

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1

MAUS TRATOS, OMISSÃO IMPRÓPRIA E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA EM ATIVIDADES MÉDICO-CIRÚRGICAS – O caso da Clínica Santa Genoveva

NILO BATISTA

Através de correspondência datada de 26.12.2001, acompanhada de farta documentação, o ilustre advogado José Mauro Couto de Assis consultou-me sobre alguns aspectos jurídico-penais daquele que ele mesmo denominou de “estrepitoso caso Santa Genoveva” (28.ª Vara Criminal, Processo 10.063). Tendo examinado os documentos e refletido sobre a matéria, passo a manifestar minha opinião, para responder aos quesitos formulados.

1. Considerações criminológicas impostergáveis

A possibilidade de conhecer, mediante provas fidedignas – que suportaram a admissibilidade e o contraditório judiciais – um episódio criminalizado, que anteriormente conhecera apenas e tão-somente pelo noticiário, constituiu uma experiência que consolidou minhas suspeitas acerca das funções que os meios de comunicação vêm desempenhando junto aos sistemas penais das sociedades em transição pós-industrial. Fortaleceu-se meu entendimento de que tais meios de comunicação buscam um papel *ativo*, tradicionalmente reservado às agências executivas (policiais) do sistema penal, seja pautando-as, seja substituindo-se a elas. Os instrumentos teóricos da velha criminologia, como o “trial by the media”,¹ não dão conta do fenômeno, que sugere menos um esforço para influenciar os tribunais, a partir da opinião da imprensa que logo se converte em (ou pelo menos se designa por) opinião “pública”, do que um esforço para realizar, por seus próprios recursos e com uma repercussão fantasticamente superior à de qualquer ato judicial, um processo e um julgamento virtuais.

(1) Segundo Drapkin, quando a mídia “toma uma posição favorável ou desfavorável sobre um acusado (...) criando nos cidadãos uma atitude determinada frente a ele”, atitude que terá “repercussões sobre seu futuro, seja condenado ou absolvido” (Israel Drapkin. *Criminologia de la Violência*. Trad. E. Neuman. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 52; *Imprensa e criminalidade*. Trad. E. Kosovski. São Paulo: J. Bushatsky, 1983. p. 123).

Tendo sido um leitor e um telespectador do noticiário sobre os fatos, surpreendo-me agora com tudo o que não foi nele enfocado, ou seja, com circunstâncias relevantíssimas que simplesmente foram silenciadas. Deter-me-ei apenas sobre uma dessas circunstâncias, que devo imposteravelmente mencionar por seus reflexos no tratamento jurídico-penal da questão. Omitirei o desconforto de não ter percebido, na ocasião (maio-junho de 1996), a óbvia relação entre o superdimensionamento do noticiário e o paralelo debate parlamentar sobre a CPMF, justificada, pelo então Min. Jatene, como fonte de recursos para a saúde. Omitirei ter ignorado, até a consulta, que os médicos Mansur José Mansur (controlador da MJM Participações Ltda., detentora de 50% do capital social da Clínica Santa Genoveva) e Eduardo Quadros Spínola (detentor dos outros 50%) desenvolviam atividades políticas classistas: o primeiro, presidente da Federação Brasileira de Hospitais e membro do Conselho Nacional de Saúde, e o segundo presidente da Associação Brasileira de Hospitais e ex-diretor da Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro e do Sindicato de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro. Eram, portanto, alvos políticos de todos os parlamentares, alguns dos quais igualmente médicos, que sustentam a prescindibilidade da medicina privada. Omitirei, por fim, o espanto causado pela leitura de uma sentença (11.^a Vara Cível, Processo 98.001.045.780-9) na qual se vê que algumas fotografias, “fornecidas por funcionário lotado no gabinete de um deputado”, destinadas a provar más condições de higiene da clínica, simplesmente eram falsas, no sentido de que retratavam outro lugar: o ilustre Juiz se refere à “farsa das fotos”. (Nesta mesma sentença, verifica-se também pericialmente a adulteração do relatório de uma CPI!)

