

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

DALINE SCHIER DA CRUZ

PROVA DO ERRO MÉDICO EM MATÉRIA CRIMINAL

**CURITIBA
2007**

DALINE SCHIER DA CRUZ

PROVA DO ERRO MÉDICO EM MATÉRIA CRIMINAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do XXV Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor MS Adel El Tasse

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

DALINE SCHIER DA CRUZ

PROVA DO ERRO MÉDICO EM MATÉRIA CRIMINAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do XXV Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
Professor MS Adel El Tasse

Avaliador: _____
Professor Dr. Miguel Kfoury Neto

Curitiba, 30 de novembro de 2007.

DEDICATÓRIA

Ao meu amado filho, *Vinicius*, luz maior da minha vida, razão presente da luta por meus ideais.

Aos meus pais, *Norlei e Antonio*, a quem devo uma vida de amor e dedicação.

Aos meus irmãos, *Danilo e Daniele*.

Aos meus saudosos avós, *Manoel Gustavo Schier e Anna Albini Schier* – símbolos de *Força e Honra*.

AGRADECIMENTOS

Ao estimado *Prof. MS. Adel El Tasse*, por sua segura orientação.

Ao ilustre *Prof. Des. Miguel Kfouri Neto*, com toda a minha admiração, por suas palavras de incentivo.

Aos demais professores e amigos que, no decorrer do ano, contribuíram com seus conhecimentos auxiliando nos caminhos a serem trilhados.

Ao meu tio, *Dr. Amadeu P. Beduschi (in memoriam)*, exemplo de exercício de uma medicina ética, digna, justa e beneficente.

E, a toda minha família, cunhados, sobrinhos, tios e tias, primos e primas, fonte sempre presente de união, luz, força e amor.

A atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os bens, materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento.

Ação e relações são essas, que formam o cenário grandioso da vida e de todas as criações do gênio humano.

Vicente Ráo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 OBJETIVOS DO PROCESSO PENAL, COM ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO....	15
2.1 O OBJETIVO DE SOLUÇÃO RACIONAL AO CONFLITO PRESENTE NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO.....	19
2.2 O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL EM COTEJO COM O PRINCÍPIO DA VERDADE PROCESSUAL.....	20
2.3 A REAL POSSIBILIDADE PROBATÓRIA DO CONTEÚDO DO PROCESSO COM VISTAS AO CUMPRIMENTO DE SEUS OBJETIVOS....	23
3 A LÓGICA PROBATÓRIA NO PROCESSO.....	25
3.1 MEIOS DE PROVA EXISTENTES NO BRASIL.....	27
3.2 VALORAÇÃO DAS PROVAS.....	34
3.3 TRATAMENTO NORMATIVO QUANTO À MATÉRIA PROBATÓRIA.....	36
4 O ERRO MÉDICO.....	39
4.1 ENQUADRAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO PENAL.....	41
4.2 LAUDO PERICIAL: VÍCIOS POSSÍVEIS E SEU VALOR PROBATÓRIO....	47
4.2.1 Contexto Corporativista da Perícia Médica – Legal.....	52
4.3 POSSIBILIDADES PROBATÓRIAS ALÉM DO LAUDO PERICIAL.....	53
4.3.1 Prontuário Médico.....	54
4.3.2 Tomografia Computadorizada.....	56
4.3.3 Ressonância Magnética.....	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	65

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os critérios utilizados para a valoração da prova da responsabilidade pelo erro médico em matéria criminal. Pretende ainda, ponderar acerca da subjetividade de tais parâmetros. Para tanto, foi feita pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos aspirados. O erro médico, visto como uma realidade que sempre acompanhou o exercício da Medicina, profissão essa, a qual se submete o maior bem tutelado pelo Direito – a Vida. Apresenta, hodiernamente, grande relevância e preocupação, demonstrada pelas pessoas de forma individual ou coletiva e, por conseqüência, conjuga-se o aumento do número de processos contra os profissionais da medicina, levando ao judiciário, em número cada vez maior, pendências a serem julgadas. Para tanto, é necessário fazer prova idônea quanto à existência de fato de erro e de nexos de causalidade do mesmo, com o dano que dele tenha resultado. Tem-se, portanto, esse trabalho, como objetivo principal, analisar o meio probante, sua lógica e valoração, que irá fundamentar o processo criminal por erro médico. Assim, tem-se por escopo geral, evidenciar-se a necessidade precípua de se confirmar, por meio de provas eficazes, lícitas e legítimas a caracterização da ocorrência de um erro médico, por ato omissivo ou comissivo do profissional.

Palavras-chave: Erro Médico; Laudo Pericial; Perícia Médica; Prova; Valoração da Prova;

INTRODUÇÃO

08 de janeiro de 2002, Grasiela Murta Oliveira, 26 anos, submeteu-se a uma lipoescultura de nádegas, pernas e abdômen. Teve alta médico-hospitalar, e, após uma semana, não suportando mais as fortes dores retornou ao hospital, onde foi internada com quadro de complicação pós-operatória que evoluiu para uma infecção generalizada. Em decorrência da infecção sofreu mais de uma parada cardíaca, entrando, então, em estado de coma, vindo a óbito em decorrência da falência múltipla dos órgãos.

29 de janeiro de 2002, Adcélia Santos de Souza, 38 anos, secretária, internou-se para se submeter a uma lipoescultura completa nos glúteos, nádegas, abdômen e culotes, além de colocar próteses de silicone nos seios. Já nas primeiras manobras realizadas com uma cânula de lipoaspiração, ocorreram perfurações profundas na artéria, causando hemorragia interna. A seguir perfurou a paciente logo abaixo da axila com a cânula de lipoaspiração, atingindo a primeira vértebra, rasgando ainda, artérias que desembocam no coração. Dois litros de sangue escorreram direto para os pulmões de Adcélia. Houve a tentativa de reanimar a paciente por 01 hora e 45 minutos. Adcélia já estava morta quando a levaram para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI), saindo de lá às 18h e 45 min. O horário da morte, segundo laudo pericial médico do Instituto Médico Legal, aconteceu às 15h e 45 min.

O que une ambos os casos, além da semelhança de procedimento, é haverem sido ambas as vítimas, pacientes do mesmo médico “cirurgião plástico”. Denísio Marcelo Caron, médico, foi acusado de ter levado a morte cinco mulheres e

provocado em 29 pacientes lesões físicas gravíssimas decorrentes de cirurgias de lipoaspiração.

O caso acima descreve uma realidade presente no meio médico, a questão pertinente é, como se fará a prova da culpa médica, fornecendo ao juiz suficiente informação, para que ele possa fundamentar a responsabilidade criminal ou não, do profissional médico.

Este trabalho possui o intuito de contribuir com a discussão sobre a obtenção da prova da responsabilidade penal nos casos de erro médico que, hodiernamente, proliferam no sistema judiciário. O erro médico sempre existiu na sociedade, porém, hoje, os incidentes relacionados ao tema vêm auferindo valoração de forma ampla.

No Brasil, nos últimos anos, tem ocorrido notadamente uma crescente propositura de ações judiciais, seja na esfera penal, seja na civil, pretendidas por pacientes, ou familiares destes, contra seus médicos, colocando em xeque a conduta do profissional.

Erros em procedimentos médicos facultam um resultado trágico, não só para os pacientes e suas famílias, como também para aquele profissional dedicado à assistência de seus pacientes. A probabilidade de o médico ser classificado como um profissional incompetente, negligente ou imperito, de vir a suportar reprimendas ou, uma vigilância mais acirrada, instiga a prática de se ocultar e negar os erros, ao invés de reconhecê-los.

Este trabalho tem por objetivo geral ilustrar, dentro de um devido processo penal legal, os meios de se obter uma prova idônea e sua importância, para que se possa vir determinar a responsabilidade penal do médico, frente ao fato lesivo gerador do dano ao paciente. Sempre com observância ao devido processo penal

legal como instrumento e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, em face do poder Estatal.

O Direito Penal individualiza o comportamento do ser humano por meio dos tipos penais. A responsabilidade por erro médico sob a ótica do Direito Penal pertence ao tipo legal culposos, o legislador penal configura o tipo, permitindo então sua individualização. Ao violar um dever de cuidado, incide o médico no tipo culposos, haja vista o dever de cuidado ser imposto legalmente a esse profissional.

A observância, ao devido processo penal legal, corresponde a uma aplicação das normas jurídicas de modo a garantir uma ordem processual razoável, e adequada, aos princípios fundamentais constitucionais.

Para se obter os resultados a serem apresentados, foram utilizadas fontes doutrinária e jurisprudencial, ou seja, a análise dedutiva de conotações gerais acerca do assunto, para somente então adentrar-se aos pontos específicos. O tema abordado foi adequadamente organizado em três capítulos.

No primeiro capítulo, "*Objetivos do Processo Penal, com Enfoque Principiológico*", se aborda a finalidade do Processo Penal, como meio instrumental e de garantia voltado a uma, não só eficiente como justa, prestação jurisdicional. De um lado o paciente, ou seus familiares, ansioso pela obtenção da tutela jurisdicional, de outro lado o juiz, cuja função a si condicionada é a de prestar, de maneira justa e de acordo com seu livre convencimento, a tutela jurisdicional.

Os princípios constitucionais, com ênfase processual, possuem a natureza de preceitos garantidores, ou seja, regras dispostas como forma de garantia às partes e ao próprio processo penal. Em um Estado Democrático de Direito, como se pode agir com fins a não dispor dos direitos e garantias do acusado, e também da vítima.

Independente do tipo de delito praticado, como poderá ser garantido, ao acusado, o exercício de seus direitos, em especial os contidos na Constituição Federal.

Este primeiro capítulo foi dividido em subitens. No primeiro, se discorre acerca da solução racional ao conflito. Uma solução racional, cuja prestação pelo Estado, porquanto detentor do *ius persecutionis* e do *jus puniendi*, ao conflito que modernamente se apresenta, tem em vista à obtenção de um equilíbrio entre as garantias fundamentais do processo penal e a justa efetividade buscada como fim neste processo.

Solução final, que, para ser racional, deverá comportar o devido processo penal legal. Na conduta penal, a solução racional dependerá da culpa de cada um dos componentes da equipe médica, que carece ser perfeitamente caracterizada, sob pena de punir um inocente. Provada a culpa, deverá incidir a pena equivalente. A prova poderá fornecer, ou não, o elo para uma solução racional ao conflito.

No segundo segue-se uma ponderação acerca da verdade material como a representação integral de um acontecimento, em cotejo com a verdade processual como aquela possível, extraída de um conjunto probatório desenvolvido dentro de um devido processo penal legal. Dentro de um processo penal contemporâneo, qual deve ser a verdade a se procurar.

E, no terceiro, se aborda a real possibilidade probatória do erro médico originária, em princípio, de uma investigação preliminar que forneça bases à denúncia e, seguida de um conjunto probatório trazido e construído nos autos do processo crime. Busca mostrar até que ponto há, de forma real, a possibilidade de se fazer prova da responsabilidade penal por erro médico.

No segundo capítulo, “*A Lógica Probatória no Processo Penal*”, quer-se evidenciar quão necessário se faz comprovar, por meio de prova idônea, a

incidência do erro médico. A Prova, analisada em um primeiro momento, como sendo a efetivação de um conjunto de atos processuais cujo fim é apresentar ao juiz bases de convencimento e concepção de um juízo de valor sobre determinado fato.

Procura-se mostrar a importância da prova, para que o juiz obtenha subsídios norteadores de uma decisão justa, não resumindo a lógica probatória a uma mera dedução, e sim a uma lógica probatória plena e absoluta juridicamente.

Subdividiu-se o segundo capítulo em três temas, assim dispostos, o primeiro volta-se aos meios de prova que encontram guarida no sistema processual penal brasileiro. Declara-se o rol dos meios de prova previstos, de forma expressa, no processo penal brasileiro.

O segundo tema traz a valoração da prova, suas fases e a formação do convencimento do juiz cuja fonte é o conjunto probatório inserido nos autos. Comporta, ainda, uma análise acerca da importância de se valorar um conjunto de provas e não uma prova isolada.

Ao terceiro tema, coube discorrer acerca do tratamento normativo da prova. Um sistema voltado ao fim de comprovar, dentro dos parâmetros da legalidade e da licitude, a ocorrência ou não do delito. A prova obtida dentro de um devido processo legal penal, sob a assente do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, "*O Erro Médico*", procura-se demonstrar o que vem a ser o Erro Médico, visto como causa resultante de uma conduta comissiva ou omissiva do profissional da medicina.

Também, a este quarto e último capítulo, coube uma subdivisão de temas, que se passa a relatar. O primeiro tema enfoca o enquadramento do erro médico dentro da seara do Direito Penal. Faz-se um relato do que se deve esperar da conduta do profissional médico no exercício da profissão.

O laudo pericial é analisado no segundo tema. Apresenta-se o valor probatório de um laudo pericial e seus possíveis vícios. Sopesa-se a prevalência do laudo pericial em face das demais provas trazidas aos autos. Junto a este tema abordou-se a temática referente ao corporativismo médico. Efetua-se uma análise acerca do corporativismo presente entre os médicos, cujo comportamento pode desencadear um entrave na obtenção da prova da responsabilidade pelo erro médico.

E, por fim, o terceiro tema vai relacionar outras possibilidades probatórias do erro médico, que podem ser requeridas, com fins a demonstrar sua ocorrência. Pondera a força probatória, similar à do laudo pericial, que esses diversos meios de prova possuem.

Segue, findando o trabalho, as considerações finais, que, de maneira mais clara e escorreita possível, tentará demonstrar a relevância deste tema para o Direito e para a sociedade atual.

2 OBJETIVOS DO PROCESSO PENAL, COM ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO

O homem vivendo em sociedade necessita, para manter o equilíbrio social, de normas que permeiem sua sobrevivência. A sociedade, então, rege-se por um adequado conjunto de regras, as quais têm por fim permitir sua subsistência.¹ Compete ao Estado a formalização destas regras.²

Assim, se tem entendido que o garantismo não se restringe ao formalismo, legalismo ou processualismo. Incide o garantismo, de maneira direta, na tutela dos direitos fundamentais, estes como valores que o Estado tem por dever proteger.

