

# CULPABILIDADE DO MÉDICO E A LEX ARTIS

**GILBERTO BAUMANN DE LIMA**

Advogado

Londrina - Estado do Paraná

*1. CULPABILIDADE DO MÉDICO. 1.1. Considerações Gerais - 1.2. Da Culpabilidade - 1.3. Reprovabilidade e Disposição Interna - 1.4. Disposição Interna e Possibilidade de outra conduta - 1.5. Disposição Interna e possibilidade de motivação da norma - 1.6. Disposição Interna e Possibilidade exigível de motivação da norma e âmbito de determinação - 1.7. Exigibilidade de motivação na norma e âmbito de determinação - 2. LEX ARTIS - 2.1. Considerações Gerais - 2.2. Conceito - A) Profissional de Medicina - B) Paciente - C) Ciência - 3. CONCLUSÕES.*

## 1 - CULPABILIDADE DO MÉDICO

### *1.1. Considerações Gerais*

Tormentosa é a posição do Direito Penal e do Direito Processual Penal frente à apuração da culpa do profissional de medicina na ocorrência de conduta aparentemente criminosa.

As dificuldades são de monta. Do corporativismo à precariedade na coleta da prova, das limitações do Sistema Judiciário vigente, à técnica reconhecida de campo profissional tão especial.

Inobstante, embora não haja dados estatísticos disponíveis, observa-se pelos compêndios, um significativo aumento no número de julgados de lavra dos nossos Pretórios, documentando a crescente busca do Judiciário para apurar práticas tidas como criminosas.

A realidade objetiva, na lida da Advocacia e do estudo do Direito, mostra que profissionais militantes na área de saúde têm sido processados e condenados criminalmente.

É sobremaneira delicado atribuir-se *culpa* a alguém por uma conduta penalmente típica, antijurídica e culpável, sem um profundo exame da realidade insita no caso determinado e, em especial, no campo das profissões ligadas direta ou indiretamente à saúde.

Por outro lado, não podemos perder de vista que, como ensina Carnelutti <sup>(1)</sup> - *O Direito é o taipal de apoio, andaime do Estado. O Direito é aquilo de que o povo necessita para alcançar sua firmeza.*

Vale dizer, o Direito aí está para apoiar as mais significativas conquistas da humanidade ao longo dos séculos, o que nos conduz à certeza de que a ele não escapa qualquer segmento da nossa sociedade, estando contemplado o *homem*, pouco importando ser ele paciente, médico, enfermeiro, fisioterapeuta, cirurgião-dentista ou farmacêutico. Daí a previsão constitucional de que *todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza* <sup>(2)</sup>.

Outra colocação que se impõe é a do reconhecimento da licitude do exercício da profissão legalmente prevista; como no caso da medicina, enfermagem, odontologia, etc., decorrendo daí, em princípio, a conclusão de que, desde que se evidencie o exercício *regular* de um direito, descabível cogitar de conduta criminosa. Tal questão se amplia quando analisarmos a *Lex Artis*.

## 1.2. Da Culpabilidade

Não trataremos, nesta oportunidade, da tipicidade ou da antijuricidade; repousaremos nossa atenção, tão somente, no instituto da culpabilidade eis que, segundo Zaffaroni, é o *conceito mais debatido na teoria do delito* <sup>(3)</sup>.

Ensina Aníbal Bruno - *não há pena sem culpabilidade, princípio que é hoje imperiosa exigência da consciência jurídica* <sup>(4)</sup>, e mais - *O Direito Penal de hoje é conceitualmente um Direito Penal da culpabilidade* <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> CARNELUTTI, Francisco - Arte do Direito, Ed. Livraria Progresso Editora, 1957, p. 15;

<sup>(2)</sup> Artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil - Todos são iguais perante a Lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade...;

<sup>(3)</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul - Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, 5ª ed., 1986, p. 511;

<sup>(4)</sup> Direito Penal. Parte Geral, Tomo II, Ed. Forense, 3ª ed., 1967, p. 23;

<sup>(5)</sup> Ob. Cit., p. 24;

Ponderável é reconhecer-se a grande evolução sofrida pelo Instituto da *culpabilidade* que passou, necessariamente, pelas teorias Psicológica, Complexa e Normativa.

Nosso interesse, nesse escrito bastante sintético é considerar a conduta dos profissionais de saúde, e mais especificamente do médico, à luz do conceito moderno de culpabilidade. Uma *culpabilidade* que não resida no *tipo* ou na *antijuridicidade*, mas sim, no comportamento do agente.

Pierangelli, citando Zaffaroni, nomeia os elementos da culpabilidade como sendo - *Reprovabilidade, disposição interna contrária à norma, possibilidade de realizar outra conduta, possibilidade e motivação da norma, exigibilidade e âmbito de determinação* <sup>(6)</sup>.

### *1.3 - Reprovabilidade e Disposição Interna*

É nosso consagrado Pierangelli quem explica da importância do *estado* anímico revelado pelo agente residir na *valoração da atitude anterior* <sup>(7)</sup>.

Ora, anteriormente a uma ação (comissiva ou omissiva) do facultativo, tida como típica e antijurídica, haverá de se valorar todo um conjunto de fatores que se ligam à sua conduta profissional.