Deter-me-ei apenas sobre uma passagem da denúncia, que descreve a Clínica Santa Genoveva como “instituição privada com fins lucrativos, conveniada com o Ministério da Saúde, tendo como destinação a internação de pacientes com patologias que estejam fora de possibilidade terapêutica (FPT), recebendo-os de hospitais públicos”.

Então, não era um asilo, desses que o estado previdenciário criara para a “gestão da velhice”?¹² Não era um hospital de gerontologia?! Era uma clínica para uma classe especial de enfermos: “pacientes – é a denúncia registrando aquilo que o noticiário jamais mencionara – pacientes com patologias que estejam fora de possibilidade terapêutica (FPT)”.

Neste caso, era um lugar de morrer.

Graças à revolução metodológica da chamada Escola dos Anais, conhecemos hoje a história da morte, e, no aspecto que nos interessa, sabemos que sua “medicalização” ocorreu a partir do segundo quartel do século XX. Como diz o mais importante historiador do tema, Philippe Ariès, “entre 1930 e 1950, a evolu-

(2) Expressão usada por Guita Grim Debert. *A reinvenção da velhice*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 20; sobre as residências para velhos, cf. o clássico Simone de Beauvoir. *A velhice*. Trad. M. H. F. Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 309 *et seq.*

ção vai se precipitar. Esta aceleração é devida a um fenômeno material importante: o deslocamento do lugar da morte. Já não se morre em casa, em meio aos seus, mas sim no hospital, sozinho”.³

Como diz José Carlos Rodrigues, “a morte se profissionalizou. A família transferiu o moribundo para o hospital, que por sua vez o transferiu morto para as empresas funerárias”.⁴ Essa alteração foi assim descrita por Sérgio Zaidhaft:

“O cenário: a partir da década de 30, e mais acentuadamente desde 1945, morrer no hospital é uma praxe. Esta é a segunda grande mudança no modo de a sociedade lidar com a morte: sua medicalização. O doente que, desde tempos imemoriais, morria em seu leito e presidia sua morte, continua morrendo num leito – o do hospital – porém não mais a preside. Quem preside a morte é o médico.”⁵

Jean Baudrillard associa tal deslocamento ao estado do bem-estar, no qual a morte, tanto quanto a saúde e a doença, seria garantida como serviço público, sob o signo do planejamento e da seguridade social: “La mort doit pouvoir être assurée comme service social, intégrée comme la santé et la maladie sous le signe du Plan et de la Sécurité Sociale”.⁶

De outro ângulo, com o foco na vida privada, Philippe Ariès menciona os constrangimentos da família, que, “no início do século XX”, não conseguia “resguardar o quarto do moribundo contra as simpatias desastradas, as curiosidades indiscretas de tudo o que ainda persistia fortemente nas mentalidades em matéria de participação pública na morte”. Com “os rápidos progressos do conforto, da intimidade, da higiene pessoal, das idéias de assepsia (...) os sentidos já não suportam os odores nem os espetáculos que, ainda no início do século XX, faziam parte, com o sofrimento e a doença, da rotina diária. As seqüelas fisiológicas saíram do cotidiano para passarem ao mundo da assepsia, da higiene e da medicina. Desde então – prossegue Ariès –, e embora nem sempre se confesse, o hospital ofereceu às famílias o asilo onde elas puderam esconder o doente inconveniente, que nem o mundo nem elas próprias já não podiam suportar, entregando a outros, com boa consciência, uma assistência, aliás desajeitada, a fim de continuarem uma vida normal”.⁷

Graças à denúncia, sabemos mais: sabemos que o próprio saber médico inventou uma classificação daquilo que, segundo critérios que se detivessem sobre a natureza, origem ou sintomas das respectivas doenças, seria inclassificável: o

(3) *História da morte no ocidente*. Trad. P. V. Siqueira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 54.

(4) *O tabu da morte*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983. p. 203.

(5) *Morte e formação médica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. p. 61.

(6) *L'échange symbolique et la mort*. Mayenne: Gallimard, 1984. p. 266.