Segundo entende Aury Lopes Junior³, o moderno processo penal encontra-se assentado tanto no garantismo quanto na instrumentalidade e, ambos, viabilizam as funções do direito penal, quais seja a correta aplicação da pena e, por conseguinte a aplicação da justiça corretiva, e, a proteção contra o poder abusivo do Estado, garantindo os direitos e liberdades individuais, quando do exercício da persecução criminal.⁴

¹ As sociedades são organizações de pessoas para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual. Mas, se não houvesse um *poder*, nessas sociedades, restringindo as condutas humanas, elas jamais subsistiriam. Cada um faria o que bem quisesse e entendesse, invadindo a esfera do outro, e, desse modo, qualquer agrupamento humano seria caótico. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.01. [grifo do autor]

² O grande desafio do neoprocessualismo, imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais, é conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (art.5º, XXXV e LXXVIII), com o garantismo. Em outras palavras, a instrumentalidade do processo, relativizando o binômio *substance-procedure*, permite a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual. Este viés metodológico do neoprocessualismo, contudo, precisa ser compatibilizado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado, no processo civil, e do acusado, no processo penal, que estão na essência do garantismo. CAMBI, Eduardo. **Neonconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.680. [grifo do autor]

³ LOPES JUNIOR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com>>. Acesso em 23 de jul. de 2007.

⁴ É certo que o Estado apresenta-se cada vez mais ameaçador na medida em que assume um número crescente de atividades. É curial também que essa proliferação de fins do Estado põe em risco a liberdade do indivíduo. Daí por que se faz hoje importante não só a limitação das atividades do Estado pelo direito, mas também a concentração das próprias atividades do Estado. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.17/18.

O Processo Penal existe para equilibrar o *jus puniendi* do Estado em face dos direitos fundamentais do indivíduo que está sofrendo a intervenção Estatal. Observa-se, portanto, o Processo Penal, como um conjunto adequado de regras que têm por objetivo garantir, de maneira equilibrada, uma justa prestação jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento princípios, que mesmo já presentes no Processo Penal, ganharam *status* constitucional. Os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da impossibilidade de produção de prova ilícita, excetuada a produzida em benefício da defesa, saíram da esfera infraconstitucional para ganharem magnitude constitucional.⁵

No dizer de Celso Ribeiro Bastos, “os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.”⁶ A democracia como um sistema político-sócio-cultural, dá ao indivíduo seu devido valor em face do Estado, o qual se exprime nos múltiplos campos das relações sujeito-Estado. Um processo penal democrático fortalece o indivíduo em face do poder Estatal, porquanto é o garantidor das liberdades fundamentais daquele.⁷

O processo lucubra, bem como todo o Direito, valores éticos, políticos, culturais e sociais, possuindo, por isso, estreita ligação entre o direito processual e o sistema ideológico predominante numa sociedade e, em determinado momento

⁵ Segundo definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é: ..., mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.807-08.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.161.

⁷ Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O processo penal não foge à regra, sendo regido, primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.33.

histórico. Segundo Antonio Scarance Fernandes, “no plano processual, esse garantismo constitucional é reflexo da necessária relação que liga processo e Estado.”⁸

Promover, o juiz, uma decisão justa, este deve ser o desígnio de toda atividade jurisdicional. Dentro de um Estado Democrático de Direito, tem-se que o Processo Penal é meio garantidor de direitos para um desenvolver processual justo.

Segundo Gisela Maria Bester, “o Estado Democrático de Direito é o regime que autolimita o poder de governo ao cumprimento das leis que a todos subordinam, inclusive a si próprio.”⁹

Sob esse aspecto,¹⁰ o controle jurisdicional necessita ser considerado em face dos princípios e garantias fundamentais firmados ao indivíduo e à coletividade, apregoados como incremento necessário para alcançar uma justa composição da lide, com uma ascensão apropriada à Justiça. Portanto, diz-se justo o processo que se reveste de garantias fundamentais de justiça.

Ultima-se, portanto, que no processo penal a instrumentalidade é a sua essência, porém, constitui, sem qualquer hesitação, garantia constitucional que o próprio Estado fornece aos indivíduos formadores da sociedade, e a qual ele mesmo se submete. É a chamada instrumentalidade garantista.¹¹

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.13.

⁹ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional. Volume I: Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. p.283.

¹⁰ O justo processo é a espinha dorsal que move a idéia mais moderna de acesso aos canais de jurisdição, congregando as condições mínimas e insuprimíveis sem as quais não será possível ao Estado aplicar o direito material com justiça no seio das relações em conflito. MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.685.

¹¹ O processo no Estado contemporâneo é, sem dúvida, como amplamente difundido em doutrina, instrumento de realização do Direito. É, portanto, no Estado brasileiro, um instrumento de realização da justiça anunciada na Constituição Federal (art. 3º, I). (...) Isto, contudo, sem embargo da idéia de que também o processo se constitui em garantia constitucional assegurada pelo Estado à sociedade. Aquela representada pela compreensão de que

Com efeito, deve o arcabouço processual penal amortizar, ao ínfimo, os riscos de erro e, deste modo à consternação injusta que dele possa vir resultar. Conjuntos de mecanismos de guarda, que procurem mitigar os riscos que ele contém validam um imperativo de integridade, e, portanto, de justiça.¹²

As garantias constitucionais do processo instituem o modo mais adequado para se obter uma interpretação realmente de conformidade ao direito material. De nada adiantaria conceder o contraditório sem que houvesse, em contrapartida, a certeza de que ao órgão ao qual é dirigido o mesmo, aferi-lo-á com imparcialidade.

O justo processo, como fundamento ativo do Estado Democrático de Direito, é a fonte que corrobora legalmente o *decisum* do Estado. A tutela jurisdicional, para satisfazer à disposição de um justo processo, necessita demonstrar-se adequada em face da justa composição da ação, o que virá denotar ser, esta ação, autêntica, oportuna, universal e eficaz.

se encontra inserido na garantia do devido processo legal, ou seja, o estado oferece ao cidadão a segurança da existência de disciplina prévia para distribuição da jurisdição, onde se pode também inserir a idéia de que o cidadão tem direito a que o Estado adote um procedimento previamente estabelecido e adequado à causa posta a exame (art.5º, LIV) para efetivar a jurisdição. Assim, o processo aparece no Estado contemporâneo como instrumento integrante do estado de Direito, na qualidade de garantia oferecida pelo Estado ao cidadão, e, portanto, como elemento essencial à democracia, já que forma legitimada constitucionalmente pela sociedade para o exercício da jurisdição. PORTO, Sergio Gilberto. **A Crise de Eficiência do Processo – A necessária adequação processual à natureza do Direito posto em causa, como pressuposto de efetividade.** In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.179.

¹² Gustavo de Medeiros Melo cita: Um dos documentos internacionais mais importantes, aprovado em Roma (1950), que foi a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do homem e das Liberdades Fundamentais, proclama: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial constituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida” (art.6º,n.1) No original, art. 6, 1º: “Ogni persona há diritto ad um’equa e pubblica udienza entro um termine ragionevole, davanti a um tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sai dei suoi diritti e delle sue obbligazioni di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente.” MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo.** In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.686. [grifo do autor]

2.1 O OBJETIVO DE SOLUÇÃO RACIONAL AO CONFLITO PRESENTE NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

Um dos bens jurídicos mais valiosos da pessoa se encontra em xeque quando exposto à justiça penal, este bem é o seu direito a liberdade. A pretensão punitiva do Estado somente é exercida quando se apresenta de modo concreto, o direito de punir decorrente da prática de um ilícito penal. Somente após a ocorrência comprovada de um ilícito penal irá prevalecer o direito do Estado de sobrepor-se ao direito de liberdade do indivíduo, sujeitando o mesmo a penalidade cabível.

Um dos maiores desafios do processo penal hoje se apresenta em como alcançar o bom senso entre as garantias fundamentais essenciais ao processo penal democrático e a justa efetividade deste processo.¹³

É necessário procurar dentro de um processo penal democrático, envolvido com as garantias individuais, as quais em tempo algum podem ser apartadas, a eficácia essencial ao seu fim derradeiro, qual seja a conservação da ordem jurídica conjugada com o bom emprego das regras¹⁴ de coexistência que conduzem o

¹³ A participação democrática dos litigantes e a presença ativa do juiz na condução da atividade probatória representam à necessidade de fazer do processo um moderno veículo de diálogo entre o Estado e a sociedade, um canal de realização dos direitos fundamentais. MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.704.

¹⁴ Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida ao analisarem o raciocínio jurídico sob a ótica de Chain Perelman dispõem: Para que se compreenda o que quer dizer Perelman quando se refere ao raciocínio jurídico, está claro que consiste no raciocínio fundamentado expresso na decisão do juiz, que é aquele que recolhe em si todos os elementos fundamentais esboçados pelos demais profissionais do direito que atuam a seu lado (advogado, promotor...), além de outros indispensáveis para a formação de uma decisão judicial. O raciocínio jurídico consiste em todo ato aplicativo da lei, e aí está o manancial de estudos do jurista. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p.399.

intercâmbio das relações humanas, no caso do erro médico às normas de Direito Penal.¹⁵

Tem-se que o Processo Penal possui o escopo de fornecer ao cidadão, no caso o médico, a garantia de que mediante o exercício da pretensão punitiva do Estado, esta virá ser exercida em conformidade às garantias do devido processo penal legal, porquanto encontrar-se no pólo passível de punição estatal.

As decisões jurisdicionais, em regra, devem mostrar-se revestidas de razão lógica e juridicamente relevante, com um pronunciamento estatal embasado no ordenamento jurídico vigente, desprovido das opiniões e convicções pessoais do julgador, quando exercido o ato de julgar, e, a racionalidade da decisão, pujantemente vestida pelo contraditório e pela ampla defesa exercidos pelas partes.

2.2 O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL EM COTEJO COM O PRINCÍPIO DA VERDADE PROCESSUAL

Segundo definição dada por Pedro Nunes, verdade é a “conformidade perfeita da consciência com a vontade declarada. Concepção clara de uma realidade. O que ou existe, iniludivelmente. O oposto de erro.”¹⁶ A verdade material acosta-se ao atinente poder de instrução do juiz, poder este indispensável, porém não ilimitado, para compor uma clara persuasão dos fatos.

Paulo Hamilton Siqueira Junior articula, “no plano teleológico, o processo tem como finalidade a busca da verdade real, com a conseqüente composição da lide e

¹⁵ E, completam: ...não se está pensando em conceituar uma verdade judicial por meio da qual o juiz expressaria a vontade da lei, ou algo semelhante, mas no juízo do magistrado com o *iter* racional para o alcance de resultado socialmente institucionalizado. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p.399. [grifo do autor]

¹⁶ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p.828.

garantia de direitos subjetivos.”¹⁷ É, por meio das provas coletadas no processo, que se chega à demonstração da verdade material dos fatos, convergindo no julgamento do litígio pelo juiz e sua conseqüente sentença.

Não se pode escapar ao subjetivismo depreendido do julgador, quando da análise do conjunto probatório trazido aos autos. Pertence tão somente ao juiz, fundado em provas suficientes, ditar uma sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso concreto. Para tanto, encontra força no princípio da verdade material, agindo sempre em busca da verdade dos fatos, não se contentando somente com o que lhe foi fornecido pelas partes. Toda essa liberdade de persuasão que o juiz experimenta tem por fim a prolação de uma decisão justa.¹⁸

A verdade material deve ser vista sob dois prismas, o primeiro no sentido de qual irá ser a verdade removida do conjunto probatório carreado nos autos, tanto o apresentado pela acusação, quanto o apresentado pela defesa; e, o segundo ponto é o da verdade processualmente válida, ou seja, aquela cuja obtenção deu-se no âmbito do devido processo penal.¹⁹

Atualmente não se busca, no processo penal, exclusivamente a obtenção da verdade material, também a verdade formal deve estar presente, é forma de garantia no sentido de que não basta a presença da livre convicção do julgador, é

¹⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.61.

¹⁸ (...) o moderno processo penal está orientado pela *instrumentalidade garantista*. Esse aspecto realça a importância da adoção do princípio da **verdade formal** (...). (...), a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma **verdade formal** ou **processual** e só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias consideradas como penalmente relevantes. LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.185. [grifo do autor]

¹⁹ Se o Juiz tiver conhecimento da existência de algum elemento ou circunstância relevante para o esclarecimento da verdade, deve ordenar que se carreiem para os autos as provas que se fizerem necessárias. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.527.

imprescindível que a verdade extraída, seja ela aparente ou presumida, advenha do conjunto probatório ofertado pelas partes, dentro do processo.²⁰

Fato é que a verdade deve ser perseguida em todo o desenrolar processual, sempre com vistas a resguardar a liberdade do inocente ou impor a sanção devida ao constatado agente infrator.

Modernamente, o que prepondera é a verdade processual, extraída do conjunto probatório ofertado nos autos do processo crime, tanto pela acusação quanto pela defesa, figurando, ambas, como parte legitimada para sua produção. Deixando, portanto, de vigor, de forma integral, o princípio da verdade material.

Ao juiz, caberá suplementar a atividade probatória sempre que o interesse da justiça assim o exigir, resguardando, portanto, os direitos e garantias fundamentais que o poder do juiz, se ilimitado, poderia tolher radicalmente.

