcance do tipo'".

juridicamente proibido a um bem jurídico e, ainda, que o referido risco tenha se concretizado em um resultado típico.

A teoria objetiva estrutura-se, basicamente, sobre um conceito fundamental: o risco permitido. Permitido o risco, isto é, sendo ele socialmente tolerado, não cabe a imputação; se, porém, o risco for proibido, caberá, em princípio, a imputação objetiva do resultado.

A realização de um risco permitido, então, torna a conduta atípica (ROXIN, 1997, p. 371), pois, se a tipicidade depende da imputação objetiva e essa, por sua vez, exige a verificação de um risco proibido.

Em suma, a imputação objetiva exige um relacionamento direto entre o dever infringido pelo sujeito e o resultado produzido, apenas existindo responsabilidade penal pelos danos diretos, de forma que o autor não responde pelas consequências secundárias, pelos danos indiretos ou pelos resultados que não se encontram na extensão da figura típica. Tal critério é, pois, fundamental para solução dos casos de realização do risco, já que limita a esfera de proteção da norma.

A título de exemplo, pode-se pensar em um médico que, ao aplicar um medicamento em um paciente, este vem a falecer de infarto em razão de problemas cardíacos. O medicamento em si não é causador do infarto, mas as características pessoais do indivíduo o são. Ora, a norma não pode proibir a prescrição de medicamentos para evitar infarto. Afinal, trata-se de uma característica pessoal daquele paciente, não detectável anteriormente e ausente na maioria dos indivíduos.

O mesmo ocorre quando, após receber uma notícia desagradável, a pessoa sofre um ataque cardíaco e vem a falecer. Igualmente, a norma não pode proibir a divulgação de notícias, nem mesmo determinar fatos que não possam ser relatados com terceiros que sofram de doenças cardíacas. Seria intolerável que um cardíaco fosse proibido de participar de eventos sociais, em razão do risco de morte, quer por notícias favoráveis, quer desfavoráveis, assim como seria

impossível saber, sempre antes de falar com uma pessoa, se ela sofre ou não de uma doença cardíaca.

3 O RISCO PROIBIDO

O risco proibido consiste na superação do limite atingido pela ação, que permite subsumi-la objetivamente ao tipo penal, doloso ou não, e imputá-la ao seu autor (ROXIN, 1997, p. 997). Tal conclusão decorre dos critérios da imputação objetiva. Se tanto o dolo como a negligência são elementos integrantes do tipo, é indiferente a natureza da ação que gerou o risco ao bem jurídico, isto é, sendo voluntária ou negligente, a conduta ultrapassou o risco permitido e, assim, perfaz o tipo objetivo da norma penal.

Mesmo não tendo algumas variações em seu conceito, é interessante analisar a hipótese também de acordo com Jakobs, que define o risco permitido como inerente à configuração social (JAKOBS, 1995, p. 46). Este autor considera a geração de riscos um efeito inevitável da vida em sociedade, de forma que o ordenamento jurídico não pode pretender eliminar totalmente os riscos, sob pena de paralisá-la. Dessa forma, o risco permitido exclui a tipicidade da conduta realizada dentro de seus limites, sendo a sua ultrapassagem um requisito objetivo da ação típica.

É importante ressaltar que não basta a criação de risco ao bem jurídico, é necessário que este seja desaprovado, proibido, sendo que a criação do risco, por si só, não leva à imputação objetiva (JESUS, 2000, p. 74).

Em suma, pode-se dizer, simplificadamente, que risco permitido é um risco aprovado pela sociedade. É aquele que, embora perigoso, é absorvido socialmente, mesmo sabendo que pode causar danos, como é o caso de cirurgias e anestesias.

O risco não permitido, por sua vez, é aquele ao qual a sociedade se opõe, de modo a não permitir a prática de qualquer conduta que possa eventualmente produzi-lo.

A ideia de risco permitido deriva do conceito de adequação social elaborado por Welzel (2001, p. 58), o qual consiste em uma causa de exclusão da tipicidade de certas condutas que, embora possam ser subsumidas ao tipo penal, são toleradas pela sociedade, em razão de fatores culturais e históricos.

Outra vertente teórica considera o risco permitido como uma causa de justificação (MALAMUD, 1978, v. 1, p. 737), por ter como fundamento um conflito de interesses de proteção de bens jurídicos sob risco em determinada situação de vida[5].