(7) *O homem diante da morte*. Trad. L. Ribeiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982. vol. II, p. 623 e 624.

conjunto de “pacientes com patologias que estejam fora de possibilidade terapêutica (FPT)”. Só há um elemento comum entre os membros do grupo FPT: a medicina não tem como curá-los, e todos – ao ritmo da eventual resistência de cada organismo – estão próximos da morte.

Saber que a Clínica Santa Genoveva era, a exemplo de outros nosocômios no Rio (pude examinar um estudo comparativo das taxas de mortalidade de quatro destes nosocômios com a Clínica, favorável a ela), especializada em pacientes FPT só não foi mais surpreendente do que saber da própria existência desse gênero de clientela hospitalar. Tal informação foi completamente sonogada pelo noticiário. Contudo, a CPMF foi aprovada na Câmara dos Deputados, no dia 25.07.1996, um mês depois da prisão preventiva dos controladores da Clínica Santa Genoveva.

2. Sobre o crime de maus tratos

Originado da fusão de quatro figuras delituosas (“castigos imoderados”, “maus tratos”, “privação de alimentos ou cuidados” e “excesso de fadiga”) que do Código de Menores de 1927 se incorporaram à Consolidação das Leis Penais, o crime de maus tratos (art. 136 CP) teria necessariamente que ostentar conteúdo variável.⁸ Para facilitar nosso trabalho, cabe expungir do tipo as modalidades que não interessam ao caso, bem como a majorante do § 3.º (introduzida em 1990 pelo art. 263 ECA), por igual impertinente. O tipo legal que nos interessará, após tal expunção, tem a seguinte estrutura:

“Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua guarda, para fim de tratamento, privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis:

Pena – detenção, de 2 meses a 1 ano, ou multa.

§ 1.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 1 a 4 anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 4 a 12 anos.”

A opção pela relação de *guarda* não decorreu apenas da inadequação das demais (*autoridade e vigilância*): segundo uma das mais repetidas lições de Hungria, o conceito jurídico-penal de guarda abrange “a assistência a pessoas que não prescindem dela”, implicando alguma sorte de vigilância.⁹

Por outro lado, a opção em favor da finalidade *tratamento*, que se beneficia da absoluta inadequação das demais (*educação, ensino e custódia*), não se deixa

(8) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. I, p. 201; Luiz Regi Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. vol. 2, p. 195.

(9) *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. V, p. 430.

afetar pelo caráter intratável das moléstias da clientela (FPT) da clínica: ensinava Fragoso que “o tratamento consiste não só no cuidado para a cura das moléstias, como também no cuidado dispensado para a manutenção e a subsistência das pessoas”.¹⁰

Não há dúvida, portanto, de que os pacientes terminais da clínica preenchiam as características típicas do sujeito passivo desta modalidade do tipo legal: encontravam-se sob guarda para fim de tratamento.

Inúmeros autores, ao versarem o modo “privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis”, frisam ser desnecessária uma supressão total no fornecimento de alimento, hipótese extrema que apontaria para um homicídio.¹¹ Este truísmo costuma embaçar a reconstrução dogmática, porquanto o verdadeiro problema – e o adjetivo *indispensáveis*, ainda que referido aos *cuidados*, está advertindo para ele – o verdadeiro problema se situa na hipótese oposta, no nível mínimo de privação tipicamente relevante.

Nessa linha, Magalhães Noronha menciona a “insuficiência, carência ou falta molesta à saúde do ofendido”.¹² Aníbal Bruno, que como sabemos era também médico, ensinava que para “construir a hipótese punível” deveríamos ter uma redução alimentar “em quantidade ou qualidade capaz de por em risco a incolumidade pessoal”.¹³ Hungria se referia a uma vítima “privada da alimentação estritamente suficiente”.¹⁴ Dando conseqüência a tais formulações, Mirabete apresenta um exemplo esclarecedor: “Não constitui o crime, pois, a supressão da sobre-mesa ou uma imposição de dieta adequada; não há aí o abuso ou o perigo”.¹⁵ Ou seja: a privação relevante para o crime de maus tratos é aquela que, seja pela quantidade, seja pela qualidade nutricional dos alimentos sonegados à vítima, implique perigo para sua saúde. Fugindo à tentação de transferir aqui a questão para o tipo subjetivo, clarificando-a definitivamente, diremos que a modalidade *sub examine* exige a ocorrência de uma *privação alimentar objetivamente perigosa*. Não é preciso recorrer ao dolo para reconhecer a atipicidade nos casos do pai que, diante de um mau desempenho escolar, proíbe sobre-mesa ao filho por três meses, ou da enfermeira que, para dar execução à dieta recomendada, sopesa avaramente a refeição do paciente.