2.3 A REAL POSSIBILIDADE PROBATÓRIA DO CONTEÚDO DO PROCESSO COM VISTAS AO CUMPRIMENTO DE SEUS OBJETIVOS

Sempre que a prática de um ato tem como conseqüência uma infração legal cabe ao Estado punir o infrator, esta punição é realizada por meio de uma ação penal. Para o efetivo desdobramento desta ação penal é necessário que se

²⁰ Já não se atribui sentido lógico e útil ao emprego das expressões 'princípio da verdade material' e 'princípio da verdade formal', notadamente porque destituídas de base científica que justifique a distinção por elas enunciada. Tais princípios perderam aquele encanto que seduziu intensamente a doutrina antiga, pois, seja no processo civil, seja no processo penal, interessa hoje pura e simplesmente descobrir a verdade, atributo de um juízo racional no qual firma-se a certeza do julgador. E a verdade possível de ser descoberta na ação penal é apenas e tão somente a 'verdade processual'. BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.286. [grifo do autor]

disponha de um mínimo de elementos probantes que possam denotar a ocorrência e a autoria da infração legal.²¹

Ao infrator penal, não se pode impor pena cominada legalmente, sem haver sentença pronunciada por autoridade competente mediante o devido processo penal legal, provocado com a propositura da ação penal e, o exercício desta, realizado pelo órgão próprio do Estado. Para tanto, depende este órgão do conhecimento do fato delituoso, das circunstâncias de sua ocorrência, do conhecimento da autoria e, principalmente dos meios de prova com que pode contar, já que é dele o ônus da prova da acusação que apresentar em juízo.²²

As provas, na ação penal, encerram a função de demonstrar a conexão entre a ação lesiva e a perda experimentada pela parte ofendida. Genival Veloso de França enseja, “nas questões de natureza penal buscam-se evidenciar o *corpus criminis* (corpo da vítima), o *corpus instrumentorum* (o meio ou a ação que produziu o dano) e o *corpus probatorum* (o conjunto dos elementos sensíveis do dano causado).”²³

A questão probatória, no processo penal, possui notadamente o escopo de tutelar o direito individual à liberdade.²⁴ O Código de Processo Penal não exaure os meios de prova, o que ele exige é que sejam utilizados meios legais para sua obtenção. O artigo 155, do Código de Processo Penal, demonstra claramente o não

²¹ O homem investiga a verdade procurando na matéria os sinais físicos ou químicos dos fenômenos e na memória de seus semelhantes os resíduos mentais dos acontecimentos. Privar a investigação de um ou de alguns processos naturais de consultar a matéria ou a mente acerca da realidade ocorrida, é mutilá-la e, por isso mesmo, mutilar a verdade investigável. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.61.

²² O juiz não invoca nenhum tipo de metafísica da justiça para resolver os casos concretos que estão diante de seus olhos, mas os sentidos humanos e racionais, calcados, sobretudo em experiências, valores, provas e discursos. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p.399.

²³ FRANÇA, Genival Veloso de. **A Perícia do Erro Médico**. Disponível em: www.pbnet.com.br. Acesso em: 10 de jul. de 2007. [grifo do autor]

²⁴ Certamente a denúncia infundada, que não tenha como lastro elementos mínimos de materialidade e autoria, chega as raias da arbitrariedade, pela consignação ao patrimônio moral do particular de marca vexatória inaceitável, se inexistem elementos indiciários sérios. TASSE, Adel El. **Investigação Preparatória**. Curitiba: Juruá, 1999. p.21

exaurimento dos meios de prova, “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”²⁵

As provas, trazidas ou construídas nos autos, desempenham papel de extrema importância, pois fixando os fatos no processo, farão legitimada a decisão proferida pelo juiz. Dentro de um Estado Democrático de Direito, o julgamento criminal para ter reconhecida sua legitimidade deve encontrar-se fundado em provas irrefutáveis, capaz de sobrepujar o princípio da presunção de inocência.²⁶

O exercício da Medicina não pode ser considerado uma ciência exata. À prática procedimental moderna e, o prover medicamentoso, insurgem riscos inerentes. Motivos pelos quais se faz extrema necessidade de comprovar a culpa do profissional, por meio de prova direta e indireta. A culpa médica não consegue ser provada exclusivamente de forma material, a carga probatória sofrerá inferências e raciocínios para se chegar ao *decisum*.²⁷

O conjunto probatório inferido nos autos proporcionará ao julgador a reconstrução dos fatos, é este o único meio de atingir a versão mais próxima do ocorrido e, conseqüentemente vislumbrar uma real possibilidade probatória.²⁸

²⁵ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.640.

²⁶ (...) não se pode investir contra o indivíduo, investigando sua vida privada, garantida naturalmente pelo direito constitucional à intimidade, bem como agindo em juízo contra alguém sem um mínimo razoável de provas, de modo a instruir e sustentar tanto a materialidade (prova da existência da infração penal) como indícios suficientes de autoria (prova razoável de que o sujeito é autor do crime ou contravenção penal). NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.120. [grifo do autor]

²⁷ A esse respeito Danilo Knijnik cita Pontes de Miranda: “sempre que se tem de apurar a culpa do profissional, profissionais devem ser ouvidos. Só a atenta consideração das normas técnicas, que devem ser por eles cumprida, pode, na maioria dos casos, apanhar as circunstâncias em toda a sua delicada significação.” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V.54. p.28. In: KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***. p.949. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁸ A noção de “segurança” no processo (e no Direito) deve ser repensada, partindo-se da premissa de que ela está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos e limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. O processo enquanto ritual

3 A LÓGICA PROBATÓRIA NO PROCESSO

Comprovar um fato, constatar a ocorrência do mesmo, caracterizar a responsabilidade, são alguns dos atos que se encontram diretamente ligados às provas obtidas, tanto na instrução preliminar quanto na fase judicial. Neste capítulo, demonstra-se os meios de prova utilizados para a constatação da culpa e ocorrência do erro médico.

Provar, no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho, “significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós.”²⁹ Este conhecer dá-se por meio da prova, ou seja, do conjunto probatório apresentado nos autos pelas partes ou produzido pelo Juiz, visando constituir a existência do fato alegado. O Direito Processual adequou os meios de prova, ou seja, os recursos diretos ou indiretos que podem vir ser empregados, com o escopo de obter a verdade no processo.

O juiz, para declarar a culpabilidade penal de um médico, precisa que as provas trazidas aos autos gerem, em si, forte convicção da real ocorrência do erro médico. É no conjunto probatório formado por atos das partes ou de terceiros (peritos, etc.), que o juiz irá constatar a verdade, dará a ele o estado de certeza de que necessita para se convencer do alegado.

Segundo doutrina³⁰ corrente, são em número de três os meios de valoração das provas:

de reconstrução do fato histórico é a única maneira de obter uma versão aproximada do que ocorreu. Nunca será o fato, mas apenas uma aproximação ritualizada do fato. LOPES JUNIOR, Aury. **Processo Penal, Tempo e Risco: Quando a Urgência Atropela as Garantias**. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal: Leituras Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.33. [grifo do autor]

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º V. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.213.

³⁰ De um ponto de vista histórico, a doutrina processual vislumbra três sistemas de avaliação das provas – íntima convicção, prova legal e persuasão racional -, enaltecendo-se, via de regra, a excelência do último, fundado que é na liberdade do julgador. KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos**

- *Íntima convicção*: neste sistema o fundamento irá encontrar guarida na certeza moral do julgador. É, em regime de exceção, o sistema utilizado pelo Tribunal do Júri.

- *Prova legal*: aqui, a valoração da prova obedece a uma hierarquia probatória disposta expressamente. O juiz forma sua convicção sob os critérios legislativos. Este sistema não mais encontra guarida em nosso ordenamento processual penal vigente.

- *Persuasão racional*: por este meio o juiz julga de acordo com seu livre convencimento, porém o mesmo se encontra unido às provas carreadas aos autos, obrigando-se a fundamentar seu entendimento.

Procura-se alcançar a verdade processual, ou seja, aquela verdade tida como possível. A busca da verdade, por meio de provas, tem por objetivo ³¹ afirmar a autoria e a ocorrência do ato delituoso. Assim, por meio dos procedimentos legais, previstos no Código de Processo Penal tende-se a formar o convencimento do juiz. Meios estes, idôneos e apropriados, assim como convencionalmente válidos. ³²

É necessário notar que o escopo principal do processo judiciário penal é a averiguação da autoria e da ocorrência do crime, de sua individualidade particular (subjetiva) e material (objetiva). A lógica probatória, em face do erro médico, está presente ao fornecer elementos ao julgador que, sopesados, possam vir formar

para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.942.

³¹ Como se sabe, assim como ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, também não lhe interessa a condenação de um inocente. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.200.

³² (...), a verificação fática no processo penal, da mesma forma que em qualquer verificação histórica, é o resultado de uma ilação entre fatos “provados” do passado e fatos “probatórios” do presente, (...). FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.124

claramente, e, também, motivadamente, seu convencimento acerca da culpabilidade do médico.

3.1 MEIOS DE PROVA EXISTENTES NO BRASIL

Transgredindo o médico o dever de cuidado a si imposto e, demonstrado que a transgressão deu causa ao resultado danoso, insurge o tipo culposo, punível na esfera penal. Alcançar a verdade dos fatos, verificando suas circunstâncias subjetivas e objetivas, considerando a possibilidade de influência direta na responsabilização penal, este é o objetivo dos meios de prova³³ empregados.

Nas ocorrências de erro médico a conduta culpável do médico, poderá ser provada por meios advindos do depoimento pessoal do paciente e do médico, da inquirição de testemunhas, da prova documental acostada aos autos (prontuário médico, ficha clínica, etc. que se reportem a uma anamnese feita no paciente) e, do exame de corpo de delito, da prova pericial consistente em exames laboratoriais, radiológicos e clínicos que constatem a incidência de lesão ou que comprovem o resultado morte gerado pelo ato médico.

Pretende-se, com a prova,³⁴ a averiguação, no curso da ação penal, da presença da culpa nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia do ato médico, capazes de motivar a responsabilidade penal do médico. Observe-se que

³³ Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos, etc. (...). A investigação deve ser o mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.259.

³⁴ O extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico ocorrido neste século, propiciando ao homem o acesso a conhecimentos cada vez mais especializados e seguros, tem apresentado significativas repercussões no campo da prova; ampliou-se de tal modo o recurso a esses conhecimentos, na tarefa de reconstrução dos fatos no processo, a ponto de se afirmar, com alguma dose de razão, que a perícia teria conquistado o reinado antes atribuído à confissão. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.155.

no Estado Democrático de Direito, considera-se válido o julgamento estabelecido em provas revestidas de plena envergadura a sobrepujar a presunção de inocência do acusado.

Assim, se demonstra o quanto se faz importante à submissão do procedimento probatório a normas lógicas e jurídicas, considerando a inobservância dos parâmetros legais, causa de ruptura com o devido processo legal penal.

São meios de prova no Brasil:

a) *O Corpo de Delito e das Perícias em geral*: - Dispõe o artigo 158 do Código de Processo Penal, “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto e indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.³⁵

Corpo de Delito, segundo definição de Pedro Nunes, é “conjunto de elementos materiais da existência do fato criminoso (a vítima, as armas e outros objetos utilizados no ilícito penal).”³⁶ Dividem-se em: a) *Direto*, quando os vestígios deixados pelo fato são exteriores e, portanto, verificáveis por meio de vistoria ou exame, são os ditos delitos de *facti permanenti*; b) *Indireto*, quando, por conta da natureza do delito, não se verifica vestígio material, nestes casos é suprido por meio testemunhal, são os delitos de *facti transeuntis*.

Assim, quando o ato delituoso deixar vestígios será necessária à comprovação dos mesmos, e isso se fará por meio do exame de corpo de delito.³⁷ O exame de corpo de delito é um auto onde irão constar todas as observações referentes ao exame do crime realizado pelos peritos. Volta-se, este exame, a verificação dos elementos objetivos tipo.

³⁵ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 640.

³⁶ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p.263.

³⁷ Mais perfeita será a perícia quanto mais próxima do delito for realizada. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.272-73.

b) *O Interrogatório do Acusado*:- O interrogatório do acusado, não obstante ser considerado meio de prova, deve ser visto também como meio de defesa, ao passo que lhe é oportunizado fazer defesa acerca do que lhe está sendo imputado. O interrogatório é um conjunto de perguntas feitas de forma oral pelo juiz ao acusado, com o escopo de reconhecer sua identidade e os fatos imputados juntamente com suas circunstâncias.³⁸

O artigo 185 do Código de Processo Penal dispõe, “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor constituído ou nomeado.”³⁹ Neste ato, não podemos deixar de observar o preceito constitucional previsto no artigo 5º., inciso LXIII, que expressa, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.”⁴⁰

Além do acima declinado, o interrogatório é ato que poderá ser realizado a qualquer tempo, até a sentença, assim como, pode também ser renovado, sempre que o juiz considerar necessário.

c) *A Confissão*:- Reconhecer, o acusado, a autoria do fato delituoso que lhe está sendo imputado, é ato de confissão.⁴¹ Considerada em outros tempos a rainha das provas, perdeu esse estigma em face do sistema legal adotado por nosso processo penal vigente. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal é

³⁸ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p.499.

³⁹ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 642.

⁴⁰ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

⁴¹ Meio pelo qual a pessoa capaz reconhece e declara como verdadeiro o fato que se lhe imputa ou contra ela é alegado. NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p.499.

descrito, “a própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade.”⁴²

Duas são as características que revestem a confissão, ambas expressas no artigo 200 do Código de Processo Penal⁴³: a) a *Retratabilidade*, onde se admite que o confitente retifique o que em declaração anterior havia dito; b) a *Divisibilidade*, permitindo ao confitente acatar em parte a versão do fato que lhe é imputado ou, ainda, negar totalmente a imputação.

Ressalte-se, ainda, que a confissão nunca suprirá o exame de corpo de delito, conforme disposição do artigo 158 do Código de Processo Penal. Além, do que, consiste em ato privativo do acusado, não podendo, em matéria penal, outrem fazê-lo por ele.

d) *As perguntas ao Ofendido*:- Considerado meio de prova, que, demonstrando harmonia com as demais provas carreadas nos autos, pode constituir embasamento à sentença condenatória.⁴⁴ O artigo 201 do Código de Processo Penal prevê que sempre que possível, o ofendido será qualificado e inquirido acerca das circunstâncias do fato. Independente da natureza do crime, o ofendido poderá ser conduzido perante a autoridade judicial, isto se deve ao fato de as informações que detém serem indispensáveis, na maioria dos casos, para se chegar à autoria e circunstâncias do delito.

