

**A OMISSÃO DO MÉDICO E A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO
DO DOLO EM SUA CONDUTA: A RESPONSABILIDADE PENAL
SUBJETIVA COMO PILAR DA JUSTIÇA PENAL DE UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*THE OMISSION OF THE PHYSICIAN AND THE NEED
FOR DEMONSTRATION OF INTENT IN HIS CONDUCT:
SUBJECTIVE CRIMINAL LIABILITY AS BASIS
FOR CRIMINAL JUSTICE IN DEMOCRACY*

Bruno Seligman de Menezes^()*

INTRODUÇÃO

O acórdão que se pretende analisar trata de Habeas Corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, em que, conforme relatório do próprio julgado, as teses alegadas foram de:

a) inépcia da denúncia por falta de correta narração dos fatos delituosos e de suas circunstâncias (incluindo o nexo de causalidade e o dolo

(*)Advogado Criminalista com ênfase na atuação em Direito Penal Médico; Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Especialista em Direito Penal Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. E-mail: <bm@brunomenezes.adv.br>. Recebido em 12.10.08. Aprovado em 11.11.08

eventual); b) inépcia da denúncia por falta de justa causa, eis que ausentes os indícios de autoria; c) não houve correta valoração dos fatos narrados à luz do dolo eventual, na sentença de pronúncia e no acórdão que a manteve.

Conveniente, antes de se tecerem as considerações sobre o assunto central do referido caso penal, analisar o cabimento e a finalidade do Habeas Corpus perante Tribunais Superiores, a fim de que se possa ter a adequada compreensão sobre os limites de discussão da causa.

O Habeas Corpus é o instrumento jurídico, com assento constitucional, destinado a atacar qualquer violação — ou ameaça de violação — ao direito de locomoção (liberdade) do cidadão. Com o passar do tempo, foi sendo aceito, jurisprudencialmente, para atacar nulidades, ou processos mal iniciados (sem justa causa), porque, ao final, poderia — se procedente — vir a limitar a liberdade do cidadão. Para estes casos, em que a liberdade ainda não foi efetivamente violada ou ameaçada, o Habeas Corpus pode ser usado como mecanismo de *collateral attack*, objetivando fulminar o processo criminal.

Da leitura das teses ventiladas, permite-se notar que é exatamente esta a intenção do Habeas Corpus examinado, a de anular eventuais atos processuais, ou trancar o processo criminal.

A relevância destas considerações se demonstra a partir do sedimentado entendimento jurisprudencial de que não se permite análise de provas nos limites estreitos da ação impugnativa de Habeas Corpus. Somente assim se consegue compreender, a partir da leitura do inteiro teor do Habeas Corpus n. 92.304/SP, que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu, e tampouco afastou, o dolo da conduta do médico. Apenas, limitou-se a reconhecer que não havia nos autos elementos que autorizassem o afastamento da tese acusatória do dolo eventual em sua conduta, decisão que competiria — por delegação constitucional — ao Tribunal do Júri.

Após estas linhas primeiras, considerando que as provas constantes do processo não são conhecidas, o que se busca analisar são os possíveis desdobramentos que o caso pode ter, fugindo um pouco do direito processual e adentrando especificamente nos meandros da tormentosa questão de direito material, em especial na relevância e natureza da omissão imputada ao profissional da medicina.

I. A NATUREZA PENAL DA OMISSÃO

A omissão, sob o prisma do Direito Penal, consitui-se em uma não ação, e será punível quando ao agente for juridicamente determinada a realização deste agir. A omissão não existe isoladamente, de modo que

somente pode ser compreendida quando estreitamente relacionada ao dever jurídico de fazer o que lhe é imposto⁽¹⁾. Conforme *Alcides Munhoz Neto*:

Em essência, ação e omissão são conceitos antagônicos. Segundo Welzel, a omissão não é em si mesma uma ação, já que é a falta de uma ação. Trata-se de duas classes independentes de comportamento suscetível de ser dirigido pela vontade final. Necessariamente referida a uma ação, a omissão não existe em si: o que existe é a omissão de uma ação determinada. O conceito de ação, assim, não é negativo e sim limitativo⁽²⁾.