Na abstração dessa valoração crítica, ou seja, da possibilidade interna de reprovação da mesma conduta não sobrevive viável a constatação da *culpabilidade* e, *ipso facto*, não ocorrerá a conduta delituosa.

Decorre dessas considerações primeiras, o reconhecimento de que a conduta profissional do médico não pode ser tida apenas no seu momento externo. Apoiá essa colocação o magistério de Paulo José da Costa Júnior, quando ensina: *Conduta não é apenas um fato físico, como também não se resume num fato psíquico. Todo comportamento é simultaneamente físico e psíquico* <sup>(8)</sup>.

Tanto no âmbito da Teoria Psicológica como na Teoria Normativa (da Culpabilidade), o aspecto subjetivo da conduta é respeitado <sup>(9)</sup>.

Nessa direção é a lição de Claus Roxin, quando conclui: *Os meros processos causais em que se faz a abstração do agente e do seu modo específico de conduta são produtos analíticos artificiais, que não existem*

<sup>(6)</sup> PIERANGELLI, José Henrique - O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 61;

<sup>(7)</sup> Ob. Cit., p. 61;

<sup>(8)</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da - Comentários ao Código Penal, Vol. 1, Ed. Saraiva, 1986, p. 31;

<sup>(9)</sup> MAGGIORI, Giuseppe - Derecho Penal, Vol. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1971, ps. 453 a 457;

*na vida real e que por isso, apenas possuem um valor cognoscitivo muito limitado para a imputação jurídico-penal* <sup>(10)</sup>.

O que se busca, de início, é demonstrar, independentemente da Escola Penal considerada, do relevo da apreciação do enfoque pessoal interno-externo da conduta do médico, antes de ser intentada ou excluída sua classificação como dolosa ou culposa em atendimento ao que dispõe o artigo 18, incisos e parágrafo, do Código Penal Brasileiro vigente <sup>(11)</sup>.

Em se tratando de conduta do profissional de medicina que vem a ocasionar dano à saúde do paciente, morte ou perigo, a reprovabilidade inerente do agente não se situa apenas nos limites compreendidos por parâmetros pessoais, mas sim por balizamentos estabelecidos em sua *Lex Artis*.

#### ***1.4 - Disposição Interna e Possibilidade de outra conduta***

A disposição interna não é uma disposição qualquer, distante de verificação ou, simplesmente, de foro íntimo e secreto, não se exaurindo na chamada - *consciência do injusto* <sup>(12)</sup>.

Nada representa de útil ao Direito, a disposição interna de cometimento do injusto se, inexistente outra conduta alternativa. Essa disposição interna é relevante desde que se apresente ao agente - diferente opção de atuação.

O médico que atua de maneira ilícita necessita ter a possibilidade lícita de agir. Qual seria essa possibilidade?

Pierangelli responde à presente questão de maneira esclarecedora - *Essa possibilidade de atuar de outra maneira deve ser entendida como uma possibilidade exigível e jamais como uma possibilidade física de assim proceder* <sup>(13)</sup>.

Para melhor compreensão do que é exigível no procedimento do profissional de medicina, há de se conhecer sua *Lex Artis* - do contrário, poderemos incorrer em deslizes, pois, a expectativa do Direito com relação ao comportamento de um leigo, frente a uma situação comum deve ser distinta do que se aguarda do profissional específico, à luz de uma situação especial.

<sup>(10)</sup> ROXIN, Claus - Problemas Fundamentais de Direito Penal, Ed. Vega, Lisboa, 1986, p. 101;

<sup>(11)</sup> Artigo 18. Diz-se o crime: Crime Doloso - I - doloso, quando a agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime Culposo - II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo Único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente;

<sup>(12)</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul - Ob. Cit., p. 526;

<sup>(13)</sup> Ob. cit., p. 61,

Conveniente se mostra lembrarmos, por exemplo, do artigo 13, § 2º, “a”, do Código Penal vigente, estabelecendo que - *A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incube a quem: ... - tenha lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.*

Resta claro a expectativa, em relação ao médico, de que aja com cuidado, protegendo e vigiando o paciente, assim, estará excluída a ilicitude, identificando-se o exercício *regular* de um direito, conforme letra do inciso III, art. 23, do Código Penal.

Inobstante, o direito do médico atuar não é ilimitado e seus contornos são bem postos por Adelmo Manna, quando consagra: *Dalla intrinseca rischiosità della professione, emergerebbe pero l'esigenza de porvi alcuni limiti, quali ul consenso del paziente, non intenso piú in funzione scriminante, bensi come requisito e presupposto di legittimitá dell'atto medicom,...* <sup>(14)</sup>.

O limite mais geral da atuação do médico, juridicamente considerado pode ser tido como o - Direito de Curar e, nesse âmbito é que se assenta toda a intervenção do profissional de saúde.

Dessa maneira, como decorrência do que foi exposto e mais, do bem jurídico protegido (a vida) - *La décision médicale un choix, celui de l'attitude thérapeutique la plus appropriée à l'état du patient* <sup>(15)</sup>.

### **1.5 - Disposição Interna e possibilidade de motivação da norma**

Pierangelli, assim define essa questão: *A possibilidade de um atuar de maneira diversa começa a assumir relevância para a culpabilidade, quando ao autor foi possível motivar sua conduta na norma, ou seja, quando lhe foi possível não violar a norma* <sup>(16)</sup>.