⁴² BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 627.[grifo do autor]

⁴³ Art.200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 643.

⁴⁴ Em resumo, embora o depoimento das vítimas em princípio sejam suspeitos, dependendo do caso concreto, estando em sintonia com outras provas dos autos merecem fé, (...).MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.292.

e) *Os Testemunhos*:- Disciplinado do artigo 202 até o 225 do Código de Processo Penal, o testemunho é meio de prova, de valoração livre em face das demais provas apresentadas nos autos. Modernamente se tem admitido condenação, ou então, absolvição, por meio de um único testemunho, porém, este deverá estar em total sintonia com as demais provas trazidas aos autos.

Testemunha, segundo Pedro Nunes, é “pessoa que assiste a determinado fato contestado, ou dele tem conhecimento, e é chamada a juízo a fim de depor desinteressadamente sobre o que souber a seu respeito.”⁴⁵ É, toda pessoa física possuidora de capacidade para testemunhar, pois, incumbe ao juiz o critério valorativo⁴⁶ que irá empregar na análise do que lhe foi narrado.⁴⁷

f) *O Reconhecimento de Pessoas e Coisas*:- Como meio de prova, seu escopo é o de fazer a identificação física do acusado, do ofendido ou da testemunha, e de coisa, ou seja, instrumentos que de alguma maneira se encontrem relacionado ao crime.⁴⁸ Seu procedimento encontra-se previsto no artigo 226 até o 228 do Código de Processo Penal.

g) *A Acareação*:- Prestadas as declarações pertinentes, e, as mesmas se apresentarem deveras divergentes, caberá a acareação. Acarear, na definição de

⁴⁵ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p.795.

⁴⁶ Com efeito, a prova testemunhal tem de ser avaliada com cautela, pois o depoimento decorre de uma percepção humana sobre os fatos. (...). Quando se analisa a credibilidade do testemunho, deve-se iniciar pelo fator denominado, *testemunhabilidade*, isto é, o interesse despertado na comunidade diante da declaração da ocorrência de um fato. (...). Em suma, a tarefa do julgador, ao analisar a credibilidade da prova testemunhal, é um exercício de sensibilidade e paciência, representando, muitas vezes, um autêntico jogo de comparações e confrontos. NUCCI, Guilherme de Souza. **A Credibilidade da Prova Testemunhal no Processo Penal**. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 11.10.2007.[grifo do autor]

⁴⁷ Testemunha é a pessoa que declara, sob compromisso de dizer a verdade, de maneira imparcial, ter tomado conhecimento de algo interessante ao processo penal. Por isso, toda pessoa pode ser testemunha (art.202, CPP). Aqueles que prestam declarações, sem o compromisso, são meros informantes, embora possam colaborar, igualmente, para a apuração da verdade real. NUCCI, Guilherme de Souza. **A Credibilidade da Prova Testemunhal no Processo Penal**. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 11.10.2007.

⁴⁸ Ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu que conhece em ato processual praticado diante de autoridade policial ou judiciária de acordo com a forma especial prevista em lei. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.307.

Pedro Nunes é, “por em confronto duas ou mais testemunhas, acusados ou ofendidos, cujos depoimentos anteriores são divergentes ou obscuros, a fim de que, ouvidos novamente, esclareçam o que souberem a respeito de determinado fato.”⁴⁹

Observe-se que não estando presentes os pressupostos de já haverem, os acareados, prestado suas declarações e, notadamente, as mesmas apresentarem contradições, não há motivos que ensejem a realização da acareação.⁵⁰ Seu valor probatório equivale ao do testemunho.

h) *Os Documentos*:- no dizer de Julio Fabbrini Mirabete, documento é, “o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica”⁵¹ É meio de prova que hoje não fica adstrito somente ao papel, admite-se representação direta como provas fonográficas, cinematográficas, etc.

Neste caso, podemos dizer que a ultra-sonografia (filme e laudo), entre outros exames, também pode ser considerada meio de prova documental. Encontra-se, a prova documental, disciplinada no artigo 231 até o 238 do Código de Processo Penal.

i) *Os Indícios*:- segundo ensina Paulo Rangel, indício “é todo e qualquer **fato**, ou circunstância, **certo e provado**, que tenha conexão com o **fato**, mais ou menos **incerto**, que se **procura provar**.”⁵² É meio de prova circunstancial, cujo valor é igual ao das provas diretas, porquanto faz uso do raciocínio construtivo lógico.

⁴⁹ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p.36.

⁵⁰ Não pode a autoridade acarear pessoas que ainda não tenham sido ouvidas. (...). Indispensável que os depoimentos não sejam concordes e, mais, que recaiam sobre pontos relevantes, fatos realmente importantes para o processo e não sobre dúvidas que não venham a influir no julgamento, (...).MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.311.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.312.

⁵² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.435. [grifo do autor]

Reafirme-se que, indícios sopesados de forma isolada, não possuem força suficiente para ensejar disposição condenatória.

Difere da presunção, pois esta se reporta apenas a uma suposição, ou seja, ampara-se na aparência, é o fato que se quer provar. No indício, o fato já provado demonstra um forte liame com o fato que se quer provar que, de forma espontânea, o juiz correlaciona ambos os fatos.⁵³ O Código de Processo Penal em seu artigo 239, delinea o que vem a ser a prova por indícios.

j) *A Busca e Apreensão*:- a busca é diligência de cunho preparatório ou preventivo, consistente nos atos de averiguar e procurar a coisa ou pessoa que se faz objeto da diligência. Já a apreensão é ato contínuo à busca.⁵⁴ Tendo a busca se efetivado, o objeto da diligência é devidamente apreendido, executando, a autoridade competente, a lavra do auto de busca e apreensão.

Não obstante possa ser realizada durante o processo em trâmite, é corrente sua prática na fase inquisitorial, em face de uma possível perda de oportunidade.⁵⁵ A busca e apreensão é meio de prova⁵⁶ de natureza acautelatória, seu escopo é o de assegurar, dentro do processo, coisa que sirva de prova ou, deter pessoa que haja sido indiciada ou acusada do cometimento da infração a se apurar.

⁵³ É tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária no processo. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.317.

⁵⁴ A busca é diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.318.

⁵⁵ Com o intuito de que não desapareçam as provas do crime, o que tornaria impossível ou problemático o seu aproveitamento, dispõe o Código que a autoridade policial deve “apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato” (art.6º, II), regulamentando a busca domiciliar e a pessoal, bem como a apreensão de pessoas ou coisas tanto por aquela como pelo juiz (arts. 240 a 250). MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.318. [grifo do autor]

⁵⁶ A enumeração da lei quanto ao que pode ser objeto da busca e apreensão é taxativa, já que se tratam de medidas de exceção, demandando expressa previsão legal. Não se permite por isso, a aplicação da analogia. A expressão “qualquer elemento de convicção”, porém, permite que sejam realizadas com referência a qualquer objeto que possa influir na livre apreciação das provas pelo juiz. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.320. [grifo do autor]

O artigo 5º, inciso X, XI e XII, da Constituição Federal de 1988, fazem referência à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, do seu domicílio, bem como o sigilo da correspondência e comunicações. A busca e apreensão é prática exercida por autoridade policial ou judiciária que necessariamente deve observar, dentro dos parâmetros legais previstos, as garantias individuais previstas no referido artigo da constituição.⁵⁷

Os meios legais de prova, acima disposto, utilizados em conjunto, com vistas ao estabelecimento da verdade dos fatos, trarão ao juiz os fundamentos basilares para seu convencimento.

3.2 VALORAÇÃO DAS PROVAS

O desenvolvimento na forma de valoração da prova, com o passar do tempo, sofreu certas adaptações em face da sociedade à época, seus costumes e sua forma organizacional política e jurídica. Hoje, o procedimento de valoração probatória, pode ser visualizado em duas fases, a saber: a) a fase de produção de provas; b) a fase da valoração das provas;

A formação do conhecimento do juiz depende de um conjunto de elementos probatórios. Nos casos de erro médico, a prova da ação ou omissão do profissional, não pode ficar adstrita à apresentação, de forma isolada, de um elemento de prova apenas.⁵⁸

⁵⁷ Se necessária a medida para as investigações, antes ou durante o inquérito policial, a autoridade que pretender realizar tal diligência deve solicitar ao juiz a expedição do mandado, fundamentando o pedido com as razões indicadoras da sua necessidade. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.321.

⁵⁸ Em diversas ocasiões, é difícil asseverar, com exatidão e tranqüilidade de consciência, quando o médico efetivamente foi imperito, imprudente ou negligente, ou se o dano adveio de *infelicitas facti*. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado:**

Deve o ato probatório, se voltar à valoração ⁵⁹ dos elementos probantes trazidos aos autos, de modo a fazer a análise conjunta dos mesmos. Submeter os elementos de prova a análise isolada, nos casos de erro médico, irá acentuar deveras a dificuldade de formar um juízo claro do que está sendo exposto pelas partes.⁶⁰

Encontra-se a mercê de sofrer responsabilização penal, o médico cuja conduta vier a ser reconhecida como culposa nas modalidades de negligência, de imprudência ou imperícia. Exercer a Medicina é ato que, por si mesmo, gera exposição a risco de implicação em casos que podem vir a lhe conferir a responsabilidade criminal por um eventual erro médico.⁶¹

A culpa do erro médico não é um fato que se pode provar somente de forma material, necessariamente vai sofrer inferências e raciocínios. Assim, é imperioso fazer a prova direta, por meio de perícia, e a prova indireta, colhida por meio dos testemunhos.⁶²

responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.41. [grifo do autor]

⁵⁹ Assim, somente através da seleção, da crítica, da aceitação ou da rejeição do material produzido será possível extrair-se uma *convicção* a respeito dos fatos investigados; é nessa fase final, com efeito, que os dados objetivos resultantes dos procedimentos probatórios podem se transformar, ou não, em uma *crença* sobre a veracidade ou falsidade das proposições de fato afirmadas pelas partes. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.159.

⁶⁰ **BRASIL. TJRS. A.Cr.nº. 297035461. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des.^a Regina Maria Bollick. J.25.03.1998.** HOMICÍDIO CULPOSO – ERRO MÉDICO – IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA. Embolia pulmonar após o parto. Nexo de causalidade entre os procedimentos médicos e o evento morte não suficientemente demonstrado. Sentença absolutória confirmada. Recurso ministerial improvido.

⁶¹ Segundo a lei processual, à Polícia Judiciária incumbe a *apuração das infrações penais e da sua autoria* (art.4º CPP), com o objetivo de proporcionar ao Ministério Público, ou ao ofendido, nos casos previstos em lei, a propositura da ação penal. Na prática, entretanto, as informações colhidas nessa fase administrativa acabam por ser determinantes, não somente para tal finalidade, mas também para o juízo de admissibilidade da acusação, para a adoção de medidas cautelares, e mesmo como subsídio para a condenação ou absolvição do acusado, quando, de qualquer modo, confirmadas na instrução contraditória; sem contar, ainda, que determinadas provas, como as periciais, por sua natureza urgente, já são realizadas definitivamente no inquérito, sujeitando-se apenas a um controle contraditório *a posteriori*, nem sempre efetivo e suficiente para a garantia da defesa. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 144-45.

⁶² A esse respeito assinala Pontes de Miranda: sempre que se tem de apurar a culpa do profissional, profissionais devem ser ouvidos. Só a atenta consideração das normas técnicas, que devem ser por

3.3 TRATAMENTO NORMATIVO QUANTO A MATÉRIA PROBATÓRIA

O Processo Penal tem por escopo reconhecer e constituir uma verdade jurídica. A verdade referida somente é alcançada por meio de provas que, analisadas e valoradas devidamente, dentro do devido processo penal legal, poderão formar o convencimento do juiz, municiando, ao mesmo, o embasamento necessário a sua fundamentação.

Nesse sentido, é perfeito o disposto no voto dos Acórdãos proferidos pelo Desembargador José Roberge, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.^{63 64}

eles cumprida, pode, na maioria dos casos, apanhar as circunstâncias em toda a sua delicada significação. (...), a regra técnica cria situações que a análise das relações induz regras jurídicas. Podemos dizer que as profissões geram a cada momento, com as invenções, os enunciados de cautela profissional, de perícia executória, de previdência, elementos das regras jurídicas latentes: quando se tem de verificar a culpa, tais florações espontâneas da vida e da evolução industrial aparecem como subsolo do direito. in: KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.949.

⁶³ **BRASIL. TJSC. A.Cr. nº 96.008474-6 – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. José Roberge. j. em 22.04.1997. HOMICÍDIO CULPOSO - IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA ATRIBUÍDAS A MÉDICO - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA INDICATIVA DE ATITUDE CULPOSA DO APELANTE - PROVA TESTEMUNHAL QUE NÃO DEMONSTRA A CULPABILIDADE, A QUAL EXIGE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA PARA ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO - EVENTUAL ERRO PROFISSIONAL PERFEITAMENTE ESCUSÁVEL, QUANDO INVENCÍVEL À MEDIANA CULTURA MÉDICA ANTE ÀS PECULIARIDADES. DO CASO CONCRETO - ABSOLVIÇÃO - "Para o exame da conduta culposa de profissionais da medicina, torna-se de substancial importância à análise dos elementos de natureza técnica contidos no processo, não bastando o juízo crítico de leigos sobre a questão, informando de pesada carga emocional e relacionamento mais diretamente a aspectos secundários do comportamento profissional dos médicos (RT 574/357). "A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa, da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico (RT 589/355)" (Ap. Crim. 30.130, de São José, rel. Des. Souza Varella, 24.06.1994). "O erro profissional não deve ser confundido com a imperícia, posto que aquele é devido à imperfeição da ciência humana. Não há um direito ao erro; mas este será desculpável quando invencível à mediana cultura médica e tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto (RT 571/389)."**

⁶⁴ **BRASIL. TJSC. ACr 98.006862-2 . 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Roberge. j. em 18.08.1998. ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO CULPOSO POR ERRO MÉDICO – NÃO COMPROVADA SUFICIENTEMENTE A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO MÉDICO E O ÓBITO DO PACIENTE, INVIÁVEL SE TORNA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO – Incabe a condenação do médico por homicídio culposo, se na sua conduta não houve nenhuma modalidade de culpa. "A acusação por homicídio culposo, por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a**

A prova, para ser aceita, deve respeitar certos requisitos.⁶⁵ A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, expressamente pronunciou ser inadmissível as provas cuja obtenção deu-se por meio ilícito. É esse inciso, garantia fundamental assegurada a todo cidadão, e limitador do princípio da liberdade da prova, ou seja, ao juiz é dada a liberdade de investigação, porém, em hipótese alguma a fará acima dos limites legais, morais e éticos.