Ainda, considerando-se a existência de um risco permitido no caso, podem ser apontadas duas causas de justificação: o consentimento presumido e a salvaguarda de interesses legítimos. No primeiro, justifica-se a lesão típica de um bem jurídico por ser o resultado favorável ao seu titular, em situações em que ele não pode expressar o seu consentimento, como, por exemplo, quando um médico socorre um indivíduo inconsciente. Na segunda situação, justificam-se as ações típicas para proteger interesses lícitos, mesmo com o risco de lesão a bem jurídico, como a divulgação de um fato de interesse público sem a absoluta certeza

[5] No estado de necessidade ou na legitima defesa, por exemplo, há uma ponderação de interesses entre dois ou mais bens que estão sob risco de lesão, estando justificada a preservação de um deles em detrimento dos outros. No risco permitido, há a justificativa da lesão de um bem individual pela utilidade social da ação que criou o risco inevitável a esse bem. No entanto, a meu ver, há uma notável diferença entre as duas situações. No caso do estado de necessidade ou da legitima defesa, a situação pode ser de exceção, o que nunca ocorre com a ação praticada dentro do risco permitido, que é considerada comum. Ainda, nas causas de justificação, a ponderação entre os bens envolvidos é feita de um bem contra o outro, no caso concreto, em um juízo posterior à ação. Nas ações dentro do risco permitido, por sua vez, os bens são avaliados em termos abstratos *ex ante*, sem a concretização real dos bens individuais.

de sua veracidade, com a finalidade de proteger bem jurídico considerado de maior valor (ROXIN, 1997, p. 763).

4 FALTA DE CUIDADO OBJETIVO E RISCO PROIBIDO

A falta de cuidado objetivo é considerada elemento normativo dos tipos culposos. Na determinação desse dever de agir, a verificação da falta de cuidado objetivo dependerá da constatação pelo juiz do não atendimento do dever de cuidado devido naquela situação. Para tanto, devem ser observadas as normas técnicas e profissionais adotadas pelo médico, denominadas *Lex Artis*, e a conduta que seria adotada naquela situação por um homem prudente, considerado padrão para a atividade.

É comum o risco permitido ser associado à falta de cuidado objetivo, o que é mais evidente quando se fala em delitos culposos praticados com negligência, para os quais a doutrina define o tipo injusto como a falta de observância do dever de cuidado devido na ação causadora do dano.

Primeiramente, deve-se considerar que a multiplicidade das situações da vida real impede que os tipos culposos descrevam os elementos da conduta cuidadosa de forma precisa, cabendo ao julgador determinar o cuidado devido no caso em análise. E é justamente esse um dos aspectos mais discutidos dos delitos negligentes: a imprecisão na determinação do dever de agir, o que diminui as garantias do cidadão e não motiva o comportamento de forma adequada, pois não determina concretamente o dever jurídico.

Em segundo lugar, considera-se a figura do homem padrão (ou do homem prudente) na análise da conduta cuidadosa, ponto este bastante controvertido na doutrina. Vários autores entendem que esse homem não existe, de forma que a conduta exigível varia de acordo com

o julgador (REALE JÚNIOR, 2002, v. 1, p. 182)[6]. Porém, não se pode construir um tipo penal com base na utilização de um critério impreciso e sujeito à subjetivação do juiz. Dessa forma, para corrigir essa imprecisão, há algumas tendências doutrinárias. Algumas defendem um padrão de conduta cuidadosa totalmente objetivo; outras, a utilização exclusiva de fatores subjetivos relacionados ao agente.

Convence, nesse sentido, a proposta de Tavares (2009, p. 293) sobre o tema. Adotam-se suas conclusões abaixo, por conterem um nível de abstração adequado e por se afastarem de um conceito abstrato e não dotado de segurança para a aplicação:

> Ao dessa postulação do homem prudente, a característica da conduta cuidadosa deve ser inferida das condições concretas, existentes no momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do perigo e da lesão do bem jurídico, ou seja, a medida do cuidado não pode ser feita, exclusivamente, por um processo empírico, mas sim sob o complexo empírico-normativo. Sem a delimitação normativa se torna impossível a fixação dos elementos empíricos que configurariam a medida de cuidado.

Certo é que o risco proibido acresce segurança ao conceito de cuidado devido, por ser mais preciso e conceitualmente mais correto, pois permite determinar pela avaliação do risco criado se a conduta é a causa jurídica da lesão, só assim podendo ser atribuído ao agente (ROXIN, 1997, p. 999). Além disso, o conceito de cuidado devido pode induzir ao erro de considerar que o agente desrespeitou normas por omissão ao

[6] "Esta figura do homem prudente nada mais é do que uma sofisticação do conceito do *homo medius* da teoria causal, que tantos problemas já apresentou e que não possui qualquer fundamento científico. Na realidade dos fatos, a figura do *homo medius* será inferida de juízo subjetivo-pessoal do próprio julgador e não de um padrão objetivo e coerente" (TAVARES, 2009, p. 289).

dever de cuidado, conduzindo à errônea equiparação dos delitos negligentes aos omissivos.

Em suma, o conceito de risco permitido inclui e completa a noção de cuidado devido, pois todos os problemas de determinação da negligência são amplamente resolvidos pela análise dos critérios de imputação da conduta ao tipo objetivo. O risco criado por determinada conduta deve ser comparado ao risco permitido naquela situação concreta, de acordo com parâmetros analisados pela doutrina e que serão vistos a seguir.

5 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO

A limitação do risco proibido não é tarefa fácil, mas um ponto de apoio substancial é o estabelecimento de regras de cuidado, pois a regulamentação normativa é prova da existência de um risco juridicamente relevante. O risco proibido deve ser o fundamento da teoria da imputação objetiva, no sentido de estabelecer o que é permitido ou proibido no âmbito social e, ainda, qual comportamento tem relevância para o Direito Penal. Dessa forma, a determinação dos limites do risco proibido é indispensável para a imputação do resultado ao agente.