Doutrinariamente, se dividem os crimes omissivos em próprios e impróprios. Serão próprios aqueles obrigatoriamente previstos em tipos penais próprios, como, por exemplo, o delito de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal); abandono material (art. 244 do Código Penal); omissão de notificação de doença (art. 269 do Código Penal). Estes delitos são tipos penais de mera conduta, caracterizam-se por uma desobediência de uma imposição geral e, segundo *Juarez Cirino dos Santos*, a sua razão repousa na “solidariedade humana entre os membros da comunidade social, que engendra o dever jurídico geral de agir, cuja lesão implica responsabilidade penal dolosa pela omissão da ação mandada⁽³⁾”.

Os delitos omissivos impróprios, em contrapartida, não estão previstos em tipos penais específicos e dizem diretamente com delitos de resultado. Ao agente será imputada a realização do resultado se, na posição de *garantidor*, deixar de prestar o especial agir que lhe é juridicamente imposto. A antijuridicidade da conduta, nestes delitos, não se verifica na mera realização do resultado previsto na norma incriminadora, mas essencialmente na violação do dever de garantia, daquele obrigado pelo direito a zelar pelo bem jurídico. *Alcides Munhoz Neto* define os delitos comissivos por omissão:

Os delitos comissivos por omissão situam-se, pois, na categoria genérica dos crimes que só podem ser cometidos por determinadas pessoas (delitos especiais, próprios). A simples possibilidade ou poder de fato de evitar o resultado não converte o omitente em autor. Isto só ocorre quanto a quem, de antemão, o Direito obriga a zelar pela incolumidade do bem jurídico⁽⁴⁾.

A previsão normativa dos delitos omissivos próprios repousa no artigo que trata da relação de causalidade, bem como nos seus parágrafos subsequentes, ao definir que:

(1) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 235.

(2) MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 29, p. 36-37, 1983.

(3) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 204.

(4) MUNHOZ NETO, Alcides. op. cit., p. 46.

Relação de causalidade

Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º — A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

O rol do parágrafo segundo do art. 13, do Código Penal, define o que a doutrina chama de *garantidor* ou *garante*. Este *dever* e *poder* agir, quando não realizado, faz da conduta puramente omissiva, uma comissiva por omissão. Assim, será imputado ao omitente não a mera omissão de socorro, mas sim o resultado produzido em razão de sua omissão. Explica *Cezar Roberto Bitencourt* que nesses crimes “o agente não tem simplesmente a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento⁽⁵⁾”. Basilar é a lição de *Eduardo Nova Monreal*:

Está en posición de garante todo aquel sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido (antijurídico). Nótese que se trata de una exigencia de proceder activamente para conjurar la lesión del bien jurídico, por lo cual, en definitiva, se impone al garante la obligación de salvar el bien jurídico amenazado. Y es solamente el incumplimiento de esta obligación extremada la que llega a permitir la equiparación de una actitud omisiva con una conducta activa de realización del tipo correspondiente, según una correcta doctrina de los delitos improprios de omisión.

Por consiguiente, quien asume posición de garante se halla en una condición jurídica muy especial: pesa sobre él la necesidad de intervenir activamente y de poner de su parte todo lo que sea posible para impedir el resultado prohibido. Él queda convertido en un protector activo, cuya

(5) BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 236.

obligación no se satisface con un mínimo, sino que debe llegar al extremo de sus posibilidades. Esto explica las palabras de Sauer, para quien el garante debe prevenir, ayudar, instruir, defender, proteger, etc.⁽⁶⁾

Como exemplo, *Cirino dos Santos* traz a situação do pai que, podendo impedir, não impede o afogamento do filho menor em piscina doméstica. Responderá pelo homicídio, culposo ou doloso, de acordo com as circunstâncias fáticas, mas não por omissão de socorro⁽⁷⁾.

A problemática sobre o garantidor não está em seu conceito, mas essencialmente no conteúdo que preencherá esse conceito. Tal deficiência acaba por violar o princípio da legalidade e, via de consequência, obrigar o julgador a preencher esta lacunosa estrutura valendo-se de analogias e interpretações extensivas⁽⁸⁾⁽⁹⁾, práticas vedadas em um Direito Penal liberal. Argumenta-se em favor da validade do uso de tipos abertos, que a taxatividade de situações de garantidor, para o Direito Penal, acabaria por criar um rol muito extenso destas situações, e que, mesmo assim, poderia desprestigiar

(6) MONREAL, Eduardo Novoa. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984. p. 136-137.