Proíbe-se o uso de qualquer meio de prova cuja obtenção deu-se por conta da diminuição do estado de alerta da pessoa, ou seja, interferiu de forma direta em seu estado físico ou psíquico. São os casos de uso do chamado soro da verdade (substâncias químicas), proibição essa fundada no preceito constitucional de que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Assim, obedece aos pressupostos de aceitação a prova *lícita*, fundada em direito material, e *legítima*, permitida pelo Código de Processo Penal. Em exceção, tem-se admitido à prova que mesmo obtida de forma ilícita, serve em benefício do réu, funda-se essa posição no fato de ser permitido ao réu, a todo tempo, a prova de sua inocência.⁶⁶

No Brasil, o Código de Processo Penal em seus artigos 155 a 250, dispõe sobre a Prova e apontam o rol dos chamados meios legais de prova. Atente-se para o fato deste rol não ser taxativo, haja vista a existência de outros meios admitidos,

razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa, da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico. (RT 589/355)" (Ap. Crim. 30.130, de São José, rel. Des. Souza Varella, 24.6.94).

⁶⁵ Os meios de prova, para que possam ser processualmente válidos, devem ser lícitos, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à forma de sua obtenção. (...). Preciso o entendimento da repulsa a todo e qualquer expediente probatório inidôneo, vez que é inadmissível a tentativa de se punir uma ilicitude praticando outra. TASSE, Adel El. **Investigação Preparatória**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2005. p.26.

⁶⁶ Desta forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.423.

inominadamente, porquanto conjugados com os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como o da dignidade da pessoa humana.

Assim, têm-se como meios de prova legal o corpo de delito e as perícias em geral (artigos 158 a 184, do Código de Processo Penal), o interrogatório do acusado (artigos 185 a 196, do Código de Processo Penal), a confissão (artigos 197 a 200, do Código de Processo Penal), a inquirição do ofendido (artigo 201, do Código de Processo Penal), o testemunho (artigos 202 a 215, Código de Processo Penal), o reconhecimento de pessoas e de coisas (artigos 226 a 228, do Código de Processo Penal), a acareação (artigos 229 a 230, do Código de Processo Penal), os documentos (artigos 231 a 238, do Código de Processo Penal), os indícios (artigo 239, do Código de Processo Penal), a busca e apreensão (artigos 240 a 250, do Código de Processo Penal).

No entanto, deve-se firmar, primeiramente, o contido na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, quando, de forma precisa proíbe a admissão no processo provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, ao arrepio do devido processo legal penal.

Assim, presentes os requisitos legais e guarnecida a denúncia com elementos probatórios idôneos, será a mesma ofertada e, conseqüentemente, se recebida poderá ter início a ação penal. Desprovidas de licitude e legalidade, as provas trazidas e ofertadas pela denúncia serão ineficazes para a propositura da ação penal.⁶⁷

⁶⁷ Resumidamente, pode-se afirmar em conclusão da presente temática: a) somente são inadmissíveis os meios lícitos de prova; b) qualquer meio inidôneo de prova não será aceito nem mesmo para embasar a denúncia; c) a investigação preparatória deve ser pautada pela ilicitude na obtenção dos elementos probatórios que instruirão a inicial criminal. TASSE, Adel El. **Investigação Preparatória**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2005. p.27.

4 O ERRO MÉDICO

O incremento científico aliado à tecnologia, desenvolvido modernamente, tem propiciado ao homem conhecimentos cada vez mais específicos sobre as mais diversas áreas, neste contexto insere-se a Medicina.⁶⁸

Contestar o comportamento do profissional médico é ato hodiernamente corrente em nossos tribunais. A sociedade, hoje, concentra maior acesso aos diversos tipos de informações, e, as pautadas em seus direitos não escapam a isso. A parte de reconhecer ser positivo as pessoas lutarem por seus direitos, insurge o ponto negativo, qual sejam os pleitos cobertos por excesso.

A existência de pseudo-vítimas é fato inconteste, alegam, nos casos referentes a erro médico, prejuízos de cunho material e moral, descaso por parte do profissional, haver sido vítima de lesão corporal, e chegam mesmo a suscitar, no caso os familiares, a ocorrência de homicídio culposos.

O certo é que para cada caso alegado, incidirá, ou não, uma ação penal. E, seu desfecho decorrerá do convencimento pelo magistrado acerca do que lhe é ofertado como prova da verdade alegada. Se o profissional médico atua em conformidade a arte médica, evidente é que o mesmo agiu sob o manto do exercício legítimo.⁶⁹

⁶⁸ É notório, também, que o médico, deliberadamente, jamais quer errar. Ele é formado para salvar vidas e mitigar dores, nunca para causar o mal a quem quer que seja. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.241.

⁶⁹ Quando o médico se afasta das normas de conduta, exigíveis em cada uma das etapas do relacionamento com o paciente – desde a anamnese (informação acerca do princípio e evolução dos sintomas), passando pela exigência de exames de laboratório e outros testes complementares, diagnóstico, tratamento, dever de informação e confidencialidade -, torna-se passível de responsabilização. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.240.

A Medicina ⁷⁰ é profissão que marcha ⁷¹ ao lado do risco. O médico é o profissional, cuja obrigação volta-se inteiramente ao maior bem tutelado pelo Direito, a Vida. Sua formação, na graduação e residência médica, é exatamente voltada ao combate às moléstias que submetem o ser humano. ⁷²

Assim, espera-se do profissional da medicina, o exercício da profissão de modo a ressaltar no paciente a esperança, a dignidade e a confiança. Nem sempre a cura é o que irá se alcançar, porém deve o médico proporcionar ao paciente, sempre, suporte digno na travessia do período em que se encontra enfermo.

O médico em hipótese alguma deve descuidar dos apontamentos realizados no prontuário ou ficha clínica do paciente. Este histórico pode vir facilitar um diagnóstico futuro, além de constituir prova fundamental a demonstrar o cuidado dispensado ao paciente.

A responsabilização criminal do profissional médico se dá quando o ato comissivo ou omissivo por ele efetivado incidir sobre um tipo penal, de cujo nexo causal se verifica um dano. Assim, se um indivíduo é conduzido ao hospital em iminente grau de risco de vida, deve o médico que vier ao seu atendimento primar pela manutenção ou restabelecimento de seus sinais vitais, se, caso contrário, omitir-se no atendimento dando com esse ato causa ao resultado morte, torna-se passível de punição.

⁷⁰ Art.1º. A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza. BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em www.portalmédico.org.br, acesso em 19.10.2007.

⁷¹ Na atualidade a responsabilidade penal pelos erros médicos vem sendo bastante discutida. É preciso ter em mente que a responsabilização do profissional da saúde pública não deve jamais servir como forma de engessar as pesquisas científicas, tornando-se obstáculo ao progresso da medicina. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. V.2. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.66.

⁷² Art.2º. O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em www.portalmédico.org.br, acesso em 19.10.2007.

Segundo o CREMESP ⁷³ (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo), do total de denúncias recebidas nos anos de 2000 até 2006, aproximadamente, 35% delas reportavam-se ao mau exercício da medicina, ou seja, o agir de forma imprudente, negligente ou imperita por parte dos médicos.

O agir culposo do médico caracterizado pela negligência, imperícia ou imprudência, pode desencadear fatidicamente o erro médico. ⁷⁴

Evidente que aquele médico que sobrepõe seus esforços na tentativa de salvar ou curar seu paciente e obtém como resultado o insucesso, não pode ser responsabilizado penalmente por imprudência, haja vista não se poder exigir do profissional médico somente a cura como obrigação final.

A medicina não é ciência exata, deve-se ter em mente que seu desenvolvimento passou, passa e irá passar por percalços, e o que a difere das demais profissões é exatamente o objeto de seu exercício, a vida humana. Os únicos deveres que se pode exigir na conduta do médico é o de agir sempre com responsabilidade, ética e profissionalismo, voltado a saúde do paciente sob seus cuidados.

4.1 ENQUADRAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO PENAL

O delito é um atuar de modo positivo ou negativo ⁷⁵, amoldado a um tipo. Ocorrendo uma conduta, cuja tipicidade incide no Direito Penal, busca-se a

⁷³ Disponível em www.cremesp.com.br, acesso em 19.10.2007.

⁷⁴ Além do trabalho de adequação realizado pelo julgador, que deverá aferir se, no caso concreto, o agente deixou de observar o dever objetivo de cuidado que lhe competia, para que se possa configurar o delito culposo há uma necessidade inafastável de se verificar se a conduta do agente tenha deixado de observar o seu dever de cuidado, se dessa inobservância não advier qualquer resultado lesivo o fato não se amoldará a figura do delito culposo. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. V. II. Niterói: Impetus, 2005. p.198.

⁷⁵ A doutrina apresenta os elementos do fato típico culposo:

antijuridicidade da conduta, ou seja, uma conduta avessa ao ordenamento jurídico. Busca-se um autor capaz, para que sobre ele incida a censura pelo ato cometido. Mister se faz mostrar-se a diferença entre o erro médico e o acidente médico:

a) o *erro médico* permite a reprovação da conduta do profissional médico, neste caso se observa à incidência das três modalidades de culpa, considerada, ainda, a exigência de conduta diversa por parte do médico.

b) o *acidente médico*, também chamado *erro profissional*, assume outra conotação. Neste caso, a falha cometida pelo profissional médico é escusável, pois há que se considerarem os entraves naturais da Medicina, onde a margem de acerto de um diagnóstico dificilmente é de plena exatidão.

O médico, em qualquer etapa de sua atuação em face do paciente, pode incidir em erro por conduta culposa. Em contrapartida, poderá o paciente que sofreu o erro, processar o médico no domínio civil, penal ou administrativo, este último por meio de denúncia feita junto ao Conselho Regional de Medicina.⁷⁶ Procedida à análise do conjunto probatório presente nos autos, impor-se-á a autoria.

Em nosso sistema penal, o exercício da medicina está ligado à conduta culposa⁷⁷, ou seja, o agir de forma negligente, imprudente ou imperita. Integra o rol

1 – uma conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer. Todo crime comporta uma ação, positiva ou negativa. (...)

2 – inobservância do cuidado objetivo manifestada através da imprudência, negligência ou imperícia. O agente, ao praticar a conduta, o faz contrariando as normas próprias de comportamento, faltando ainda com o cuidado que, nas circunstâncias, deve ter para atuar. (...). SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Lesões Corporais: doutrina, comentários, jurisprudência e prática**. 8.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.256.

⁷⁶ O *erro médico* é um dos mais palpitantes e polêmicos assuntos em todas as camadas sociais, sendo frequentemente tratado de forma sensacionalista pelos meios de comunicação de massa que se arvoram em polícia, promotor, juiz e carcereiro, condenando antes de julgar e causando danos irreparáveis não só ao médico acusado, mas também a instituição e aos pacientes, que em geral perdem a confiança e a credibilidade em ambos – médico e hospital – às vezes os únicos do lugar! CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **O Erro Médico**. In: Manual de Orientação Ética e Disciplinar. Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. Volume 1. 2.ed. Florianópolis: março/2000. [grifo do autor]

⁷⁷ Art.18. Diz-se o crime:

1 – (...).

de crimes, os quais incidem o erro médico, o Homicídio culposo ⁷⁸ descrito no artigo 121, §§ 3º e 4º ⁷⁹, e, o crime de Lesão Corporal culposa ⁸⁰ assente no artigo 129, §§ 6º e 7º ⁸¹, ambos do Código Penal Brasileiro.

No tipo culposo, o que se busca punir é o desempenho mal dirigido a um fim que, para o Direito Penal, seria irrelevante, portanto um comportamento lícito. No erro médico a finalidade da ação fica apartada da diligência devida.

Assim, um médico cirurgião, que após proceder a ato operatório, deixa de prescrever antibiótico e antiinflamatório, com fins de evitar processo infeccioso, ao paciente e, ao ser procurado por familiares do mesmo, com histórico de infecção pós cirúrgica, recusa atendimento imediato, evoluindo para septicemia, ou seja, infecção

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.548.

⁷⁸ No delito de homicídio o agente inobserva o cuidado objetivamente devido, a diligência indispensável em face das circunstâncias e produz, de conseqüência, o resultado morte. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial – arts. 121 a 183**. V.2. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.135.

⁷⁹ Art.121. Matar alguém: (...)

§ 3º. Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 4º. No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro a vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. (...). BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.560.

⁸⁰ Já os crimes culposos vêm previstos no Código Penal por meio de “tipos abertos”, aqueles que precisam ser completados pela norma geral que impõe a observância do dever de cuidado. (...). Nessa fórmula podem ser ajustadas inúmeras condutas que levam a vítima à lesão de sua integridade corporal, sempre resultantes da violação de norma geral que impõe a observância, pelo agente, do dever de cuidado objetivo. SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Lesões Corporais: doutrina, comentários, jurisprudência e prática**. 8.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.261.[grifo do autor]

⁸¹ Art.129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...)