Os critérios orientadores da concretização dos limites do risco proibido são definidos por Roxin[7] de forma detalhada, afirmando que as

[7] De outro lado, conforme Jakobs, há três importantes fatores para a delimitação dos limites do risco proibido. Primeiramente, as normas jurídicas, pois determinam as condutas consideradas intoleráveis pela sociedade; em segundo lugar, as normas técnicas e sistemas de regulação não formais, por constituírem marcos além dos quais as condutas podem ultrapassar o risco permitido; e, por fim, as características especiais de cada indivíduo e o papel social que este desempenha, já que cada cidadão possui responsabilidades, que, aliadas aos seus conhecimentos próprios, são determinantes do risco considerado tolerável pela sociedade (JAKOBS, 1995, p. 248).

normas jurídicas, cujo objetivo principal é a proteção de bens jurídicos, consistem em um importante critério, pois qualquer conduta que as violar já provoca riscos não permitidos (ROXIN, 1997, p. 1000). Na contramão, Figueiredo Dias (2001, p. 642) salienta que o não cumprimento de normas jurídicas não é fator determinante da causa de riscos não permitidos, consistindo apenas em indícios, pois é sempre necessário avaliar o caso em concreto. Por exemplo, um estudante de medicina não está autorizado a realizar cirurgias, mas, em determinadas situações de emergência, esta norma deve ser desrespeitada para salvar uma vida.

Na ausência de formalização de normas técnicas, para se determinar o risco permitido, há o critério da figura-padrão, que representa o parâmetro de comportamento de um indivíduo que atua na área. Para cada atividade, há uma conduta prudente exigível e, por meio de sua análise, determina-se o risco permitido em sua execução.

Considera-se que a melhor posição é a intermediária. Os indivíduos que possuem capacidade inferior à média de profissionais de sua área devem se abster de realizar a atividade que não dominam, até que possam controlá-la, pois se a realizarem e causarem um dano terão, indiscutivelmente, gerado um risco não permitido. Portanto, para estes indivíduos o padrão limite de riscos seria o objetivo, aplicando a ideia da existência de um homem padrão para a atividade. Já aos profissionais que possuem habilidades superiores aos demais, deve ser atribuída maior responsabilidade no controle de riscos, de forma que eles não poderão deixar de usar os seus conhecimentos superiores para evitar danos, sob o argumento de que a média das pessoas não os evitaria.

Podem-se considerar, ainda, como critérios de fixação dos limites do risco proibido, o dever de reconhecer o perigo e o dever de informação. O médico que realiza determinado procedimento tem o dever de avaliar previamente os perigos por ele criados e prevenir ao máximo a ocorrência de lesões, seja habilitando-se para bem realizá-lo,

seja abstendo-se de fazê-lo. Nas palavras de Roxin: "Quem não sabe algo, tem que se informar; quem algo não pode, tem que deixá-lo" (ROXIN, 1997, p. 1010).

Por fim, se todos os critérios já descritos não forem suficientes para caracterizar um risco não permitido, deve-se avaliar a utilidade social do perigo ou a aceitação que este perigo ostenta na sociedade, para definir se é ou não permitido. Por exemplo, excepcionalmente, algumas atividades individuais geradoras de risco excessivo são toleradas pela sociedade, como é o caso de cirurgias salvadoras, realizadas fora do padrão usual da *Lex Artis*.

6 O RISCO PERMITIDO NO ATO MÉDICO

6.1 A CARACTERIZAÇÃO DO RISCO PERMITIDO E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE

Como os danos causados por atos médicos decorrem, na maioria das vezes, do intuito de melhorar a integridade física e a saúde do paciente, as condutas causadoras das lesões podem ser consideradas atípicas, uma vez que têm por objetivo a melhora dos bens jurídicos envolvidos.

Do mesmo modo, a intervenção realizada, de acordo com a *Lex Artis* e com o prévio consentimento do paciente, é atípica, mesmo se dela decorrer lesão para o paciente. Nesse contexto, a conduta do médico, ao informar o paciente, é de fundamental importância. O consentimento do paciente para o ato médico deve ser baseado em dados seguros, fornecidos pelo profissional e equipe, incluindo detalhes do procedimento a ser realizado, sua justificativa, as condutas médicas alternativas, consequências da intervenção e eventuais complicações, bem como a probabilidade de sucesso e os riscos envolvidos, pois são estas as

informações que formarão o conteúdo do consentimento (GARCIA, 1997, p. 544).

O consentimento para a realização do ato médico é uma forma de comunicação entre médico e paciente, que só será transmitida de forma ética se as informações estiverem situadas no mundo real comum entre as duas partes. Esse horizonte comum de referência deve ser buscado pelo médico, que tem o dever jurídico de informar ao paciente do procedimento, para que este possa consentir de forma adequada e válida. Aqui, deve-se lembrar que, em uma relação terapêutica, pode haver informações psicologicamente danosas ao paciente. Dessa forma, em cada caso, o dever de informação do médico pode ter extensão diferente e abranger pessoas além do doente, incluindo os familiares.