(7) SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 205.

(8) Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 577: "1. Domina ampliamente en la doctrina la afirmación de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, sosteniéndose que el juez los debe completar, individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos. Por ende, *los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos*. Partiendo de estas premisas y, observando que en los tipos escritos la posición de garante (el círculo de posibles autores) está definido en la ley, pues todos son *delicia propia*, se hace necesario delimitarla en los que se consideran tipos omisivos impropios no escritos. Para ello se apela a criterios generales, que han sido introducidos legislativamente en los códigos más recientes a partir del art. 13 del código alemán, que sirvió de modelo a los restantes (art. 2o del código austríaco, art. 11 del español, art. 10 del portugués, art. 13, 2o párrafo del brasileño, etc.56). 2. En esta corriente legislativa -de la que hace excepción el código francés de 1994- además de criterios generales para sustituir las faltantes definiciones de posición de garante, suele establecerse una equivalencia de la omisión con la acción, con lo cual por un lado se crea una *cláusula de equivalencia*, pero por otro se introduce también una *cláusula de correspondencia*, que implica un correctivo a la posición de garante, para los casos en que, pese a ella, la conducta no alcance un contenido de injusto (desvalor) correspondiente al de la tipicidad activa. Aunque en el código argentino no existe ninguna de estas cláusulas, en general la doctrina ha sostenido una construcción análoga, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos."

(9) Cf. BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2, p. 202-203: "Son *delitos de omisión impropia* aquellos que no están directamente tipificados por el legislador, sino que son contruidos por el intérprete a partir de tipos de comisión. Tal es el caso del homicidio Del art. 138 CP que castiga al que mata a otro, lo que también puede hacerse a través de una forma omisiva, como sucede, de acuerdo con el ejemplo clásico, con la madre que no amamanta a su hijo y lo deja morir de hambre. Como puede apreciarse, se trata, pues, de verdaderos delitos de omisión y que, a nuestro juicio, no es acertado referirse a ellos como *delitos de comisión por omisión*, ya que conduce al equívoco de entender que se trata de una comisión y, en consecuencia, de la vulneración de un precepto prohibitivo. Su problema fundamental no es el de decidir si se trata de una acción o de una omisión, pues es claramente omisión, sino su relación con el principio de legalidad, ya que se trataría de injustos que, aun cuando se haga con apoyo legal, son contruidos por el intérprete y no por la ley (*supra* 11.5)."

alguma situação que reclamasse a equiparação de alguém a garante, o que seria vedado por ser tal rol *numerus clausus*. Neste sentido, oportuna é a crítica de Zaffaroni, no sentido que:

Habiendo tipos omisivos improprios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa no tienen más sentido que los que se oponían al numerus clausus en los países que consagraban el crimen culpae. La objeción fundada en que llevaría al código a una extensión desmesurada es insostenible en medio de un proceso de banalización irresponsable de la ley penal. En síntesis, la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia no tiene otra explicación que una pretendida etización que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho: quipeut et n'empêche, peche, pero no delinque, salvo que un tipo penal debidamente escrito lo establezca. Es inadmisibile que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber emergente de otras leyes, como puede ser la civil: el incumplimiento de un contrato no es materia del código penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria o la exclusión hereditaria, con su consecuente efecto patrimonial. No en vano la existencia de estos tipos no escritos ha sido rechazada por toda la tradición francesa. Incluso en Alemania se sostuvo su inconstitucionalidad y en la tradición anglosajona ha sido hartamente discutida y se la acepta con mucha dificultad, habiéndose objetado con razón que, ante la inexistencia de tipos escritos, no puede resolverse la culpabilidad en función de la necesaria ignorancia juris⁽¹⁰⁾.

Concordando-se ou não com a crítica doutrinária, fato é que o Direito Penal brasileiro admite esta noção ampla de garantidor, exatamente nos termos do parágrafo segundo do art. 13 do Código Penal. Por essa razão, baseado essencialmente no que se propôs esse pequeno ensaio, o médico será, necessariamente, compreendido como garantidor, a fim de que se possa focar a discussão na efetiva responsabilidade de sua conduta, muito mais concreto e, portanto, mais frutífero, do que uma discussão puramente acadêmica, e, assim, estéril para os fins deste estudo, sobre questões já pacificadas jurisprudencialmente, de que o médico é, sim, garantidor dos pacientes sob seus cuidados.