As normas penais aí estão, com o conhecimento generalizado de todos; decorrência da sua legalidade intrínseca e extrínseca, dirigida a todos os cidadãos, não excluindo qualquer indivíduo que preencha seus requisitos condicionantes. Desse entendimento não estão afastados os profissionais de medicina.

<sup>(14)</sup> MANNA, Adelmo - Profili Penalistici Del Trattamento Médico-Chirurgico. Ed. Casa Editrice Dott A. Giuffrè, Milano, 1984, p. 57;

<sup>(15)</sup> HENNAU-HUBLET, Christiane - L'activité médicale et le droit pénal - Les délits d'attinte à la vie, l'intégrité physique et la santé de personnes, Ed. Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 17;

<sup>(16)</sup> Ob. cit., ps. 61/62;

Exemplificativamente, o artigo 26, *caput*, do Código Penal estatui que - *é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*. São os denominados inimputáveis.

Os inimputáveis não são nem podem ser responsabilizados penalmente por condutas delituosas, pois suas condições pessoais não o habilitam a responder pela prática do fato punível.

Os médicos são, ao revés, pessoas imputáveis, vale dizer, possuem o conjunto de condições pessoais que lhes permite entender a previsão típica, bem como, determinarem-se de acordo com esse entendimento.

Pode-se hipoteticamente, cogitar de estar o médico, no exercício de um direito e, portanto, seria caso de exclusão de ilicitude, conforme previsão expressa do art. 23, III, segunda parte, do Código Penal.

Porém, a letra da lei fala em exercício *regular* de direito, não apenas do exercício de um dado direito (direito de exercer *regularmente* a profissão médica).

Podemos entender, conseqüentemente, por exemplo, que todo tratamento médico-cirúrgico importa em lesão corporal, lesão essa que não é lícita desde que não abrangida *nos casos aconselhados pela arte médica*.<sup>(17)</sup>

A esse respeito, ensina Edgard Magalhães Noronha: *Diga-se o mesmo da intervenção médico-cirúrgica, em que também, ao lado do consentimento do paciente, há a regulamentação da cirurgia, cuja necessidade é irrecusável, incumbindo-se o Estado de regulá-la, fiscalizá-la, etc. de tudo isso se originando o exercício regular de quem o pratica* (18).

Ensina José Calvet de Magalhães - *podemos dizer que o fim da profissão médica consiste em “conservar e melhorar a saúde dos indivíduos”*<sup>(19)</sup>. Nese contexto é que se entende *regular* o exercício de medicar.

*Como se ha dicho el médico se obliga normalmente a prestar sus*

(17) HUNGRIA, Nelson - Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II, Ed. Forense, 5ª ed., 1978, ps. 310/311;

(18) NORONHA, Edgard Magalhães - Direito Penal, Introdução - Parte Geral, Ed. Saraiva, 5ª ed., 1968, p. 199;

(19) A Responsabilidade Penal do Médico - Ed. Saraiva & Editores, São Paulo, 1946, p. 45;

*cuidados al enfermo o, según la fórmula utilizada por la Corte de Casación francesa, a prestar sus cuidados conscientes, atentos y, reserva hecha de las circunstancias excepcionales, conforme a los conocimientos adquiridos por la ciencia* <sup>(20)</sup>.

Com respeito à *disposição do médico e a motivação da norma*, o que se busca é a possibilidade do profissionalismo de saúde escolher conduta de acordo com a norma, cuja mais geral expressão encontra apoio na frase de Calvet recém transcrita.

### ***1.6 - Disposição Interna e Possibilidade exigível de motivação da norma***

A Teoria Finalista conceitua a *culpabilidade - como um puro juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica, ainda quando podia fazê-lo* <sup>(21)</sup>.

Essa expressão - *quando podia fazê-lo* - não trata, no caso do médico, no exercício da sua profissão, de um poder geral ou difuso; ao revés, cuida de um poder exigível em relação a ele, enquanto profissional de saúde.

É noutras palavras, a colocação de Pierangelli - *reclama-se uma possibilidade exigível de motivação nela* <sup>(22)</sup>.

*A vontade, portanto, inclui não somente o fim último, mas os meios escolhidos e as conseqüências secundárias previstas como possíveis excluindo-se as não previstas como consectário do uso dos meios* <sup>(23)</sup>.

Essa colocação do professor Luisi nos dá condições de situar o médico frente à sua atuação e, particularmente, às opções que se abrem com o propósito de ser colimado o objetivo pretendido.

A escolha dos meios para obtenção do fim pretendido pelo facultativo são de sua alçada, havendo conseqüências previsíveis e as não previsíveis.

Sem dúvida, escapam ao Direito Penal os fenômenos imprevisíveis e, não necessariamente os imprevistos, pois há ocorrências que, embora não previstas por um dado profissional de medicina, eram perfeitamente previsíveis de acordo com a Lex Artis, aplicada à situação objetiva.