As expectativas que surgem por parte do paciente, no agir comunicativo do consentimento para o ato médico, podem ter consequências terapêuticas e éticas. Entre as consequências terapêuticas, é necessário atentar-se que previsões irrealistas, excessivamente positivas ou negativas, podem comprometer o sucesso do procedimento, por gerarem expectativas que podem não se concretizar. Já no que se refere às consequências éticas, deve-se estar atento às informações imprecisas, que podem induzir o paciente a erro na decisão, comprometendo a correção do ato comunicativo entre médico e paciente (HABERMAS, 2003, p. 370).

É também importante que esse consentimento seja específico para o médico ou para a equipe envolvida no procedimento. É claro que, se o paciente procurou um afamado cirurgião para operá-lo e acabou sendo atendido por um assistente ou médico estagiário, o consentimento previamente realizado deve explicitar essa possibilidade, sob pena de ser inválido (GARCIA, 1997, p. 544).

Contudo, ressalta-se que o consentimento informado do paciente será válido e conduzirá à atipicidade da conduta médica somente dentro dos limites da disponibilidade do bem jurídico e da *Lex Artis*

médica. Ora, não se pode juridicamente dispor da vida, que, portanto, não pode ser abrangida pelo consentimento. Do mesmo modo, mesmo com o consentimento para o ato médico, não pode o profissional deixar de observar o dever de cuidado que as normas técnicas exigem no caso, sob pena de criar um risco não permitido no procedimento, que pode se materializar em dano.

A informação, que faz parte do consentimento, também tem participação terapêutica não só quanto às expectativas de cura, mas também ao fazer parte da *Lex Artis* médica. A forma de uso dos medicamentos, as recomendações quanto ao modo de vida do paciente e quanto aos procedimentos diagnósticos e cirúrgicos a serem realizados são fundamentais para o sucesso do procedimento médico. É a chamada informação terapêutica e, na sua ausência, além do consentimento poder ser inválido, o médico arrisca a eficiência de seu ato, podendo tal conduta caracterizar negligência profissional.

Convém ressaltar que, em situações médicas de urgência, muitas vezes o paciente não estará consciente para expressar o consentimento. Se a intervenção médica se impõe como forma de preservar a vida, o consentimento pode ser presumido e, neste caso, justifica a ação por representar um risco permitido de lesão à autodeterminação do indivíduo, partindo da suposição de que a preservação da vida e da saúde é prioritária em relação a qualquer outro bem jurídico.

Em suma, o risco existente no ato médico realizado dentro da *Lex Artis* e com o prévio consentimento do paciente, por meio do agir comunicativo ético, é considerado permitido, não havendo possibilidade de imputação de danos ocorridos ao profissional.

Finalmente, uma última questão precisa aqui ser apresentada, e se liga à ideia de que é preciso definir se a responsabilidade médica é de meio, ou é de fim. Uma pista para a solução dessa dúvida está no contrato de prestação de serviços, que define o tratamento médico como obrigação de meio e não de resultado. Assim, é possível inferir que o

profissional assume o compromisso de uso dos meios cientificamente considerados corretos para o tratamento de saúde que irá realizar em seu paciente. Não promete resultados, apenas os vislumbra como prováveis, possíveis, ou mesmo improváveis de ocorrerem.

A culpa, *stricto sensu,* que torna o erro médico um delito, deve ser percebida no momento da ação, ou seja, no transcorrer do tratamento, quando da utilização dos meios aplicados para a restauração da saúde do paciente.

Se o médico agiu com os devidos cuidados, usando dos meios corretos no tratamento que aplica ao paciente e, ainda assim, advier um resultado lesivo a este, não terá aquele cometido crime nenhum, pois não terá existido incremento de risco proibido.

6.2 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NAS CONDUTAS DOLOSAS NO ATO MÉDICO

A concretização dos limites do risco permitido, nos casos de dolo, é constatada pela violação de uma norma jurídica, voluntária e conscientemente. Assim, tendo sido violada uma norma jurídica dolosamente, o risco criado que se materializou ou não em lesão ao bem jurídico não é permitido, e a imputação ao tipo objetivo da norma penal pode ser realizada.

É importante ressaltar que a imputação dolosa pode ser estabelecida pela fraude às expectativas geradas pela posição de garantidor que o médico ostenta na sociedade. Por exemplo, realizar a assepsia pessoal antes de uma cirurgia é parte da atuação profissional do médico e a sua não realização causa um risco ao paciente. Quem causa riscos na esfera de vida de outrem deve realizar os procedimentos necessários para evitar o surgimento de danos. Se voluntariamente o cirurgião não realizou a assepsia antes de uma cirurgia e não procedeu à correção de seu ato, assumiu a responsabilidade por uma possível infecção surgida. Aqui,

revela-se a ideia de Jakobs de que o dolo tem uma força de imputação maior do que a negligência por ser uma defraudação mais evidente do papel de garante por ações que cabem a certos indivíduos na sociedade (JAKOBS, 1998, p. 26).