A partir desta premissa, tentar-se-á projetar os eventuais desfechos da referida ação penal, levando-se em consideração a decisão do Supremo Tribunal Federal, de que será o médico acusado submetido a julgamento

(10) ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., p. 581.

pelo Tribunal do Júri, palco onde, enfim, deverá ser apreciada a questão do dolo, direto, eventual, ou até mesmo inexistente. De agora em diante, fundamental que seja esclarecido, serão tratadas, a partir da dogmática jurídico-penal, doutrinária e jurisprudencialmente, as possibilidades pelas quais poderá decidir o Tribunal do Júri o caso penal apresentado.

II. OS DESDOBRAMENTOS POSSÍVEIS DO CASO PRÁTICO

Partindo-se da decisão do Habeas Corpus n. 92.304/SP, no qual houve por bem a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal manter hígida a decisão de pronúncia, já que a questão da inépcia da denúncia já teria sido enfrentada pelas vias ordinárias, e que nova análise de provas se apresenta inadmissível na via do Habeas Corpus. Com relação à pronúncia, foi mantida na íntegra, porque, segundo o acórdão, “o dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudicium accusationis”.

Três possibilidades se apresentam, a partir da pronúncia do profissional da medicina pela prática omissiva de homicídio doloso: absolvição, condenação por homicídio culposo ou condenação por homicídio doloso.

Se, submetido ao Tribunal do Júri, os jurados entenderem não ter agido o médico de forma contrária ao direito, é possível que seja absolvido da imputação que pesa contra si. Isto porque não é demais lembrar que nem todos os eventos que produzem resultados lesivos (e isto inclui até mesmo a morte do paciente) são penalmente reprováveis. O tratamento médico se desenvolve em diversas etapas, como a anamnese, a formulação do diagnóstico, a eleição da terapêutica e a execução do tratamento⁽¹¹⁾. Se, em nenhuma delas se demonstrar ter agido o profissional com dolo — direto ou eventual —, ou com culpa, a solução para o caso reclama absolvição.

Isto poderá se dar tanto pela certeza da inexistência do delito, como também pela insuficiência de provas trazidas pela acusação, consagrando, assim, o princípio do *in dubio pro reo*, máxima do preceito constitucional da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, inciso LVII (*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*). Isto é fundamental que se esclareça, uma vez que não basta ser o médico o garantidor, que exige a lei penal, e existir uma lesão (no caso, a morte do paciente) para que exista um delito.

O Direito Penal brasileiro adota como pilar básico o princípio da culpabilidade (*nullum crimen, nulla poena, sine culpa*), típico dos Estados Democráticos de Direito, o qual exige, para a caracterização do crime, a demonstração — por meio de um processo — do *dolo*, ou, se admitido na figura

(11) COUTINHO, Luiz Augusto. *Responsabilidade penal do médico*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 59.

típica, de *culpa*. Veda-se, com isto, de forma categórica, a responsabilidade objetiva na seara criminal. Sobre isto, professa *Enrique Bacigalupo*:

Um direito em que é preciso responder pelo que se é, e não somente pelo que se fez, não é um direito penal da culpabilidade⁽¹²⁾.

Seguindo o raciocínio de Bacigalupo, o médico não poderá ser punido apenas por ser garantidor dos bens jurídicos daqueles que estão sob seus cuidados; mas também — e essencialmente — pela forma como agiu na solução da situação fática em que se viu envolvido. Assim sendo, se, portanto, restar demonstrado de forma indiscutível a relevância da conduta omissiva descrita com a denúncia, o feito criminal pedirá por condenação, cabendo aos mesmos jurados decidirem se o caso é efetivamente doloso contra a vida, mantendo a competência que a Constituição lhes confere (art. 5º, inciso XXXVIII), ou se a conduta imputada não for dolosa, decorrendo apenas da infração de cuidado, será o que denomina a doutrina de *culposa*, cuja competência para julgamento será do juiz singular.

O delito será *culposo* se houver, por parte do agente, do profissional da medicina, uma conduta não diligente, infringindo-se, assim, um dever objetivo de cuidado.