§ 6º. Se a lesão é culposa:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

§ 7º. Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º. (...). BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Lívia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.560-61.

generalizada, e vêm a óbito, incorre o médico em homicídio culposo, caracterizado pelo agir negligente.⁸²

Do mesmo modo, interessa ao exercício da medicina a Omissão de Socorro, delineada no artigo 135, caput e parágrafo único⁸³, do Código Penal. Pune-se, nesse caso, a omissão de auxílio ao semelhante, encontrando fundamento na solidariedade que deve haver entre os homens. O tipo descrito não exige qualidade especial do agente, incide o médico no enquadramento do tipo pelo agir omissivo em situações distintas.⁸⁴

O artigo 18, inciso II, do Código Penal não previu um conceito, somente enunciou as modalidades de culpa, a saber:

a) *A Negligência*:- É negligente o médico cuja conduta foi a de se omitir aos deveres que lhe exigem a ocasião. Omite-se passivamente em face aos deveres

⁸² Diante das circunstâncias do caso deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento adotado pelo médico. Se ele não a observou agiu com culpa. Essa culpa tem que ser certa, ainda que não seja necessariamente grave. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. In: Revista dos Tribunais nº 718/38.

⁸³ Art.135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, (...), ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.561.

⁸⁴ Às vezes por razões supostamente razoáveis, deixa o profissional de prestar socorro a pessoa ferida e com risco de vida que acaba de chegar a hospital, pronto-socorro ou até mesmo consultório. Sabedor o profissional que está se escusando de dever profissional, age com dolo e não com culpa. (...). Por outro lado, se o tipo penal faculta a possibilidade de se pedir socorro à autoridade pública, entende-se que o médico não tem o direito a essa faculdade, pois, por sua profissão, tem o dever de prestar socorro quando solicitado em consultório, hospital ou pronto-socorro. Dessa forma, o socorro deve ser imediato a partir da ciência da existência de pessoa ferida. (...). A questão mais relevante sobre a omissão de socorro é a superlotação de nossos hospitais públicos. Nessa hipótese entende-se que o profissional não está se omitindo no auxílio de um paciente, mas sim totalmente impossibilitado de exercer sua profissão naquele caso concreto. Na hipótese, o médico nem chega a realizar conduta descrita no tipo penal. (...). RANGEL, Fernando Magalhães. **A Atuação do Médico e suas Responsabilidades na Esfera Penal**. São Paulo: Publisher Brasil: Sindicato dos Médicos de São Paulo, 1995. p.162-3.

relacionados à profissão médica. Configura-se a omissão por meio da indiferença do agente, da carência de cuidado exigível, da desatenção, etc.⁸⁵

Assim, age de forma negligente o médico que por falta de interesse descuida da evolução clínica de paciente que sofreu queimaduras de 2º grau, acarretando a morte do mesmo.⁸⁶ Ou, ainda, médico pediatra que estando de plantão deixa de comparecer ao Hospital quando solicitado, decorrendo o óbito do infante.⁸⁷

Outro exemplo de conduta médica negligente é a do médico que acolhe em pronto-socorro paciente vitimado por traumatismo craniano decorrente de queda de nível, e o relega ao abandono, ou seja, notadamente age indiferente ao mesmo, acarretando-lhe a morte.

b) *A Imprudência*:- Incorre no tipo imprudente⁸⁸ o médico que se abstendo da devida cautela, obra de maneira irresponsável, furtando-se as circunstâncias do

⁸⁵ A lei exige que o médico seja diligente no exercício de sua profissão. Exige que desenvolva toda sua capacidade para minimizar os sofrimentos do paciente e salvar sua vida. Não pode fugir o profissional das responsabilidades que a sociedade lhe deposita em mãos sob pena de a própria sociedade lhe cobrar por sua negligência. Essa responsabilidade, no caso do médico, torna-se mais relevante em razão do bem que lhe é confiado: a vida. RANGEL, Fernando Magalhães. **A Atuação do Médico e suas Responsabilidades na Esfera Penal**. São Paulo: Publisher Brasil: Sindicato dos Médicos de São Paulo, 1995. p.155.

⁸⁶ APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA EVIDENCIADA. APELO PROVIDO. A ré, ao deixar de agir nos moldes que lhe impunham as circunstâncias, sob a égide da profissão que exercia, obrou em negligência, fator determinante da evolução do quadro clínico do paciente, culminando com sua morte. Apelo Provido. Unânime. BRASIL.TJRS. Apelação **Crime nº 70002913044**, Câmara Especial. Relator: Dr^a. Maria da Graça Carvalho Mottin, julgado em 28.05.2002.

⁸⁷ PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. MÉDICO PEDIATRA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVA. INVIABILIDADE. PROVA ROBUSTA. NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA OMISSÃO DE SOCORRO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Responde pelo delito previsto no artigo 121, §§ 3º e 4º e não pelo delito de omissão de socorro (artigo 135, do CP) o MÉDICO que, estando de plantão e, de sobreaviso em sua residência é acionado, mas negligentemente deixa de comparecer ao hospital, ministrando, por telefone, medicação. BRASIL. TJMG. Apelação Criminal nº 1.0384.00.008361-6/001. 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Pedro Vergara. Julgado em 12.06.2007.

⁸⁸ Será imprudente o notável cirurgião que, por vaidade, empregue, ao operar seu paciente, perigosa técnica, sem comprovada eficiência, quando poderia seguir o seguro processo habitual. Não é imperito, nem negligente: redobra-se em desvelos, mas o doente morre, em razão da imprudência. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. V. I. Tomo I. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. p.259.

caso. Neste episódio, o agir médico se encontra aquém da cautela média exigida.⁸⁹ A culpa desencadeada por este ato é comissiva, ou seja, é forma ativa de culpa. A ocorrência da culpa por imprudência se concretiza de modo simultâneo à ação.⁹⁰

Segundo Basileu Garcia, "... consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo;"⁹¹

É imprudente o médico que, podendo diagnosticar lesão de menisco por meio de exame clínico aliado ao de ressonância magnética, parte para a artroscopia. Se do procedimento advier à solução, com a conseqüente intercessão corretora, considera-se ter o médico agido dentro dos padrões de prudência, porém, se do procedimento provir alguma intercorrência, em tese, pode o profissional responder pela mesma. Pode vir ser processado por lesão corporal culposa, ou na esfera cível ter que proceder a indenização ao paciente.

c) *A Imperícia*:- Age com imperícia⁹² o médico que desprovido de aptidão técnica, teórica ou prática, exerce a atividade profissional. Arreda-se do exercício feito com base nas normas e técnicas profissionais,⁹³ que considerando sua

⁸⁹ Toda atividade humana, incluindo as mais simples, exigem um dever de cuidado pautado pela média da prudência. RANGEL, Fernando Magalhães. **A Atuação do Médico e suas Responsabilidades na Esfera Penal**. São Paulo: Publisher Brasil: Sindicato dos Médicos de São Paulo, 1995. p.154.

⁹⁰ Pode ser considerado imprudente o médico que transgredir normas técnicas de praxe, reiteradas pela literatura e pela experiência. (...). Isso não quer dizer que o profissional está proibido de usar técnica nova. Ao contrário, o que se exige é que essa técnica seja devidamente analisada e mostre que não representa risco inerente aos pacientes. Nesses casos, necessário é avaliar com precisão as vantagens e desvantagens que o novo tratamento implica. RANGEL, Fernando Magalhães. **A Atuação do Médico e suas Responsabilidades na Esfera Penal**. São Paulo: Publisher Brasil: Sindicato dos Médicos de São Paulo, 1995. p.154.

⁹¹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. V. I. Tomo I. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. p.259.

⁹² A imperícia sempre pressupõe uma prévia habilitação legal para a arte ou profissão, como somente pode cometer imperícia o médico legalmente habilitado junto ao Conselho Regional de Medicina. (...). Assim entendemos que o profissional médico deve ter sempre em mente a noção de previsibilidade. Deve questionar se sua conduta profissional é previsível ao resultado danoso ao paciente. RANGEL, Fernando Magalhães. **A Atuação do Médico e suas Responsabilidades na Esfera Penal**. São Paulo: Publisher Brasil: Sindicato dos Médicos de São Paulo, 1995. p.152.

⁹³ O médico, que se revela imperito em uma intervenção cirúrgica e mata seu cliente, não deixa de ser negligente, no sentido de que, ou não tomou as cautelas necessárias, ou, sabendo-se inábil, se abalçou a uma tarefa superior à sua aptidão. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. V. I. Tomo I. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. p.259.

profissão, teria a obrigação de conhecer. Provada a falta de capacidade de exercício técnico, ainda que de forma eventual, incide o mesmo em erro médico por imperícia.⁹⁴

Considera-se imperito o médico que possuindo especialidade em neurologia, não soube diagnosticar caso de neurocirurgia comprovado por meio de tomografia computadorizada, vindo em decorrência, o paciente, a óbito.

Atuando o médico, de maneira a enquadrar sua conduta em alguma das modalidades de culpa, decorrendo deste ato resultado danoso ao paciente, e, provado o mesmo, insurgirá o direito de responsabilizar o médico pelo erro médico gerado. Porém, se da conduta médica não sobrevier resultado danoso algum ao paciente, não há que se falar em culpa.⁹⁵

4.2 LAUDO PERICIAL: VÍCIOS POSSÍVEIS E SEU VALOR PROBATÓRIO

Havendo a possibilidade de se extrair da prova produzida a conclusão firme de que o médico obrou com culpa a ele será aplicada à pena correspondente. Produzir a prova do fato, constituindo a documentação técnica-legal (atestado, parecer, notificação, auto e laudo) do mesmo, trazendo, assim, ciência técnica ao

⁹⁴ De imperito se averbaria o profissional da medicina que ousasse uma operação para a qual lhe faltassem conhecimentos básicos, vindo a produzir a morte do paciente. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. V. I. Tomo I. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. p.259.

⁹⁵ No entanto, se a intervenção cirúrgica ou a atividade curativa produzem um resultado desfavorável, haverá, por sem dúvida, uma lesão da incolumidade corporal e da saúde do paciente. Porém, se o cirurgião ou o médico atuam com vontade de curar o paciente, não há dolo (direto ou eventual). A conduta poderá, todavia, perfazer o tipo de lesão corporal culposa se o sujeito ativo não agiu com o cuidado objetivamente devido – seja ao avaliar a própria capacidade, seja ao realizar o diagnóstico, seja ao apreciar a necessidade da intervenção, ou mesmo no momento de sua execução – e o resultado produzido foi consequência dessa inobservância. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial – arts. 121 a 183**. V.2. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.137.

juiz, para uso em seu livre convencimento, esse é o intuito final da perícia.⁹⁶ Para o nosso tema tem relevância às perícias médicas - legais.

Para o estabelecimento da responsabilidade penal é imperioso demonstrar a relação entre o dano sofrido pelo paciente e o agir negligente, imprudente ou imperito do médico. O conjunto de subsídios materiais probantes, relacionados com a infração penal, recolhidos e devidamente examinados e analisados por peritos especializados, permite demonstrar o liame entre o agir e o resultado danoso.

O trabalho pericial, ou seja, a perícia médica,⁹⁷ consiste em uma avaliação especializada do tema em questão, no caso o erro médico. Procura a comprovação da real ocorrência da lesão (ou morte) na, em tese, vítima do erro médico. Solicitada pelo juiz, quando o caso em tela escapa ao seu entendimento técnico.⁹⁸

O perito, por meio de procedimentos técnico-científicos, traz ao juiz esclarecimento acerca da configuração do dano, seja ele uma deformidade funcional ou deformidade corpórea, seja externa ou interna. O laudo pericial envolvendo o erro médico, na seara penal dispõe-se a demonstrar o grau da lesão gerada pelo

⁹⁶ A perícia tem por objetivo captar os elementos sensíveis do fato criminoso ou aspectos específicos de determinados objetos ligados a ele, dando-lhes interpretação científica. Podem ser objeto de exame pericial as evidências materiais do crime, a cena dele, os instrumentos usados em sua prática e todos os objetos utilizados desde os atos preparatórios até o desfecho, passando por todo o *iter criminis*. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.) et al. In: CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **Prova Pericial: exame de corpo de delito e perícias em geral**. V.2. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.1.708. [grifo do autor]

⁹⁷ No campo da medicina Legal, sem dúvida alguma, o exame pericial também contribui decisivamente para a caracterização do delito, os meios e os modos empregados e até a sua autoria. Sua incumbência é proceder às perícias nas pessoas vivas ou mortas, vítimas de atentados, bem como aos exames hematológicos, toxicológicos e outros para o esclarecimento de fato delituoso. A perícia médico-legal determina a causa-mortis na pessoa, indica ferimentos e os instrumentos que teriam sido empregados para produzi-los. ANEFALOS, Homero. **A Perícia e o Direito**. Piracicaba: Franciscana, 1979. p.11.

⁹⁸ Sendo o juiz inexperto na ciência médica, dada às características, essencialmente técnicas, da investigação probatória, a perícia somente se torna dispensável por exceção. Ocorre, porém, que o perito é igualmente médico – e as suspeitas de corporativismo crescem quando o laudo é desfavorável à parte autora. As vítimas quase sempre são pobres, não dispõem de recursos para remunerar assistente técnico. Por isso, ficam na dependência da prova produzida pelo perito judicial. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.62.

erro médico, bem como as conseqüências decorrentes do mesmo e, que incidirão sobre a vida do paciente, se lesão, ou sobre a de seus familiares, se tratando de óbito.⁹⁹

Do exame e análise realizados pelo perito, formar-se-á o Laudo Pericial, esse, em regra geral, compõe-se de cinco partes, dispostas de forma sistematizada:

1ª) *preâmbulo*:- contém a qualificação dos peritos, da autoridade que os nomeou e da pessoa a ser examinada; o motivo de realização da perícia; a data de realização; o termo de compromisso; os quesitos a serem respondidos.

2ª) *histórico, comemorativo ou anamnese*:- descrição dos fatos antecedentes à perícia.

3ª) *descrição dos fatos (visum et repertum)*:- relato feito de forma clara, sem tecnicismo exacerbado, porém minucioso na descrição das lesões encontradas, tanto em pessoa viva como em cadáver. Esta parte do laudo é a considerada mais importante.