Ademais, no caso em tela, embora exista o componente volitivo do dolo de lesão corporal, a ação não realizou o seu elemento cognitivo, pois se situou dentro do risco permitido. A lesão ocorrida foi fruto do infortúnio ou acaso e, portanto, não há conduta penalmente relevante. Ressalta-se, contudo, que, se a conduta adotada pelo médico tiver sido escolhida dentre várias alternativas por ser a mais propensa a gerar complicações e causar lesões, o julgamento poderá ser diferente, uma vez que teria havido um incremento do risco que, sem justificativa técnica, acarretaria a imputação do resultado lesivo. A imputação, nesse caso, seria a título de negligência, já que a escolha proposital de uma técnica mais arriscada caracteriza culpa e não dolo.

Outra situação puramente teórica e de difícil comprovação prática é a do médico cirurgião com habilidades superiores à média, que em determinado caso, não as utiliza voluntariamente, mantendo-se nos padrões técnicos mínimos exigidos, com a finalidade precípua de causar uma lesão ao paciente. Esta conduta é considerada, por parte da doutrina, como manifestação do dolo direto e, portanto, causadora de lesão dolosa, na forma consumada ou tentada.

Deve-se admitir que a concretização do risco permitido possui uma importância menor nos tipos dolosos. A provocação ou pelo menos a tentativa de provocação do resultado de forma voluntária, manifestando uma decisão contrária ao direito, constitui a natureza de tipo subjetivo desses delitos. No entanto, a conexão entre o risco gerado pela conduta e o resultado refina o nexo causal entre a conduta do agente e a lesão, permitindo, pela utilização dos critérios da imputação objetiva, uma imputação mais precisa ao tipo objetivo da norma incriminadora.

A frequência de erros médicos dolosos é extremamente baixa, de forma que a sua imensa maioria é do tipo negligente, cuja concretização dos limites do risco permitido será analisada a seguir.

6.3 A CONCRETIZAÇÃO DOS LIMITES DO RISCO PROIBIDO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NAS CONDUTAS NEGLIGENTES NO ATO MÉDICO

De início, convém ressaltar que, quando se fala em risco permitido, não se busca uma justificação para a conduta típica, mesmo porque o comportamento que gera o risco permitido, uma vez aceito de modo natural pela sociedade, sem estar inscrito em um contexto especial, não configura tipo algum. Essa solução é mais facilmente imposta no âmbito do delito culposo, segundo o qual não se pode esperar, como de fato não se espera, que se evite qualquer comportamento que possa gerar efeitos lesivos, mas somente que se evitem atitudes que infringem determinado dever de cuidado.

Pois bem, a concretização do risco proibido é de grande importância para a determinação do injusto dos delitos negligentes. A doutrina dominante descreve a negligência como a provocação de um dano por meio de conduta não planejada para produzi-lo. O resultado ocorre, pois o agente não atuou de forma a evitá-lo, tendo desrespeitado a norma de cuidado esperada naquelas circunstâncias. Há, ainda, outros componentes do injusto negligente situados no tipo, como a previsibilidade e a evitabilidade do dano por parte do agente e o próprio resultado.

Conforme mencionado, a relação entre a falta de cuidado e risco proibido é questão bastante controvertida. Roxin considera desnecessária a definição da falta de cuidado na conduta, preferindo a análise do risco proibido, pois a norma de cuidado tem como razão de ser o risco permitido, já que esta não deve aumentar o risco geral de vida, nem criar novos perigos. Outro argumento é que o critério de cuidado devido

conduz à falsa ideia de que o delito negligente é um delito de omissão, quando, na verdade, esses delitos são de ação geradora de riscos proibidos (ROXIN, 1997, p. 636).

Aqui, adotar-se-á a descrição das ações negligentes pelo critério do risco permitido, já que a atividade médica contemporânea não pode ser compreendida sem que se considerem os riscos envolvidos em sua prática. Afinal, o médico tem de avaliar as suas atitudes profissionais sob o ponto de vista dos riscos, considerando as singularidades dos bens jurídicos e o papel por ele desempenhado no contexto social[8].

As normas jurídicas constituem o limite inicial do risco permitido, determinam a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos e, indiretamente, indicam os riscos socialmente toleráveis que eles podem sofrer, sendo a sua violação apenas um indício de ultrapassagem dos limites do risco permitido.