A culpa, modernamente concebida, foge das categorias causais da imperícia, imprudência e negligência, e aproxima-se a um dever de cuidado para com o outro. A adoção de tais categorias acabará por induzir o julgador a uma aplicação mecânica e literal da lei, mediante a subsunção formal destes institutos, sem o aprofundamento necessário do significado que trazem consigo, em confrontação direta com a conduta praticada, o que seria muito mais adequado sob o prisma da preservação das garantias do agente, em especial no tocante ao princípio da culpabilidade⁽¹³⁾. Por esta razão, a culpa, para alguns doutrinadores, será definida como imprudência⁽¹⁴⁾; para outros como negligência⁽¹⁵⁾, mas o fundamental é que se a tenha como:

(12) BACIGALUPO, Enrique. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 15/16, p. 41, 1974.

(13) TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 256.

(14) Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 169: "O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual o *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*".

(15) Cf. Para TAVARES, Juarez. op. cit., p. 261: "Por outra parte, a expressão "culpa" tem a acentuada desvantagem de, além de criar embaraços de compreensão popular, confundir dois sentidos diversos: a negligência, como omissão de cautela e, portanto, forma de conduta, e a

uma forma de conduta humana que se caracteriza pela realização de um tipo de delito, por meio de ação perigosa e contrária ao dever de cuidado, materializável em um resultado proibido, previsível e evitável, e cuja culpabilidade se assenta no fato de não haver o agente evitado sua realização, apesar de capaz e em condições de fazê-lo⁽¹⁶⁾.

Cezar Roberto Bitencourt define, em rápidas linhas, que o crime culposo se caracteriza a partir da conjugação de quatro elementos: inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e conseqüente nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado e conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado. O cuidado devido dirige-se a todos, num plano objetivo. A previsibilidade do resultado, por seu turno, se infere a partir da colocação do juiz na posição do agente, levando em consideração os elementos existentes do processo, a fim de avaliar se *objetivamente* se poderia prever o resultado desvalioso. Bitencourt esclarece que *não prever o previsível* implica, em juízo, previsibilidade subjetiva, o que não acarreta conseqüências jurídicas diversas, de modo que esta discussão apenas difere a culpa consciente da inconsciente⁽¹⁷⁾. Presentes todos os elementos, impõe-se a condenação do agente pelo delito culposo⁽¹⁸⁾.

Há, por fim, a possibilidade de verificação de dolo na conduta do agente. O Código Penal brasileiro, em seu art. 18, inciso I, consagrou duas hipóteses para a existência de injusto doloso: quando o agente quer o resultado (dolo direto), ou quando assume o risco de produzi-lo (dolo eventual). Ainda que a

reprovação decorrente do juízo de censura sobre o agente, tomada como culpabilidade, pois é possível que haja negligência no sentido puramente objetivo, sem que se verifique a culpabilidade. Até mesmo nos autores brasileiros tradicionais filiados a outras concepções é constante a afirmação de que a "negligência" corresponde a uma noção ampla, abrangendo também outras formas de infração ao dever de cuidado, tais como, por exemplo, a imperícia e a imprudência.

(16) TAVARES, Juarez. op. cit., p. 256.

(17) Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 288-289: "Há culpa consciente, também chamada *culpa com previsão*, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, previsível, mas confia convictamente que ele não ocorra. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual. Na *culpa consciente*, pontificava Assis Toledo, o agente não quer o resultado nem assume deliberadamente o risco de produzi-lo. A despeito de sabê-lo possível, acredita piamente que pode evitá-lo, o que só não consegue por erro de cálculo ou por erro na execução. No entanto, como bem destaca Juarez Tavares, na análise dessa espécie de culpa, deve-se agir com cautela, pois a *simples previsão do resultado* não significa, por si só, que o agente age com *culpa consciente*, pois, mais que a *previsão*, o que caracteriza efetivamente é a *consciência* acerca da lesão ao dever de cuidado. Logo, nada impede que possa ocorrer *erro de proibição*, quando o agente se equivocar a respeito da existência, ou dos limites, do dever objetivo de cuidado. (...) A ação sem previsão do resultado previsível constitui a chamada culpa inconsciente, culpa *ex ignorantia*. No dizer de Hungria, "previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum". A previsibilidade do resultado é o elemento identificado nas duas espécies de culpa. A *imprevisibilidade* desloca o resultado para o caso fortuito ou força maior. Na culpa inconsciente, no entanto, apesar da presença da *previsibilidade*, não há a *previsão* por descuido, desatenção ou simples desinteresse. A culpa inconsciente caracteriza-se pela ausência absoluta de nexo psicológico entre o autor e o resultado de sua ação".