4ª) *discussão dos fatos*:- parte não essencial, porém, se presente deve ser feita de forma a não gerar obscuridade na conclusão e afirmativas ou dificultar seu entendimento.

5ª) *conclusão*:- em forma de respostas diretas aos quesitos formulados, abordando os pontos pertinentes ao esclarecimento do juiz.

A realização da perícia, em regra, é feita por dois peritos oficiais. A exceção se dá quando, na localidade de ocorrência do delito, não houver peritos oficiais,

⁹⁹ Nas questões de natureza penal buscam-se evidenciar o *corpus criminis* (corpo da vítima), o *corpus instrumentorum* (o meio ou ação que produziu o dano) e o *corpus probatorum* (o conjunto dos elementos sensíveis do dano causado). FRANÇA, Genival Veloso de. **A Perícia do Erro Médico**. Disponível em: www.pbnet.com.br. Acesso em: 10 de jul. de 2007.

nesse caso a perícia será realizada por duas pessoas idôneas, com curso superior, escolhidas conforme a habilitação técnica relacionada ao tipo do exame.¹⁰⁰

Deste modo, o laudo pericial deve ser formulado por dois peritos, não porque se questione a idoneidade de um só perito, mas pelo fato de que a lei assim dispôs com fim a um esclarecimento mais perfeito da prova. O laudo pericial que houver sido feito por apenas um perito é considerado irregular e necessita, portanto, ser feito novamente.¹⁰¹

Porém, se o vício¹⁰² contido no laudo pericial for de contradição, esta podendo ser total ou parcial e entre duas ou mais afirmações nele declinadas ou então contiver obscuridade ou omissão, cabe a autoridade solicitante ordenar o desfazimento dos antagonismos, o esclarecimento dos pontos obscuros ou o preenchimento dos pontos lacunosos do mesmo.

Em se tratando de imprestabilidade do laudo como prova, por conta das falhas nele contida, inviabilizando sobremaneira sua apreciação, deve a autoridade ordenar novo exame, até mesmo por perito diverso se for o caso.¹⁰³

¹⁰⁰ Art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§ 1º. Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada a natureza do exame.

§ 2º. Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.641.

¹⁰¹ Súmula do STF 361. No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1704.

¹⁰² A rigor não há exigências formais referentes à confecção dos laudos periciais. MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal: a luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri: Manole, 2005. p.388.

¹⁰³ Art.181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.642.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 564, inciso III, alínea “b”, dispõe expressamente acerca da nulidade acarretada pela falta do exame do corpo de delito quando o crime deixa vestígio.¹⁰⁴ Consigne-se, porém, ser, essa nulidade, relativa, porquanto aceita a substituição pelo exame do corpo de delito indireto.

O valor probatório do laudo pericial é o mesmo das demais provas obtidas de forma lícita e legítima, dentro do processo, seja ele na fase inquisitorial seja na fase judicial.¹⁰⁵ Como a convicção do juiz é formada pela livre apreciação das provas, não há que se falar em hierarquia probatória. Todas as provas carreadas aos autos em regra possuem o mesmo valor.

Nos delitos decorrentes do erro médico, a perícia acaba tendo prevalência sobre as demais provas, haja vista os dados advirem de afirmações¹⁰⁶ científicas. Porém, não se descuide do fato de que a perícia, como qualquer outro meio de prova, pode e deve sofrer o contraditório, comportado pelo devido processo legal penal.¹⁰⁷ Bem como, pode sofrer maior ou menor valoração em face ao livre convencimento do juiz.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Art.564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...)

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...)

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art.167. BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.665.

¹⁰⁵ O exame pericial realizado na fase de inquérito policial tem o mesmo valor da prova realizada em juízo, porque a sua força probante deriva da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste. Impõe-se a solução, máxime porque nada obsta á defesa criticar o trabalho técnico ou requerer outros exames, pleiteando, inclusive, quando for o caso, a repetição da prova com a nomeação de novos técnicos. BRASIL. TACRIM – SP – AP – Rel. Roberto Martins – JUTACRIM – SP 33/339.

¹⁰⁶ La correcta evaluación de la prueba científica presupone el poder de discernir sobre la “ciencia verdadera”, y aplicarla excluyendo aquella que no lo sea. BERIZONCE, Roberto Omar. **Control Judicial de la Perícia Científica**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.969.

¹⁰⁷ Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas em la posición de previamente conocerlo y discutirlo. La valoración judicial de las pruebas culmina el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. BERIZONCE, Roberto Omar. **Control Judicial de la Perícia Científica**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.).

Destarte, quando a determinação for judicial, são oportunas às partes e o juiz, apontar quesitos aos peritos até o momento em que a perícia venha ser cumprida. O oferecimento dos quesitos importa, dentro da busca da verdade processual, garantia do devido processo legal, colimado pela ampla defesa e pelo contraditório.

4.2.1 Contexto Corporativista da Perícia Médica – Legal

As implicações adversas ocorridas nos procedimentos terapêutico e diagnóstico que resultem ato negligente, imprudente ou imperito do profissional médico devem ser submetidas ao estudo jurídico. Porquanto, a vida, maior bem tutelado pelo direito, é o instrumento de trabalho do médico.

Discute-se, nos casos de erro médico, a real carga probatória de um laudo pericial médico, cuja elaboração parte de um “colega” de profissão, daquele a quem recai a acusação. Questiona-se a colocação em prática do princípio da imparcialidade por parte dos peritos médicos.¹⁰⁹ Segundo Consuelo Taques Ferreira Salamacha, “Deve-se, portanto, contar com uma perícia efetivamente bem feita e

Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.967.

¹⁰⁸ El juez há de verificar, asimismo, la pertinência de la aplicación de los conocimientos que sustentan la perícia em el caso concreto, por la necesaria relacion directa que há de existir entre ellos como condición de su aplicabilidad. El análisis y confrontación por el juez de todos y cada uno de tales presupuestos implica no solo el control de la racionalidad de los procedimientos periciales sino, también, la elaboración de su própria hipótesis científica, diversa si fuere el caso de la construída por el experto, a condición de su fundamentación racional y em correspondência com los valores prevalecientes em el seno de la sociedad. . BERIZONCE, Roberto Omar. **Control Judicial de la Perícia Científica.** In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.969.

¹⁰⁹ Em regra, sustenta-se que o espírito impede que o profissional demonstre as falhas de outro. A perícia médica realizada por colega de profissão, ainda que tenha significativa importância, costuma ratificar esse espírito comprometendo assim o Princípio da Imparcialidade, razão pela qual muitas vezes diz-se existir a “máfia de branco”. Contudo, não se encerra aí somente a dificuldade na prova da culpa médica, pois os suportes a embasar uma demanda judicial estão, via de regra, nas mãos do próprio médico. Além do mais, a prova dessa culpa é difícilíssima, tendo em vista a classe médica ser muito unida em defesa de seus próprios interesses. SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da Prova.** Curitiba: Juruá, 2006. p.96-7.

com que, principalmente, o profissional designado para aquele ato, seja no mínimo relativamente sincero quanto à conduta profissional do colega.”¹¹⁰

Certamente não se podem generalizar as condutas, mas seria uma impostura de nossa parte não reconhecer a existência do corporativismo médico. Comumente, abre-se suspeição sobre laudos periciais médicos,¹¹¹ cujo conteúdo é visivelmente discrepante a realidade. Vê-se, claramente, a manipulação conclusiva em prol do colega médico.

Identifica-se um laudo tendencioso quando o mesmo passa a enfatizar o “errar faz parte da natureza humana”, enquanto deveria demonstrar a correlação existente, ou não, entre o dano surgido e o agir que deu causa ao mesmo, sopesando as condições salutaras do paciente e as circunstâncias em que se deu em tese o erro.

Porém, aparte da existência do corporativismo da classe médica, isso não pode impedir o juiz de valorar as provas em conjunto, mesmo porque não se pode aceitar que somente um laudo pericial, de forma isolada, forme a convicção do julgador.

4.3 POSSIBILIDADES PROBATÓRIAS ALÉM DO LAUDO PERICIAL

A despeito de possuir significativa importância, como já exposto, a perícia médica não é o único meio de prova da ocorrência do erro médico. Optou-se por apresentar, três outros meios de prova inerentes a atividade médica, uma

¹¹⁰ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da Prova**. Curitiba: Juruá, 2006. p.102.

¹¹¹ A prova de ação culposa do médico é demasiadamente complexa. Dos obstáculos que se antepõem à verificação da culpa, na atividade médica, o principal é, mesmo, essa relativa solidariedade que existe entre os médicos. Os profissionais de saúde unem-se em torno de um pensamento comum: nunca pretenderam errar. O insucesso no caso concreto, sempre há de ser debitado à fatalidade. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.74.

documental e dois exames complementares à perícia, que podem ser carreados aos autos, constituindo meio de prova de força similar à perícia médica.

A prova documental refere-se ao prontuário médico do paciente, elaborado no período em que o paciente está sob os cuidados do profissional médico. A Tomografia Computadorizada, meio diagnóstico de alta precisão e, neste mesmo segmento a Ressonância Magnética, também meio diagnóstico preciso, porém ao contrário da Tomografia Computadorizada, seu emprego não faz uso da radiação.

4.3.1 Prontuário Médico

É o primeiro documento requerido pela autoridade judicial, policial, ou administrativa (Conselho Regional de Medicina), nos casos de denúncia envolvendo o erro médico.¹¹² O prontuário médico do paciente é um registro sistematizado contendo os dados do paciente e toda a descrição médica dos atendimentos prestados.¹¹³ Sua organização é composta pelos seguintes itens:

a) *ficha clínica*, onde se identifica o paciente, descreve-se a anamnese (histórico evolutivo da patologia) e o exame físico realizado, o diagnóstico possível e a conduta terapêutica.

¹¹² **Resolução CFM No. 1.246/88, de 08 de janeiro de 1988 - Código de Ética Médica;**

(...) É vedado ao médico:

Art.69. Deixar de elaborar prontuário médico de cada paciente. BRASIL. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **O Prontuário Médico**. In: Manual de Orientação Ética e Disciplinar. In: Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. V.I. 2.ed. Florianópolis: 2000.

¹¹³ **O preenchimento do prontuário médico é obrigação e responsabilidade intransferíveis do médico**, fazendo-se exceção aos hospitais de ensino, onde os alunos de medicina o fazem sob supervisão, correção e responsabilidade de médicos, sejam professores de medicina ou do *staff* do hospital de ensino. É prática antiética e ilegal, portanto condenável, delegar seu preenchimento a outrem que não médico habilitado perante o Conselho de Medicina. BRASIL. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **O Prontuário Médico**. In: Manual de Orientação Ética e Disciplinar. In: Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. V.I. 2.ed. Florianópolis: 2000.

b) *exames complementares*, se requeridos podem ser os anatomopatológicos (p.ex., hemograma, parcial de urina, glicemia, etc.), os radiológicos (p.ex., Raio-X, cintilografia, ultrasonografia, tomografia computadorizada, etc.) e a Ressonância Magnética.

c) *evolução clínica*, descrição do progresso do tratamento.

d) *pedido de parecer*, se necessário o acompanhamento de mais de um especialista, em consequência da patologia apresentada, agrega-se a opinião do mesmo ao prontuário do paciente.

e) *prescrição médica*, contida a seguir dos dados referentes à temperatura corporal, pulso, pressão arterial e respiração, podendo, ainda, constar o relatório da enfermagem, na mesma folha ou em anexo.

f) *quadro TPR* (temperatura – pulso – respiração).

g) *resumo de alta médico-hospitalar*, ou, em sendo o caso, *resumo do óbito*.

Destarte, pode-se dizer que o prontuário médico é um conjunto de subsídios informativos uniformizados, ordenados e compendiados, reservado aos apontamentos dos cuidados médicos e para-médicos, proporcionados ao paciente.¹¹⁴

Seu correto preenchimento constitui-se peça de grande importância na defesa do médico em face de denúncia de imperícia, negligência ou imprudência. Da análise do contido no prontuário médico extrai-se o *iter* assistencial proporcionado ao paciente.

¹¹⁴ O prontuário médico é o conjunto de documentos padronizados e ordenados, onde devem ser registrados todos os cuidados profissionais prestados aos pacientes e que atesta o atendimento médico a uma pessoa numa instituição de assistência médica ou num consultório médico. É também o documento repositório do segredo médico do paciente. BRASIL. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **O Prontuário Médico**. In: Manual de Orientação Ética e Disciplinar. In: Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. V.I. 2.ed. Florianópolis: 2000.

O Prontuário Médico, além de ser instrumento indispensável ao correto atendimento do paciente, vem contribuir, também, para o esclarecimento de questões duvidosas em relação ao tratamento dispensado ao paciente, surgidas em eventuais demandas judiciais ou administrativas.

4.3.2 Tomografia Computadorizada

A Tomografia Computadorizada é exame auxiliar da perícia, cujo diagnóstico procura identificar lesões decorrentes do erro médico. Em se tratando de tecnologia a Tomografia Computadorizada é, ao lado da Ressonância Magnética, um dos exames mais confiáveis e precisos disponível no mercado.

Consiste no uso de um aparelho de raios x que gira ao redor do corpo do paciente, realizando radiografias transversais. O computador então converte estas radiografias em cortes transversais tomográficos, construindo imagens internas, focadas em diversas profundidades, das estruturas do órgão ou parte do corpo específica, formando uma série de seções montadas posteriormente pelo computador, compondo um quadro completo das imagens desejadas.

Essa técnica radiológica permite a obtenção de uma imagem computadorizada do que representa um corte axial do corpo humano, de forma tridimensional, e não longitudinal e transversal, como é o caso do Raio X. A precisão do exame é tão elementar que consegue detectar até as menores alterações existentes ou provocadas, por exemplo, em tecidos. No caso de vasos sanguíneos, artérias e veias, cuja demonstração necessita de uma maior precisão, pode-se fazer uso do contraste, líquido específico ministrado no paciente durante a realização do exame.