[8] Somente como advertência, o que se está a analisar aqui são os atos que podem ser considerados erros médicos inescusáveis. Há, também, um erro escusável, ou profissional, oriundo da imperfeição que está presente, de forma natural, na medicina (RAMOS, 1987, p. 419).
Existirão situações em que o médico, mesmo respeitando todas as normas técnicas atinentes a um dado tratamento, estará suscetível a erros, não por falha sua, mas por uma restrição natural da medicina. Será um erro escusável, ou profissional (RAMOS, 1987, p. 419).
Conforme destaca Ramos (1987, p. 419), existem alguns critérios para se aferir o rótulo de erro escusável a um determinado procedimento médico, retirando a responsabilidade penal ao médico que realizou o tratamento: 1 – Quando o paciente, e não o médico, tenha causado o resultado, por sua má conduta; 2 - Quando não tenha havido negligência nem imprudência do médico; 3 - Quando o mau resultado tenha origem em erro de diagnóstico possível dentro de um ponto de vista estatístico. Ainda, nesse particular, que nesse diagnóstico tenham sido utilizados os meios habitualmente empregados na feitura do mesmo; 4 - Quando se tenha realizado o tratamento habitual, ante a constatação do diagnóstico acima; 5 - Quando estejam dentro das expectativas médicas a evolução do tratamento do paciente.

As normas técnicas estão mais diretamente relacionadas à criação de riscos na atividade médica. É evidente que as normas de *Lex Artis* médica incluem o controle do risco de cada procedimento e, se o médico atua dentro dos padrões, é quase certo que não criará riscos proibidos. Entretanto, dúvidas podem surgir na determinação dessas normas técnicas, já que as normas de conduta no campo médico não gozam de unanimidade em relação aos profissionais da área.

Esse problema tem sido combatido por alguns órgãos nacionais e estrangeiros da classe médica, por meio da elaboração de códigos de procedimentos padrão para cada situação clínica, na busca de uma uniformização mínima de condutas entre os médicos. No Brasil, por iniciativa do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Associação Médica Brasileira (AMB), foi iniciado o "Projeto Diretrizes" (2017), cujo objetivo é a uniformização das condutas mais indicadas em diversas situações clínicas diárias, por meio da elaboração de protocolos médicos. Cada associação de especialidades médicas, por sua vez, tem promovido a elaboração de consensos sobre diversos temas por certos grupos de médicos, a fim de orientar os demais especialistas.

Nesse contexto, outro fator a ser analisado é o objetivo da norma técnica violada, pois se a norma técnica não cumprida não tinha por objetivo evitar a complicação ocorrida, o resultado não pode ser atribuído ao agente. Por exemplo, se os princípios da assepsia cirúrgica não foram seguidos pelo cirurgião e ocorreu uma hemorragia durante o procedimento, esse resultado não pode ser atribuído à falta de assepsia, já que esta não tem por finalidade evitar hemorragias, mas sim infecções.

Por outro lado, se a norma técnica foi intencionalmente violada para evitar lesão maior, por exemplo, se a assepsia acima referida não foi realizada porque não havia tempo a perder para iniciar o procedimento, o

risco criado pode ser considerado permitido, mesmo ocorrendo infecção posterior em decorrência de sua falta.[9]

O Código de Ética Médica também inclui normas de comportamento que podem estabelecer limites ao risco permitido no ato médico. Ao prescrever a obrigatoriedade de informação adequada aos pacientes, ao recomendar a constante atualização técnica do profissional e ao determinar a proibição de práticas danosas ao interesse do paciente, o Código de Ética Médica também estabelece o risco tolerado no ato médico (GARCIA, 1997, p. 555).

Deve-se ressaltar, contudo, que tanto as normas técnicas da *Lex Artis* como as normas éticas profissionais não vinculam seus destinatários da mesma forma que normas jurídicas, sendo certo que a própria jurisprudência reconhece a relatividade daquelas na determinação da violação do dever de cuidado. As normas técnicas apresentam apenas princípios orientadores na determinação da concretização do risco, sendo possível provar que a sua violação não provocou um risco proibido para a conduta profissional. A adequação do comportamento médico às normas técnicas pode, em alguns casos, ser geradora de um risco não permitido, da mesma forma que a ausência de cumprimento destas pode não o gerar (TAVARES, 2003, p. 173).

O que parece mais adequado é situar a expectativa de cumprimento do dever de cada agente, de acordo com um padrão de comportamento considerado modelo para a atividade. Porém, em áreas com padrões de condutas regulamentados, como a Medicina, esse modelo deve ser utilizado com ressalvas. A atuação do profissional padrão pode ser substituída pelo desempenho mínimo dele esperado na realização do procedimento regulamentado.

[9]Trata-se, pela Teoria da Imputação Objetiva, de ausência da imputação da ação ao tipo objetivo de lesões corporais.

Se apenas alguns profissionais com treinamento excepcional poderiam ter evitado a criação de riscos naquela situação, não se pode exigir dos demais o mesmo comportamento. Por exemplo, se apenas um especialista em doenças de determinada região do país ou do mundo, teria feito o diagnóstico de doença mortal a tempo, nenhum clínico geral pode ter sua conduta considerada causadora de um risco não permitido por não ter feito o diagnóstico correto naquela situação.

Mas, em nome da proteção da sociedade, um padrão objetivo mínimo de desempenho deve ser adotado. Quem realiza certo procedimento deve ter capacidade de fazê-lo suficientemente bem para que os bens jurídicos, sob risco de lesão, tenham a menor chance possível de serem lesados. Os próprios profissionais da área devem, em cada ato médico, poder determinar o mínimo de destreza exigido para que um de seus pares possa atuar responsavelmente.