<sup>(20)</sup> LOPES, Joaquim Ataz - Los Médicos y la Responsabilidad Civil. Editorial Montecorvo, S.A., 1985, Madrid, p. 166;

<sup>(21)</sup> WELZEL H. - Derecho Penal - Derecho Penal Alemán - Trad. Chilena - J. B. Ramirez e S. Y. Perez, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 197;

<sup>(22)</sup> PIERANGELLI, José Henrique - Ob. cit., p. 62;

<sup>(23)</sup> LUISI, Luis - O Tipo Penal - A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal - Ed. Sérgio Antonio Fabris editor, 1987, p. 40;

Hoje, a rigor, a medicina se apresenta com feições diversas das que apresentava faz trinta ou quarenta anos atrás. Não apenas o relacionamento jurídico (contrato) entre médico e paciente se alterou; igualmente, houve profundas modificações com relação aos limites de conhecimento dos facultativos após a generalização das chamadas - **especialidades** - e do advento de novas conquistas científicas, novas técnicas, equipamentos, drogas, etc.

Em razão dessas significativas reformulações operadas no universo de médico-paciente, médico-ciência e médico-profissão, sem contar a evolução experimentada pela sociedade como um todo e a precariedade dos serviços públicos colocados à disposição dos indivíduos, de maneira geral, torna-se evidente que a *possibilidade exigível* em relação ao profissional de medicina assume contornos próprios e, portanto, sua *culpabilidade* merece uma consideração esmerada.

Igual conclusão se obtém no que toca à *motivação da norma*, pois tanto as normas legais tipificadoras criminais, quanto as normas de conduta profissional exibiram enormes alterações nas últimas décadas, assim, como sua interpretação.

### *1.7 - Exigibilidade de motivação na norma e âmbito de determinação*

Ensina Pierangelli - *A exigibilidade de outra conduta, ou, por outras palavras, a exigibilidade de motivação na norma, começa quando o agente teve um certo âmbito de autodeterminação* <sup>(24)</sup>.

O dimensionamento da *autodeterminação* do médico, no exercício do seu mister esbarra, é claro, em todas as questões levantadas no ítem anterior, somando-se, ainda, as limitações estabelecidas pelo Direito, na órbita pessoal (da pessoa do médico, do paciente e doutros profissionais de saúde).

Ao Direito tampouco são esquecidos os vícios da vontade decorrentes de inúmeros fatores, podendo levar ao impedimento da *autodeterminação* do médico de molde a refletir na manifestação da sua real vontade.

Abre-se, para o profissional de medicina, a discussão sobre as alternativas de que dispõe para aplicar no caso concreto.

Após exame e análise, poderemos então verificar os meios disponíveis

<sup>(24)</sup> PIERANGELLI, José Henrique - ob. cit., p. 62;

externos (informação do paciente, exames, equipamentos, existência ou não doutros profissionais de saúde auxiliares, local, etc.)

Novamente, alguma conclusão apenas poderá ser obtida através do conhecimento da *Lex Artis* médica. Saber se este ou aquele caminho se mostrou ou não ao profissional médico para que ele livremente escolha dentre eles para minorar o sofrimento ou o risco do paciente.

O tema é complexo. O leque de opções que se abre ao médico formado por uma sofisticada faculdade de medicina é significativamente maior do que se apresenta o facultativo diplomado por uma instituição modesta de ensino médio.

O acesso aos equipamentos e à literatura especializados também há de ser pesado.

Outra vez, aqui, necessitamos do apoio da *Lex Artis* que nos indicará se o profissional em questão tinha ou não condições de opção para escolher dentre este ou aquele caminho inibidor da ocorrência criminal.

Os raciocínios até este ponto colocados emergem da retomada de uma postura que se assenta nas bases da Teoria Finalista do Delito pois, salvo melhor juízo, parece atender de maneira mais precisa ao questionamento da culpabilidade em nossos dias.

Mesmo se fizermos um exame dos institutos como, por exemplo, o *erro, tipo, dolo* e a *culpa*, já se pode aferir da riqueza que a Teoria Finalista representa para a busca da verdade real, viabilizando meios acurados de apuração da reprovabilidade possível do agente.

Os elementos da culpabilidade extraídos de Welzer e citados por Juarez Tavares parecem de suma pertinência para os casos em que o agente seja médico e tenha: *a capacidade de culpabilidade (imputabilidade); a possibilidade da consciência do injusto; e a ausência de causa de exculpação, todos lastreados na exigibilidade de conduta adequada à norma* <sup>(25)</sup>.

Ou, como o mesmo nomeado jurista coloca - *O que marca de modo nítido a postura finalista na teoria do delito é a consideração de ação como atividade conscientemente dirigida a um objetivo. Ao contrário de tomar a ação como mero impulso causal, onde a vontade desempenharia apenas papel secundário no acontecimento, tal como foi concebido na teoria causal-naturalista, evidencia-se, aqui, a função decisiva dessa*

<sup>(25)</sup> TAVARES, Juarez - Teorias do Delito - Variações e Tendências. Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 80;

*vontade, de forma que a atividade deixa de ser mecânica para se tornar finalisticamente orientada* <sup>(26)</sup>.

Conseqüentemente, a conduta médica, igualmente, deixa de ser tida por meramente mecânica, para se configurar em expressão da vontade do agente dirigida a um determinado fim, considerada a *Lex Artis*.

Estaremos, dessa maneira, atentos aos dois momentos da ação finalista, como considera Liz Luisi - *o momento da intimidade do agente e o da realidade física* <sup>(27)</sup>.