(18) BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 280-286.

dogmática alemã, berço da mais abalizada doutrina penal, trabalhe com uma noção tripartida de dolo, existindo um dolo intermediário, entre o direto e o eventual, denominado de *dolo direto de segundo grau*, no qual a vontade se dirige aos efeitos colaterais que o agente sabe necessariamente ligados à obtenção de sua finalidade última (o dolo direto, ou *dolo direto de primeiro grau*)⁽¹⁹⁾, a análise pautar-se-á pela orientação trazida pela norma penal brasileira, segundo a noção bipartida, já demonstrada.

O dolo é o elemento essencial para a caracterização do tipo subjetivo. É constituído por dois elementos indispensáveis, um *cognitivo* ou *intelectual*, que se traduz na adequada representação psíquica, diz diretamente com a conduta a ser praticada, sendo, portanto, pressuposto do segundo, o elemento *volitivo*, a vontade dirigida ao fim pretendido. Nas palavras de *Munhoz Neto*:

Quanto ao elemento volitivo, ao dolo não basta a vontade de omitir-se com consciência da probabilidade do resultado. É preciso que o omitente deseje a sua superveniência (dolo direto) ou conforme-se com ela, isto é, consinta no advento do resultado típico (dolo eventual). A necessidade da vontade ou da aquiescência decorre dos termos do art. 15 do CP, que considera crime doloso 'quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo', o que, adaptado à estrutura dos crimes omissivos impróprios, significa que há dolo quando o omitente quer que o resultado se produza ou assume o risco de seu advento. Se o omitente confia na não superveniência do resultado, por, v.g., supor que, no último momento, a série causal será interrompida por outrem, ocorrerá tão só culpa consciente⁽²⁰⁾.

Terá agido com dolo direto o médico, se houvesse, com a omissão, exteriorizado o seu querer, a sua vontade, a sua intenção. Deveria ter, assim, pleno conhecimento da situação e efetiva vontade de produzir o trágico resultado da morte da criança. É pouquíssimo provável, ainda que possível, que um profissional da medicina assumisse conduta deste jaez, omitindo-se dolosamente com o fim claro e determinado de levar seu paciente a óbito. A menção da situação se justifica apenas na medida em que se busca esmiuçar os meandros do delito comissivo por omissão e o doloso direto é uma de suas manifestações. No processo em exame, em momento algum esta possibilidade foi ventilada, seja na inicial incoativa, seja no acórdão do Supremo Tribunal Federal.

A segunda manifestação, esta sim merecedora de especial atenção, eis que pautará as discussões do caso concreto, se relaciona com a noção de dolo eventual, causa de tormentosas discussões doutrinárias e equivocadas aplicações práticas. Beira o lugar comum da dogmática jurídico-penal

(19) GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *Distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. p. XIII.

(20) MUNHOZ NETO, Alcides. op. cit., p. 56.

brasileira a expressão que define o dolo eventual como *a conduta em que o agente não deseja o resultado, mas por suas ações assume o risco de produzi-lo*. Não está errado, mas não se contém nesses estreitos limites.

A grande dificuldade reside na diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente, eis que em ambos os casos o agente não deseja o resultado. O caso, como o em análise, fica relegado não a questões jurídicas, porque estas devidamente definidas, mas à identificação de atitudes que caracterizem um ou outro instituto, dependendo essencialmente de material probatório. No dolo eventual, ele “constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na exclusão do resultado de lesão⁽²¹⁾”.

Claus Roxin oferece critérios mais objetivos para a distinção destas duas categorias tão próximas sob o ponto de vista fático, mas tão distantes sob o ponto de vista de seu desenlace jurídico. Para ele, atua com imprudência consciente quem conhece a possibilidade de produção do resultado, mas não a leva a sério, e em consequência, tampouco se aceita a sua ocorrência. Apenas confia que ela não ocorra. Diz o jurista alemão que

Quien confía — a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación — en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto “deja que las cosas sigan su curso”⁽²²⁾.