Nesse passo, deve-se lembrar que a impresividibilidade dos efeitos colaterais, a curto e médio prazo, cria dificuldades no estabelecimento do risco permitido na prática médica. O profissional depende de informações sobre os novos medicamentos e técnicas terapêuticas, que, além de serem de difícil acesso, são imparciais e incompletas. Aqui, o princípio da confiança deve ser utilizado na análise da conduta adotada pelo profissional, isto é, não é esperado que o médico realize, por si só, todos os testes e observações sobre os procedimentos a serem realizados, mas sim que confie nos resultados obtidos pelos responsáveis pela análise e aprovação de tais tratamentos.

Finalmente, na concretização do risco proibido, deve-se levar em conta a ponderação entre utilidade e risco. No caso de tratamento de doenças graves, são socialmente admitidos riscos maiores do que os aceitos para intervenções estéticas, assim como quanto maior a urgência, maior a tolerância do risco criado pela intervenção médica. Nesse sentido, Jakobs destaca a impossibilidade de avaliações quantitativas acerca dos riscos envolvidos em cada atividade. Não há critério de

avaliação generalizável: não é possível quantificar de forma absoluta o risco de uma vida humana diante do benefício de determinado tratamento. Daí decorre a necessidade de cautela na avaliação de custos e benefícios na área do risco permitido (JAKOBS, 1998, p. 47).

7 CONCLUSÃO

No estudo das lesões causadas pelos atos médicos, é importante identificar duas modalidades de erro: a falha técnica e o erro médico criminoso.

Exemplo de falha técnica seria a constatação de choque anestésico por reação à droga utilizada, de complicação cirúrgica relacionada à técnica que não foi eficaz, de erro diagnóstico que provocou atraso no tratamento. A falha técnica não caracteriza por si só a criação do risco não permitido, pois é possível que a maioria dos profissionais adote a mesma conduta naquela circunstância para aquele paciente. É possível, também, que qualquer conduta resulte em iatrogenia. Por isso, a falha técnica é apenas um indício de criação do risco não permitido.

O segundo conceito é o erro médico criminoso. Já foi mencionado que a criação do risco não permitido é vista pela jurisprudência como uma violação de dever de cuidado devido no procedimento que originou a lesão. Vale ressaltar que é fundamental demonstrar o nexo causal entre a ação do médico e a lesão criadora de um risco proibido. A maioria das absolvições em ações penais, por erro médico, tem por base a não demonstração do nexo causal de maneira inequívoca pelos peritos consultados.

Após a demonstração do nexo causal entre a conduta e a lesão, é preciso demonstrar que a conduta do médico superou o risco permitido, de forma que a caracterização final do delito dependerá da existência ou não de circunstâncias justificadoras ou da culpabilidade do agente no caso concreto.

O erro médico é um atentado contra bens jurídicos de indisputada dignidade penal, vida, saúde e integridade física, e, embora a legislação penal contenha dispositivos que reprimem condutas que tendem a causá-lo, é consenso jurisprudencial que somente os erros médicos decorrentes de negligência grave ou grosseira devem ser reprimidos em sede penal.

É fato que a composição de natureza civil dos danos parece atender de forma mais satisfatória às demandas das vítimas. Nesse viés, questiona-se se um aumento da aplicação de sanções penais poderia, de forma mais eficiente, inibir as condutas médicas causadoras de lesão. A resposta a essa pergunta só pode ser negativa. Em primeiro lugar, porque a natureza da atividade médica exige uma série de normas regulamentares administrativas para o seu exercício. O profissional deve estar inscrito no conselho especializado, ser especialista reconhecido pela entidade de sua área e se submeter à avaliação periódica para manter o seu título de especialista. Ademais, as condutas médicas estão cada vez mais padronizadas pelas entidades de classe, reduzindo a margem de incerteza diagnóstica e de variação na execução das técnicas terapêuticas. As instâncias administrativas, que são reguladas pelos próprios profissionais, por meio da atuação das sociedades especializadas, têm real eficiência preventiva na área médica. A pena de cassação da licença profissional pela instância administrativa, que pode ser de caráter provisório ou definitivo, é plenamente eficaz na defesa da sociedade contra os atos imperitos e negligentes dos profissionais mal preparados.

O afastamento do médico do exercício profissional como sanção administrativa é um fator dissuasório importantíssimo para o erro médico.

Em contraponto, recorde-se que, para os delitos culposos de qualquer natureza, o Código Penal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. Entre estas, está a proibição de exercer a profissão pelo tempo da pena. Os

requisitos para essa substituição são a natureza regulamentar da atividade, que deve depender de autorização oficial para o seu exercício; a ofensa deve ser de natureza culposa e cometida no exercício da profissão; e a ofensa deve ter sido cometida por violação de norma inerente à atividade. Todos esses requisitos são preenchidos pelos delitos decorrentes de erro médico. Ao contrário das sanções disciplinares administrativas, contudo, não é possível cassar a autorização para o exercício da profissão médica de forma definitiva, pois o tempo da interdição corresponde ao da pena imposta.