## 2 - LEX ARTIS

### 2.1 - Considerações Gerais

A atividade profissional do médico tem características e contornos especiais e, portanto, a apuração do cometimento de delitos no decorrer do seu trabalho requer conhecimento técnico de todos aqueles que militam na verificação da existência do crime.

Esse conhecimento nos dá a possibilidade de alcançar, de maneira satisfatória, o objetivo final do processo penal qual seja, o da *verdade real*.

No caso do exercício de uma determinada profissão a *verdade real* se vincula de maneira estreita com a legalidade praticada tecnicamente, com definições que lhe são próprias, inaplicáveis a profissões de diferentes searas.

O Direito Criminal se aplica ao caso concreto, não ao caso em tese e, sendo a questão em foco matéria médica, há de se ter acesso ao que é tido e concebido como corretamente indicado pela reunião dos seus pilares mestres contidos na denominada - *Lex Artis*.

As conseqüências morais e profissionais que o processo criminal causa ao acusado, são de elevada monta. No caso do médico, suas cores tornam-se mais fortes, levando, não raro, ao fechamento da clínica, abandono da profissão ou à mudança do profissional para outra cidade onde não exista notícia do processo judicial sofrido.

Todo esse drama ocorre, independentemente de ser o médico julgado inocente ou culpado, portanto, todo esse desvelo jurídico possível deve ser aplicado em prol de um exame equilibrado de cada caso.

Todo esse drama ocorre, independentemente de ser o médico julgado

<sup>(26)</sup> TAVARES, Juarez - Direito Penal da Negligência, Ed. revista dos Tribunais, 1985, ps. 16 e 17;

<sup>(27)</sup> Ob. Cit., p. 40;

inocente ou culpado, portanto, todo esse desvelo jurídico possível deve ser aplicado em prol de um exame equilibrado de cada caso.

## 2.2 - Conceito

O conceito de *Lex Artis* concebido pelo ilustre Magistrado espanhol, Luis Martinez-Calcerrada vem em nosso socorro.

*... es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia e arte médica - que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y en su caso, de la influencia en otros factores endógenos - estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria - para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)*

(28).

Cumpre-nos, de pronto, observar que - de maneira geral - os juristas em seus compêndios admitem a existência e a elevada significação da *Lex Artis* aplicada às questões médicas, porém, raramente buscam desenvolver sistematicamente o tema de maneira a propiciar maior proveito ao Direito.

No mais das vezes, quando algo é dito sobre a *lex artis*, o que se transmite é apenas um referencial no sentido de reconhecer na atividade profissional médica, a existência de regras próprias.

O Professor Calcerrada, ao revés, trata o assunto com a atenção merecida. Se, de um lado pode-se dizer que seu conceito é demasiado extenso, por outro ângulo, por ser detalhado, nos permite precisar de maneira mais apurada, sua especificidade.

Antes de iniciarmos o exame do conceito enunciado, convém deixar claro que esta matéria não implica na tentativa de ser conhecida a ciência médica por profissionais estranhos à essa formação. Cuida-se, isto sim, de alimentar o mundo jurídico com as informações fundamentais sobre suas *leis* sob as quais gravitam as decisões e práticas médicas.

(28) CALCERRADA, Luis Martínez, Derecho Tecnológico, La Nueva Inseminación Artificial, Ed. Central de Artes Gráficas, S. A., Madrid, 1989, ps. 473/474;

Segundo o referido Magistrado Jurista, o objetivo da *Lex Artis* é: *Valorar a correção ou não do resultado de dita conduta, ou sua conformidade com a técnica normal requerida, ou seja, que essa atuação médica seja adequada ou se corresponda com a generalidade de condutas profissionais perante casos análogos* <sup>(29)</sup>.

A culpabilidade do médico não pode ser aferida, no mais das vezes, sem o acurado estudo sobre a correção da conduta escolhida e aplicada ao paciente.

Inobstante, não cabe aos profissionais do Direito (advogados, juízes, promotores de justiça, etc.), invadir seara alheia, concluindo, temerariamente, que o médico deveria se utilizar, por exemplo, desta técnica, ao invés daquela.

Entretanto, essa impossibilidade não inibe o Direito de apurar a presença ou ausência de culpa do médico no caso concreto, pois, do contrário, nenhum profissional, de qualquer área, jamais seria responsabilizado criminal ou civilmente.

O que resta claro é que a medicina possui procedimentos reconhecidamente seguros e corretos, compatíveis com ocorrências semelhantes, ou, no caso de novas situações, indicações das atitudes mais aconselháveis e essa realidade está aberta ao Direito.

### **a) Profissional de Medicina**

A conduta que se perscruta enfocada é a do ser humano capaz e responsável criminalmente, tendo colado grau em medicina, em Faculdade de Medicina legalmente reconhecida, no exercício de sua profissão.

A atuação do profissional de medicina deverá ser de conformidade com a *Lex Artis*, ou seja:

*Ya se ha visto que la jurisprudencia exige su concurrencia para que el acto sea legítimo, y pueda decirse que se ha hecho con la observancia del cuidado objetivamente debido; con la diligencia y pericia debidas. Por Lex Artis se entiende “la técnica correcta”, o “aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento”* <sup>(30)</sup>.