A partir disto, pode-se definir o dolo eventual como sendo aquele em que o agente leva a sério a possibilidade de ocorrência do resultado, mas tem esperança de que não ocorra. Na culpa consciente, por seu turno, o agente conhece a possibilidade de ocorrência, mas confia na sua inoportunidade⁽²³⁾. A diferença é eminentemente subjetiva, cabendo ao

(21) SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 142.

(22) ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Dias y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 427.

(23) Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 143-144: “O caso-paradigma da jurisprudência alemã sobre *dolo eventual* e *imprudência consciente* é o famoso *Lederriemenfall*, de 1955 (BGHSt 7/365), cuja discussão permite concretizar o significado daqueles conceitos: X e Y decidem praticar roubo contra Z, apertando um cinto de couro no pescoço da vítima para fazê-la desmaiar e cessar a resistência, mas a representação da possível morte de Z com o emprego desse meio leva à substituição do cinto de couro por um pequeno saco de areia, em tecido de pano e forma cilíndrica, com que pretendem golpear a cabeça de Z, com o mesmo objetivo. Na execução do plano alternativo rompe-se o saco de areia e, por isso, os autores retomam o plano original (o cinto de couro), fazendo cessar a resistência da vítima e subtraindo os valores. Então, desafivelam o cinto do pescoço da vítima e tentam reanimá-la, sem êxito: como previsto, a vítima está morta. Do ponto de vista intelectual, X e Y *levam a sério* a possível produção do resultado típico e, inicialmente, no nível emocional (pela alteração da forma concreta da ação), *confiam* na evitação do resultado representado

aplicador cotejar os dados concretos de prova para deduzir, a partir deles, a situação em que se encontrava o agente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas todas as considerações dogmáticas que permeiam a discussão do caso que se propôs examinar, cumpre, à guisa de uma rápida conclusão, analisar efetivamente a situação concreta. Fundamental que se esclareça que qualquer análise ora apresentada se estriba em teses jurídicas, a partir unicamente do acórdão do Habeas Corpus n. 92.304-SP do Supremo Tribunal Federal, o que tornaria até mesmo desnecessário referir, assim, que absolutamente nenhuma prova constante daquele processo foi analisada.

A primeira das situações é colocar em discussão a própria posição de garantidor do médico. Como já referido, ainda que a posição de garantidor decorra da lei, é possível o seu questionamento como matéria de defesa. Assim, é perfeitamente cabível invocar a absoluta inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 13 do Código Penal (ainda que se creia muito difícil) para tentar a desclassificação do delito de homicídio para o de omissão de socorro, já que sua conduta — em razão da natureza omissiva — se amoldará em muito maior parte à figura típica da omissão de socorro do que à de homicídio.

Ultrapassando a tese desclassificatória, há a possibilidade de absolvição do acusado. Seja a partir de convicção de inexistência de injusto típico, a partir da inexistência de nexos causal entre a conduta omissiva e o resultado⁽²⁴⁾, ou a partir da insuficiência de provas, o Conselho de Sentença, mais ainda com a reforma do Código de Processo Penal⁽²⁵⁾, tem

como possível, o que exclui *conformação* com (ou *aceitação* de) sua eventual produção; mas, o retorno ao plano original indica mudança dessa atitude emocional, mostrando *conformação* com o (ou *aceitação* do) resultado típico previsto como possível (ainda que indesejável ou desagradável, como revela o esforço da reanimação da vítima), com lógica exclusão da atitude primitiva de *confiança* na evitação do resultado: se os autores executam o plano, apesar de *levarem a sério* a possibilidade do resultado típico, então *conformam-se* com (ou *aceitam*) sua eventual produção, decidindo-se pela possível lesão do bem jurídico que marca dolo eventual".

(24) Cf. COUTINHO, Luiz Augusto. op. cit., p. 59: "Analise-se, todavia, que nem todos os eventos envolvendo a pessoa do médico podem ser considerados penalmente puníveis, mormente porquanto a prestação de serviço médico ao doente passa por diversas etapas, tais como: a formulação do diagnóstico, a escolha da terapêutica e a execução do tratamento".