Portanto, em se tratando de exame diagnóstico auxiliar, determinante de ocorrência ou não do erro médico, a Tomografia Computadorizada é um dos meios de análise indicado.

4.3.3 Ressonância Magnética

A Ressonância Magnética, como a Tomografia Computadorizada, é exame auxiliar da perícia médica, tem-se fixado como importante meio de diagnóstico por imagem na investigação de lesões de tecidos, articulações, músculos, tendões, ligamentos e órgãos.¹¹⁵

Permite este método diagnóstico, retratar imagens de alta resolução do corpo, pois define as imagens, em múltiplos planos de estudo, apontando detalhes muitas vezes não detectáveis por meio do exame de Raio-X ou Tomografia Computadorizada. Imagens finas e em camadas, chamadas de tomogramas são geradas de qualquer parte e ângulo do corpo sem, no entanto penetrá-lo.

O procedimento do exame consiste em situar o paciente dentro de um tubo, aberto em suas extremidades, que emitirá sinais que serão captados e transformados em imagens por um computador. Conforme a necessidade de uma melhor definição da imagem, o radiologista poderá fazer uso de uma substância (contraste) de nome gadolínio. A mencionada substância é usada com a intenção de aumentar a capacidade diagnóstica.

¹¹⁵ Os tecidos aparecem na tela em diferentes níveis de iluminação. Os tecidos que são ricos em água são bastante brilhosos, tecidos com pouca água são escuros. Os ossos quase não são vistos enquanto tecidos como músculos, ligamentos, tendões e órgãos podem ser reconhecidos claramente em tons cinza. Disponível em: **Tecnologia médica, enxergando dentro do corpo: imagem de ressonância magnética, a técnica do efeito nuclear.** www.discoverybrasil.com. Acesso em: 11 de out. de 2007.

Desta forma, o exame de Ressonância Magnética aufere grande valor, porquanto viabiliza a detecção de lesões que não seriam possíveis senão por meio de método invasivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Erro Médico, como decorrência da imprudência, negligência ou imperícia de um profissional médico, é ocorrência concreta no exercício da medicina. Gerar lesões de caráter permanente ou o óbito de um paciente, não é o objetivo final de um médico, ao contrário sua luta é sempre pela vida, ou, ao menos, o amenizar do sofrimento imposto ao paciente.

O exercício da Medicina envolve riscos como qualquer outra profissão, o que sobrepõe seu exercício aos demais, é o agir sobre a vida humana. Não há que se falar em precisão absoluta do agir médico, porquanto inexistir controle absoluto sobre os riscos do exercício profissional médico e o resultado dele esperado.

O insucesso do médico, p.ex., com a morte de um paciente em tratamento, não significa, necessariamente, erro médico. Deve o profissional médico, haver agido de maneira negligente, imprudente ou imperita, em face da situação a que se expunha, para que possa vir ser responsabilizado penalmente. O êxito na cura deve ser sempre visto de maneira relativa, e nunca como uma certeza.

A seriedade, que tal situação insere, seja para o paciente quanto para o médico, em face de um erro cometido é fato inconteste. A responsabilidade gerada pelo exercício da Medicina é assaz importante, pois é a vida humana o objeto de trabalho do médico. Prestar o exercício profissional da Medicina, com as cautelas inerentes a profissão, é o que se espera do médico.

Em um Estado Democrático de Direito, somente os subsídios constituídos dentro de um processo de conhecimento eqüitativo dos fatos poderá vir corroborar as restrições atribuídas à liberdade do indivíduo, no caso o profissional médico. Um devido processo penal legal, garantidor dos direitos fundamentais e, ao mesmo

tempo, instrumento desta garantia, avaliza as funções do Direito Penal no sentido de aplicar a punição de forma correta e justa. Garantindo-se os direitos e liberdades individuais, quando colocada em execução o exercício da persecução penal, dar-se-á, ao acusado, a proteção em face do poder abusivo do Estado.

Não há que se negar, portanto, a necessidade de o controle jurisdicional prestado pelo Estado, estar revestido pelos princípios e garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa firmados ao indivíduo e à coletividade, para então ver atingida a justa prestação jurisdicional.

Assim, assegura-se justo o processo que, durante seu *iter*, observou plenamente as garantias constitucionais processuais. O justo processo penal legal é dentro de um Estado Democrático de Direito, a fonte que autentica legalmente o *decisum* firmado pela prestação jurisdicional do Estado.

Nos casos de responsabilidade penal por erro médico, a decisão jurisdicional deverá ter sido alcançada dentro do exercício de uma razão lógica e, principalmente, livre das convicções estritamente pessoais do juiz em seu ato de julgar, cuja racionalidade deve sempre encontrar amparo no contraditório e a ampla defesa exercitado pelas partes.

A procura da verdade correlativa à realidade dos fatos, constitui objetivo a ser perseguido. Dentro dessa busca, a prova, é o meio destinado a demonstrar tal verdade. Não se deve restringir a um momento único à busca da verdade, essa deve ser durante todo o desenrolar processual almejada, porquanto vislumbra a liberdade de um inocente ou a imputação penal devida ao que se constatou agente do delito. Um exemplo do acima disposto é o juiz poder perquirir a qualquer tempo até a prolação da sentença a(s) testemunha(s), trazida(s) aos autos do processo crime.

Hoje, dentro do processo penal, não há que se falar na busca da verdade material de forma absoluta. A verdade processual caminha junto da verdade material, pois é do conjunto probatório ofertado ao julgador, e cuja obtenção se deu por meio lícito e legítimo, em total acordo com o devido processo penal legal, que o juiz irá formar seu convencimento.

Não há que se dizer que a prova da culpa pelo erro médico pode ser feita estritamente na forma material, sempre a carga probatória suportará a inferência de raciocínios. As provas carreadas aos autos trarão ao juiz a realidade mais próxima do que de fato ocorreu. Esse é um dos motivos de as provas precisarem ser obtidas de forma legítima e lícita, a exceção se dará quando sendo ilícita a prova dela se puder afirmar à inocência do réu. O meio de prova idôneo é garantia que se concebe não só ao réu, mas também ao autor.

Destarte, a única obrigação que podemos cobrar do médico é que sua ação tenha por base a diligência esperada de um profissional dedicado a salvar vidas, ou, observe o dever de dar ao paciente um suporte de vida digno. Em matéria penal, aquele que alega ter havido inobservância na atuação médica, deve fazer prova da mesma.

A prova, nos casos de responsabilização penal por erro médico, é a base para o aparecimento da verdade. Daí ressaltarmos a importância da perícia médico-legal e conseqüente emissão de laudo pericial idôneo, para formar o convencimento do juiz. É deveras importante se efetivar intensos esclarecimentos acerca do fato ocorrido, o que se fará por meio de prova idônea e eficiente.

Instaurado o processo crime, a determinação final da ocorrência ou não do erro médico e de sua autoria dependerá de um conjunto probatório eficaz ao esclarecimento dos fatos ao juiz. O erro faz parte da conduta humana, o que não

pode ser considerado como ocorrência normal é o erro que advém de uma prática negligente, imprudente ou imperita, por parte daquele que detém dever de assim não agir.

A Medicina não é estanque, cresce a cada dia, não podemos exigir que o médico fique condicionado a regramento técnico antigo, deve o mesmo efetuar atualizações constantes, isso não quer dizer obrar afoitamente, colocando nova técnica em uso sem o devido preparo. Incumbe ao médico adequar-se, de forma equilibrada as novas técnicas médicas, além de considerar suas próprias limitações, e levar em consideração as que o cercam.

A obtenção das provas, cujo fim é o de dar ao juiz subsídios para que se forme sua convicção, deve obedecer ao devido processo penal legal, sob pena de serem consideradas ilícitas ou ilegítimas. Decidir o juiz de forma justa, este é o fim da atividade jurisdicional, porém em um Estado Democrático de Direito, somente se chega a aquela decisão se nos pautarmos em um devido processo penal legal.

O sistema processual penal brasileiro, de forma expressa relacionou os meios de prova a que se fará uso na perseguição da verdade. Os meios de prova, utilizados em conjunto, visam o estabelecimento da verdade dos fatos, fornecendo, ao juiz, os fundamentos basilares para seu convencimento.

Assim, não há que se falar em responsabilidade penal por erro médico se as provas trazidas aos autos não evidenciarem o agir negligente, imprudente ou imperito do médico. Porém, presente o viés condutor da culpa médica, a decisão proferida pelo juiz há de ser revestida de razão lógica e juridicamente relevante, com base no ordenamento jurídico e, nas provas coligidas aos autos durante todo o processo.

A construção do convencimento do juiz, nos casos de erro médico, sempre irá estar vinculada ao conjunto de elementos probatórios constantes dos autos. Sob nenhuma alegação, nos casos de erro médico, a prova da ação ou omissão do profissional, ficará adstrita à apreciação isolada de uma prova apenas.

Um dos meios de prova de maior eficácia para o estabelecimento da culpa por erro médico, será o laudo pericial. Esse meio de prova demonstra o vínculo entre o dano que o paciente sofreu e o agir culposos do médico. Muito comumente a perícia médico-legal irá prevalecer sob as demais provas, pois o conteúdo informativo que se extrai de seu laudo insurge por meio de afirmações científicas. Consigne-se que esse fato não coloca a prova pericial como de maior valor no momento de formação do convencimento do juiz.

Constatar a existência de corporativismo médico na emissão de laudo pericial, não pode fazer com que o juiz fique descrente desse tipo de prova. Assim, como nas demais profissões, sempre haverá aquele para quem a profissão médica tem por fim principal a vida humana acima da amizade dos “colegas” de profissão. Caberá tão somente ao juiz a análise de um conjunto de provas e não somente do laudo pericial de forma isolada.

Assim como o laudo pericial, o prontuário médico é prova de grande valia. Nele encontra-se inserido o que podemos chamar de histórico do paciente. O prontuário médico não deve ser tido somente como meio de defesa do médico, deve ser visto como um meio de prevenção, considerando-se o dever de estar contidas as diversas informações referentes ao paciente. Informações as quais, preferencialmente, devem reportar todas as fases do tratamento dispensado ao paciente, seja clínica seja cirúrgica. Nos casos envolvendo erro médico pode-se afirmar ser o prontuário médico uma prova documental indispensável.

Finalizando, devem as escolas de Medicina, trazer ao conhecimento do acadêmico, desde cedo, as implicações que uma má atuação profissional pode vir a desencadear em sua carreira, bem como as conseqüências cominadas ao paciente.

Este tipo de ensino surte efeito quando, posteriormente, se verifica o exercício da profissão realizado com maior segurança, refletindo benefício não só ao paciente, pela cautela a si dispensada, como ao médico, permitindo afastar, senão totalmente, em grande parte, os riscos profissionais.

Nessa esteira, podemos dizer que, no intento de se evitar qualquer responsabilização penal do médico, nada supre uma relação direta desse com o paciente, donde se retira, por meio de uma anamnese detalhada, a realidade do mesmo. Trazendo em conseqüência à baila o exercício de uma Medicina ética e diligente pautada principalmente no direito fundamental à vida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais nº 718/38.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ANEFALOS, Homero. **A Perícia e o Direito**. Piracicaba: Franciscana, 1979.

BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar. **Control Judicial de la Perícia Científica**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional. Volume I: Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em www.portalmedico.org.br.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0384.00.008361-6/001**. 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Pedro Vergara. j. em 12.06.2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº. 297035461**. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des.ª Regina Maria Bollick. j. em 25.03.1998.

_____. _____ **Apelação Crime nº. 70002913044**. Câmara Especial. Rel. Dr.ª. Maria da Graça Carvalho Mottin. j. em 28.05.2002.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº. 96.008474-6**. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Roberge. j. em 22.04.1997.

_____. _____ **Apelação Criminal nº. 98.006862-2**. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Roberge. j. em 18.08.1998.

BRASIL. TACRIM – SP – AP – Rel. Roberto Martins – JUTACRIM – SP 33/339.

_____. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **O Erro Médico**. In: Manual de Orientação Ética e Disciplinar. Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. V.1. 2.ed. Florianópolis: março/2000.

_____. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **O Prontuário Médico**. In: Manual de Orientação Ética e Disciplinar. In: Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. V.1. 2.ed. Florianópolis: 2000.

BRASIL. **CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. www.cremesp.com.br.

BUSSADA, Wilson. **Prova Pericial Criminal Interpretada pelos Tribunais**. Bauru: EDIPRO, 1994.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (coord.) et al. In: CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **Prova Pericial: exame de corpo de delito e perícias em geral**. V.2. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A Perícia do Erro Médico**. Disponível em: www.pbnet.com.br. Acesso em: 10 de jul. de 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. V. I. Tomo I. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica. As Obrigações de Meio e de Resultado: avaliação, uso e adequação**. Tese de Doutorado. Curitiba: Juruá, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. V. II. Niterói: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1992.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com>>. Acesso em 23.07.2007.

_____. **Processo Penal, Tempo e Risco: Quando a Urgência Atropela as Garantias**. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal: Leituras Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Irany Novah. **O Paciente e o Erro Médico Imaginário**. São Paulo: IBEJ, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal: a luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **A Credibilidade da Prova Testemunhal no Processo Penal**. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 11.10.2007.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

PORTO, Sergio Gilberto. **A Crise de Eficiência do Processo – A necessária adequação processual à natureza do Direito posto em causa, como pressuposto de efetividade**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial – arts. 121 a 183**. V.2. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Fernando Magalhães. **A Atuação do Médico e suas Responsabilidades na Esfera Penal**. São Paulo: Publisher Brasil: Sindicato dos Médicos de São Paulo, 1995.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da Prova**. Curitiba: Juruá, 2006.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Lesões Corporais: doutrina, comentários, jurisprudência e prática**. 8.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TASSE, Adel El. **Investigação Preparatória**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. _____. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

Tecnologia médica, enxergando dentro do corpo: imagem de ressonância magnética, a técnica do efeito nuclear. www.discoverybrasil.com. Acesso em: 11 de out. de 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Processo Penal**. 3^o. V. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.