A exigência que se faz de que a conduta médica se dê em consonância ou, de acordo com a *pericia devida*, assume contornos nitidamente particulares nos casos das - especialidades. Sua atenção será tanto mais

<sup>(29)</sup> Ob. Cit., p. 474;

<sup>(30)</sup> CASABONA, Carlos Maria - La Actividad Curativa (Licitud y Responsabilidad Penal, Ed. Boch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, p. 71;

necessária, quanto maior sua especificidade.

Vivemos, *data maxima venia*, no que toca à medicina, um universo de especialidades, tornando raro encontrar-se por exemplo, atualmente o conhecido médico-clínico. Setorizou-se sobremaneira a profissão médica, não apenas no que diz respeito às partes do organismo humano, mas até no sentido da tecnologia aplicada.

Se, de um lado pode ser exigida uma conduta mais apurada no especialista, no campo da sua especialização, tal exigência há de ser abrandada ou até afastada em áreas estranhas a essa especificidade profissional.

Assim, não pode o Direito exigir que um cirurgião-geral atue eficazmente numa micro-cirurgia sofisticada; que um médico anestesista forneça a contento, um diagnóstico preciso, frente a uma patologia desconhecida ou, que um oftalmologista execute com reconhecida destreza, um parto anômalo.

Claro está que essas ponderações só se tornam relevantes a partir do exame do caso concreto, com as análises que lhe são próprias.

A prática médica eletiva é completamente diferenciada de um atendimento de urgência; o serviço médico prestado em centro de saúde sofisticado, com pessoal bem aparelhado, pessoal e tecnicamente, é diverso daquele despendido em local ermo ou de precárias condições de higiene; o acesso do médico ao histórico do paciente produz nele convicções outras da que podem ser obtidas em quadros omissos por culpa do paciente ou dos seus familiares, por exemplo.

A importância de agir conforme a *Lex Artis* pode ser demonstrada pela lição de Adelmo Manna, ao concluir sobre a interpretação dos arts. 589 e 590 do Código Penal italiano assim:

***Le conclusioni cui siano giuntini de iure condito sono nel senso che il trattamento medico-chirurgico di carattere terapeutico, se eseguito lege artis, no integra le fattispecie dei delitti di cui all'art. 589 e 590 c.p.***

(31, 32)

A questão não se limita à formação profissional do médico ou à elaboração dos diagnósticos e prognósticos cuidadosa e responsavelmente;

(31) Profili Penalisici Del Trattamento Medico Chirurgico, Ed. Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1984, p. 176;

(32) N. do autor - Os artigos 589 e 590 do Código Penal italiano capitulam, respectivamente, os crimes de homicídio culposo e lesão pessoal culposa (lesão corporal culposa), previstos nos Artigos - 121, § 3º e § 4º e 129, § 6º, todos dos Código Penal Brasileiro.

vai além, perscruta da prosperidade do tratamento escolhido a sua consecução e do resultado então obtido, tipificado criminalmente.

A exceção dos casos de urgência e de impossibilidade absoluta de previsão por parte do médico, a escolha do tratamento deve se constituir no resultado dos exames realizados junto ao paciente, somados àqueles que se traduzem na prática reconhecida nas condutas médicas para casos similares.

Ser a opção do tratamento médico atribuição do profissional de medicina, não torna a escolha desmotivada, ao contrário, trata-se de opção técnica de pessoa capaz e responsável por decisão fundamentada. Parte desses fundamentos está presente no histórico do paciente, parte no seu exame clínico, parte nos resultados dos exames laboratoriais ou de outros profissionais competentes em áreas especiais da saúde e, finalmente, considerar-se-á o momento científico em que o ocorre a escolha, com todos os recursos inerentes.

#### *b) Paciente*

Para que o profissional de saúde possa se utilizar da *técnica normal requerida*, precisa ele estar munido das informações possíveis sobre a história do paciente obtidas por ocasião da anamnese regularmente procedida.

O paciente e ou seus familiares devem então fornecer ao profissional toda e qualquer informação útil a fim de propiciar os competentes diagnóstico e prognóstico médicos. É evidente, o entendimento do que seja *informação útil*, é técnico e, portanto, pressupõe a provocação do facultativo e não do leigo.

A prova de que uma anamnese se realizou e se fez de maneira a preencher as exigências técnicas específicas pode ser realizada por meio da chancela do paciente aposta no formulário próprio; o que se aplica também ao caso das prescrições médicas (receitas), as quais podem ser firmadas também pelos pacientes (na via-cópia).

Tais cuidados esclarecem sobremaneira os casos de omissão de informações errôneas destes, as quais podem levar os médicos a erros justificáveis. Assim se dá, por exemplo, na ministração de soro glicosado a pacientes diabéticos, aplicação de drogas às quais são os pacientes alérgicos, ocorrência de hemorragia em hemofílicos, etc.

Não se pode olvidar das características pessoais do paciente que pode

abrigar anomalias não passíveis de constatação aos primeiros exames, embora meticulosos, o que, inobstante, às vezes, pode ensejar exames complementares para viabilizar conclusões responsáveis do profissional de saúde.