Saliente-se, ainda, que o número de processos civis por danos causados por erro médico é bem maior que os processos penais, pois a perda da função de um membro ou órgão ou mesmo os danos materiais e morais decorrentes das lesões podem ser reparados de forma mais eficaz por meio da composição financeira. Inclusive, corrobora esse dado o fato de que em países em que a reparação penal importa em uma composição financeira mais rápida do dano, como a Espanha, o número de ações por erro médico excede em muito a de ações civis de mesma causa.

A utilização do Direito Penal para combater erros em uma área tão arriscada, mas, ao mesmo tempo, tão necessária como a Medicina, pode, ainda, causar o desestímulo das condutas que a sociedade precisa que os profissionais assumam em casos mais graves. No caso de a responsabilidade do médico ser banalizada, pode ser que os profissionais venham a evitar a prática de procedimentos arriscados e, até mesmo, evitar o exercício de certas atividades em que os riscos são mais frequentes.

Assim, as mais eficazes vias para o controle social do erro médico são as vias administrativa e civil, porque possuem força dissuasória adequada para inibir os erros e também por permitirem uma reparação mais satisfatória às vítimas. Por outro lado, a regulação e controle estritos dos procedimentos e atuação dos profissionais pelos Conselhos de Medicina e pelas Associações de Especialistas podem

salvaguardar os pacientes, evitando o surgimento de lesões, por meio da prevenção das condutas geradoras de riscos não permitidos.

Quanto ao nexo causal entre a conduta médica e o dano causado no erro médico, pode-se dizer que a *teoria da imputação objetiva* do resultado é a que melhor se adapta à imputação do dano ocorrido à conduta profissional. A perfeita utilização do conceito de risco permitido, que é a principal característica daquela teoria, a torna uma valiosa ferramenta conceitual, tanto para o planejamento do profissional acerca da melhor conduta a ser assumida, como para que o julgador impute o eventual dano à conduta do médico de forma mais justa.

Conclui-se, portanto, que a imputação objetiva gera diversas consequências, que importam em uma verdadeira revolução no Direito Penal, especialmente no terreno da tipicidade. Sua principal inovação é, sem dúvida, o incremento da teoria do risco.

Esta teoria encontra um cenário propício nos casos de profissionais médicos, pois, conforme foi mencionado, a atividade desenvolvida por este profissional está intimamente ligada à ideia de risco, já que o organismo humano é imprevisível.

Aplicando-se *a teoria da imputação objetiva* ao profissional médico, a ação será considerada atípica, por se encontrar, em regra, amparada pelo risco permitido; eventualmente, poderá ser típica quando se tratar de uma conduta que criou ao bem jurídico um risco juridicamente desaprovado e relevante.

Torna-se, portanto, evidente que a atividade realizada, dentro do risco permitido, não exclui a imputação de uma eventual lesão, já que só estará justificada caso seja impossível ao agente evitá-la, caracterizando, assim, a inexigibilidade de conduta diversa. A geração de um risco não permitido, por outro lado, não determina, por si só, a responsabilidade do médico por um possível dano causado, devendo, ainda, ser analisadas a licitude da conduta e a culpabilidade do agente na situação concreta.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

CHEHUEN NETO, J. A. et al. Erro médico: a perspectiva de estudantes de medicina e direito. **Revista Brasileira de Educação Médica,** v. 35, n. 1, p. 5-12, 2011. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbem/v35n1/a02v35n1. Acesso em: 11 nov. 2019.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal:** sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GARCIA, Armando A. Barreda. El consentimento del paciente. **Cuadernos de política criminal,** Madrid, n. 62, 1997.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Taurus: Madrid, 2003.

_____. **Derecho penal, fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Derecho penal, fundamentos y teoria de la imputación**. 2 ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **La imputación objetiva em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MALAMUD, Jaime Goti. **El riesgo permitido em el derecho penal, v. 1.** Buenos Aires: [s.n], , 1978.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro,** v. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PROJETO Diretrizes. Associação Médica Brasileira (AMB). e, Conselho Federal de Medicina (CFM). Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/diretrizes/100_diretrizes/Texto_Introdutorio.pdf. Acesso em: 30 out. 2017.

RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. Erro médico: aspectos Jurídico e Médico-Legal. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 624, p. 415-419, 1987.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal, v. 1:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência:** uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

WELZEL, Hans. **O novo Sistema Jurídico-Penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Correspondência | Correspondence:

Luciano Santos Lopes
Rua Senador Milton Campos, 202, Vila da Serra, CEP 34.006-050.
Nova Lima, MG, Brasil.
Fone: (31) 3289-1900.
Email: luciano@mcampos.br

Recebido: 4/12/2017.
Aprovado: 5/8/2019.

Nota referencial:

Lopes, Luciano Santos; Ávila, Tatiana Antunes. Erro médico e risco proibido. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 21, n. 3, p. 231-262, set./dez. 2019. Quadrimestral.