(25) Sabe-se que no Brasil vige o sistema de apreciação de provas do livre convencimento do magistrado. A ele cabe analisar todas as provas levadas ao processo e decidir, a partir delas, de forma motivada. No Tribunal do Júri, por outro lado, vige o sistema da íntima convicção dos julgadores, o que implica que os jurados decidem de acordo com suas consciências, sem precisar motivar suas escolhas. Tal fato adquire contornos mais especiais a partir da reforma do rito do Tribunal do Júri, trazida pela Lei n. 11.689/08, que incluiu o parágrafo 2º ao artigo 483 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: "§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?"

ampla liberdade para absolver o acusado, se assim entender adequado, sem a necessidade de motivação de sua decisão.

Com relação ao dolo direto, diante dos elementos trazidos pelo acórdão analisado, resta evidente a sua inexistência, já que se estaria diante de uma situação absurdamente patológica e anormal, fato que não encontra guarida em qualquer dado aventado no Habeas Corpus

A discussão central deverá permear o embate entre adequar a conduta do médico na culpa consciente ou no dolo eventual. Como visto, nas definições doutrinárias, a linha é tênue e o elemento que caracteriza o injusto insere-se no âmbito psicológico do agente, de modo que não se permitirá a certeza exigida para um decreto condenatório.

Entretanto, decisão há que ser tomada, e aparentemente a mais adequada — em tese, repete-se — para o caso, é a do homicídio culposo, já que não se consegue conceber um profissional que se enquadre nos padrões normais, exercendo sua medicina dentro dos limites da *lex artis*, que anteveja um resultado trágico como o da situação em apreço, e que consinta com a produção deste resultado, em uma mera expectativa de que não ocorra.

Diferentemente, e muito mais razoável, é a situação de um profissional — que até mesmo por incapacidade técnica — comete um erro em seu diagnóstico, e, sem atentar para a gravidade, não projeta as reais consequências que dela possam advir, ou, se as projeta, não as leva a sério, nas palavras de *Roxin*. Esta situação, salvo juízo mais adequado, configura amolda a culpa consciente ao caso do Habeas Corpus n. 92.304-SP, porquanto mais racional aceitar que detinha o profissional médico o conhecimento da gravidade da doença, porém a confiança na evitação do resultado, a partir da administração de medicamentos receitados por seu colega, dois dias antes, do que uma concordância com eventual resultado ocorrido, sem que tomasse qualquer ação para tentar impedi-lo⁽²⁶⁾.

(26) Neste sentido: CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOLO EVENTUAL. COMPARAÇÃO ENTRE A NARRATIVA MINISTERIAL E A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA. ELEMENTO VOLITIVO NÃO CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TIPO PENAL CULPOSO. NEGLIGÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA NÃO CONFIGURADO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. REMESSA DOS AUTOS A UMA DAS VARAS CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que o paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe, em decorrência da morte de jogador do São Caetano Futebol Ltda. A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, ainda que eventual, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. Se o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, conclui-se que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade). A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em "assumir o risco do resultado", em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual. A comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída revela a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual. Afastado elemento subjetivo dolo,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 15/16, p. 34-43, 1974.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARALÈE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2.
- COUTINHO, Luiz Augusto. *Responsabilidade penal do médico*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *Distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole. 2004. p. IX-XIX.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.
- MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 29, p. 30-59, 1983.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Dias y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente. O tipo penal culposo, além de outros elementos, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado e que o agente tenha a previsibilidade objetiva do resultado, a possibilidade de conhecimento do resultado, o “conhecimento potencial” que não é suficiente ao tipo doloso. Considerando que a descrição da denúncia não é hábil a configurar o dolo eventual, o paciente, em tese, deu causa ao resultado por negligência. Caberá à instrução criminal dirimir eventuais dúvidas acerca dos elementos do tipo culposo, como, por exemplo, a previsibilidade objetiva do resultado. Precedentes desta Corte no sentido de que é possível alterar a classificação jurídica de crime em sede de habeas corpus e de recurso especial, desde que comprovada, e livre de dúvida, flagrante ilegalidade. Reconhece-se a incompetência do Tribunal do Júri para processar e julgar o processo criminal instaurado em desfavor do paciente, eis que não configurado crime doloso contra a vida, cassando-se o acórdão recorrido e determinando-se a remessa dos autos a uma das varas criminais da Comarca de São Paulo. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 44.015/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 576).