Embora existam possibilidades de haver intercorrências no estado do paciente ensejadoras de atuações outras que aquelas para as quais houve a contratação inicial, a vontade do paciente deve prevalecer, vale dizer, por exemplo, no caso do profissional de medicina, com a argumentação de aproveitar a aplicação de uma única anestesia, incorrer, além daquela contratada, noutra cirurgia, para a qual o paciente não fora informado ou consultado, podendo ter sido. Exemplificativamente, é o que pode se dar na cesariana seguida de ligadura de trompas sem o prévio e *necessário* consentimento da paciente.

Deve o paciente submeter-se à orientação do médico e, dessa submissão *ab initio* se depreende, quase sempre, não apenas consentimento mas o fornecimento das informações necessárias ao bom diagnóstico, assim:

*Le malade, qund il consulte le praticien pour un problème, déterminé, s'ate, à l'exécution de certaines prestations: anamnèse, examen clinique, actes courants tantôt de préventions, tantôt liés à l'établissement d'un diagnostic et à l'instauration d'un traitement.*

*Il peut les accomplir jusqu'au point limite de refus formel du malade.*

(33)

Dessa maneira, o paciente viabiliza ao médico, ministrar o *cuidado objetivamente devido*, como ensina Carlos Maria Romeo Casabona:

Ello implica que el médico o cirujano que en su actuación se ha sujetado a la *Lex Artis* no abrá infrigido el cuidado objetivamente debido<sup>(34)</sup>.

Considerando o exposto, resumidamente, o médico deverá sujeitar-se à *Lex Artis* porém, há no mais das vezes, necessidade da colaboração e participação do paciente para tanto.

Tirante a colaboração voluntária do paciente, considera-se, ainda, suas peculiaridades individuais que poderão facilitar ou dificultar a obtenção do resultado médico pretendido. É evidente a existência de peculiaridades previsíveis, ou constatáveis por meio de exames próprios, todavia, ao longo do tratamento específico poderão emergir situações totalmente

<sup>(33)</sup> HENNAU-HBLET, Christiane - Ob. cit., p. 33;

<sup>(34)</sup> El Médico Ante El Derecho - Ed. Ministério de Sanidad y Consumo - Madrid, 1985, p. 70;

imponderáveis.

Nesse último caso, mesmo havendo o dano físico tipificado pela norma penal, não incidirá em conduta criminosa o profissional de saúde. Primeiro, por obedecer a *Lex Artis* aplicável ao caso concreto; segundo por sua conduta não poder conter a censura interna, vez que agia com o cuidado objetivamente devido não sendo exigido, conseqüentemente, qualquer outro comportamento.

A culpa *stricto sensu* é tratada pelo Mestre Nelson Hungria, de maneira lapidar, unindo o requisito da não *exigibilidade*, à *previsibilidade*, no que, pode perfeitamente se ajustar aos casos médicos, assim:

*No tocante à identificação da culpa stricto sensu é que se apresenta como irrecusável justeza o critério da não exigibilidade (Nichtzumubarkeit) como causa de exclusão de culpabilidade, segundo uma recente orientação de penalistas alemães (Eb. Schmidt, Freudenal, Mezger, Siegert), e que assim pode ser fixado: Se o pressuposto da culpabilidade (falta moral) e a censurabilidade (Vorwerfbarkeit) da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, do ponto de vista social; mas, conduta social não pode ser senão aquela que sendo exigível de um indivíduo, não é seguida por este.* <sup>(35)</sup>

Tanto parece presumível o insucesso de um dado tratamento escolhido a partir de falsas informações fornecidas pelo paciente, quanto o diagnóstico apressado, indicando técnica perigosa, sem a anamnese compatível.

Questão de relevo, também, é a que envolve a possibilidade, o limite da vontade do paciente, relativamente a um dado tratamento médico. O paciente, no relacionamento médico-paciente é um leigo e, como tal haverá de ser considerado e tratado, mesmo que tenha formação médica.

Quem define a técnica que deverá ser ou não empregada na conduta, portanto, não poderá ser o paciente mas sim, o médico - legal e tecnicamente habilitado para tanto. Daí a importância do conhecimento da *Lex Artis*.

Convém não deixar de se considerar que o conhecimento da *Lex Artis* não se limita à questão técnico-científica. Abarca conceitos éticos e sociais correntes em certo momento histórico, em um dado local, numa considerada situação objetiva.

Destarte, se é de capital importância o conhecimento e a prática da

<sup>(35)</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio - Comentários ao Código Penal, v. V, Ed. Forense, 5ª ed., 1979, ps. 185/186;

*Lex Artis* por parte do médico, há que exigir como dever do paciente, a entrega de informações condizentes e possíveis para que o profissional de saúde possa exercer seu mister satisfatoriamente <sup>(36)</sup>.

### c) *Ciência*

O Professor Calcerrada sustenta a seguinte máxima: *cada acto, una Lex*, referindo-se ao ato médico <sup>(37)</sup>.

É impraticável, por exemplo, a aplicação de uma tecnologia atual a um caso pretérito, quando não existia tal benefício.

O avanço científico ocorrido nos últimos tempos viabiliza tratamentos outrora impossíveis; são avanços relativos a novos conhecimentos, aparelhos, técnicas, drogas e até mesmo de novas profissões, as quais, aplicadas ao lado do tratamento médico, alargam sua segurança, trazendo novos horizontes ao paciente.

Embora esses benefícios sejam muito significativos, não alcançam a humanidade de maneira generalizada ou de forma homogênea.

Muitas conquistas obtidas pela ciência, aplicáveis à saúde não são acessíveis nem a grande parte dos médicos, nem aos pacientes, dado seu alto custo, complexidade e rápida evolução.

Dessa maneira, ao afirmamos que a cada ato médico comporta a aplicação de uma certa *Lex Artis*, dizemos que o médico se utiliza ou indica o caminho não apenas desejável, porém, o aplicável ao caso objetivo, consideradas as limitações do paciente, inclusive financeiras; além, é claro, da possibilidade de acesso àquele considerado recurso científico.

Considere-se ademais que a conquista científica aplicada não deve ser temerária ou não comprovada, ao revés, há de ter o reconhecimento da classe.

Os meios de atendimento hão de ser considerados também, a cada caso. Num grande e adiantado centro médico, por exemplo, o grau de recursos colocados à disposição do paciente é sensivelmente maior do que os disponíveis em região pobre ou de pouco desenvolvimento.

Outro aspecto ponderável é o estado em que se encontra o paciente no momento em que é atendido (gravidade ou não do mal que o atinge,

---

<sup>(36)</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge; SIDE MONTEIRO, Jorge - Responsabilidade Médica em Portugal, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, p. 58 - ... *para que a intervenção médica não se considere ofensa corporal, que ela tenha sido conduzida de acordo com as Leges Artis;*

<sup>(37)</sup> Ob. Cit., p. 475;

idade avançada ou não, consciente ou não, etc.).

É o caso de intervenção médica que admite programação prévia, com requisição de exames laboratoriais ou outros, ou a situação é emergencial em local ermo, onde o paciente não pode contar com a mínima assepsia.

Nota-se destas poucas linhas, das peculiaridades casuísticas que passam das grandes máximas científicas para o paciente na sua individualidade, em sua família, em sua comunidade.

A distância real existente entre o avanço científico e tecnológico, da realidade de cada paciente, na sua individualidade, é de ser levado em conta pelo Direito, para concluir da responsabilidade ou não criminal do médico.

### 3 - CONCLUSÕES

Sem dúvida, a Teoria Finalista pode nos proporcionar enorme contribuição para que se examine eficientemente o comportamento do profissional de saúde de molde a aferir, de maneira adequada a existência ou não de sua culpabilidade penal.

O Direito, através da corrente finalista, oferece modo mais rico e profundo de ser criticada a atuação do agente.

O mundo interno do profissional de saúde haverá de ser valorado e, dessa valoração, resultará a maior ou menor exigência de um comportamento compatível com a realidade científica, fenomênica, ética e jurídica.

Afinal, o exercício da medicina, assim como de qualquer outra profissão de saúde, se faz em sociedade e, conseqüentemente, deve se submeter aos limites impostos a todos os partícipes da comunidade.

Inobstante, a medicina, por exemplo, possui suas próprias leis específicas. Não leis na concepção técnico-jurídica, porém, entendimentos segundo os quais esta e não aquela conduta é indicada a ser aplicada ao paciente.

O conhecimento pois, da *Lex Artis* se impõe. Não no sentido do estudo das técnicas e procedimentos médicos, propriamente ditos. O que se vislumbra é o acesso ao entendimento das normas e conceitos indicadores de que certa técnica ou procedimento deverá ser adotado, respeitado.

Não se concebe a existência de bolsões sociais onde a norma jurídica não alcance ou atinja.

Parece evidente a relativa facilidade de compreensão frente a atuações

comuns do ser humano. Ao revés em se reconhecendo na conduta do profissional de saúde, uma conduta científica ou com base científica haverá de se respeitar a existência de fontes especiais e, inclusive, um vocabulário particular. Mister se faz ao aplicador da lei, aos advogados, promotores de justiça e juristas, um conhecimento de maior profundidade sobre tal seara.

O conhecimento assim obtido, urdido na pesquisa da conduta do agente, frente a um momento preciso, específico e concreto, reduzirá a possibilidade de enganos nocivos à própria comunidade como um todo.

O paciente não desacreditará na Justiça e, o *profissional de saúde* quedará tranqüilo, pois a ele aplicar-se-á, cuidadoso e aprofundado estudo sobre a conduta por ele escolhida e aplicada, tendo em vista sempre o caso concreto.

Deixa de haver, no campo da prova, a condicionante constatação crítica doutro profissional de saúde que não o agente propriamente dito.

Restaura-se a utilização dos *indícios*, os quais constituem a prova indireta por excelência, cuja força Malatesta consagra:

*A medida desta força probatória só pode encontrar-se na natureza íntima da prova que examinarmos; natureza íntima, que determinamos em uma relação específica de causalidade. É necessário, por isso, para conhecer a força probatória do indício, investigar em particular a força específica de causalidade que nele liga o desconhecido ao conhecido* <sup>(38)</sup>.

Só nos aproximamos da prova criminal, no caso do profissional de saúde, ao mergulharmos na sua natureza íntima, vale dizer, na *Lex Artis* peculiar, considerado o caso concreto.

---

<sup>(38)</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei - A Lógica das Provas em Matéria Criminal, 2ª ed., Ed. Livraria Clássica, Lisboa, 1927, p. 208;