Menos problemas oferece o conceito de *cuidados indispensáveis*, que desde logo remete o intérprete a patamares mínimos asseguradores da vida e da saúde:

(10) Op. cit., p. 200. Na mesma linha, Aníbal Bruno: “o tratamento abrange os cuidados médicos ou cirúrgicos ou simplesmente a assistência necessária à manutenção da pessoa” (*Direito penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. t. 4, p. 261).

(11) Assim, Fragoso (op. cit., p. 201), Regis Prado (op. cit., p. 196).

(12) *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. vol. 2, p. 100.

(13) Op. cit., p. 262 e 263.

(14) Op. cit., p. 451.

(15) Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal. Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 2000. vol. 2, p. 143.

“privação de cama, de roupa, de higiene, de assistência médica, de medicamentos”.¹⁶ Cuidados indispensáveis, lecionava Hungria, “são os que constituem o mínimo necessário à preservação da vida ou saúde da pessoa”.¹⁷ A supressão, temporária ou permanente, de cuidados *dispensáveis* à salvaguarda da vida e da saúde é indiferente para o direito penal; uma austera concepção da obrigação alimentar do direito privado poderia fornecer uma referência para a delimitação sobre a qual aqui se trabalha.

Examinados tais elementos do tipo legal em questão, cabem algumas observações importantes, pelos efeitos jurídicos que delas advirão.

Em primeiro lugar, como deflui claramente do núcleo típico (*expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa*), trata-se de *crime de perigo concreto*, tal qual registra Damásio.¹⁸ Consuma-se “com o advento da concreta probabilidade de dano, que deve resultar perfeitamente comprovado, já que não se presume” – arremata Fragoso.¹⁹ Ou seja, o *resultado* de objetiva periclitância da vida ou da saúde (*eventus periculi*) integra o tipo. Como advertem Maurach-Gössel-Zipf, “el resultado no debe ser necesariamente la lesión a un bien jurídico, pudiendo estar constituido también por la mera puesta en peligro de éste”.²⁰

Em segundo lugar, trata-se – na modalidade ora estudada – de *crime omissivo*. Há unanimidade dos autores quanto a este aspecto: afirmam-no Hungria,²¹ Fragoso,²² Noronha,²³ Regis Prado²⁴ etc. Temos aqui mera decorrência do modo de execução típico *privando-a* (a vítima) *de alimentação ou cuidados indispensáveis*, que implica uma abstenção de atividade, uma omissão de atuar.

Em terceiro lugar, estamos diante de um *crime próprio*. Também quanto a isto há unanimidade na doutrina (Damásio,²⁵ Noronha,²⁶ Mirabete²⁷ etc.), esclarecendo Aníbal Bruno que “o sujeito ativo do crime não pode ser qualquer, mas

(16) Mirabete, loc. cit., inspirado em Bento de Faria. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. vol. IV, p. 135.

(17) Op. cit., p. 451. Regis Prado fala em “mínimo imprescindível” (op. cit., p. 196).

(18) *Direito penal. Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 2, p. 185.

(19) Op. cit., p. 202.

(20) *Derecho penal. Parte Geral*. Trad. J. B. Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. vol. 2, p. 232. A concreta exposição a perigo da vida e da saúde constitui um resultado, ao contrário do que Marrey Neto parece entender (RT 675/376); dispensando-se tal resultado, tratar-se-ia, no crime de maus tratos, de perigo abstrato.

(21) Op. cit., p. 451: “caráter omissivo”.

(22) Op. cit., p. 201: “na primeira modalidade, o crime é omissivo”.

(23) Op. cit., p. 100: “nestas duas primeiras modalidades, o crime é omissivo”.

(24) Op. cit., p. 195: “conteúdo omissivo”.

(25) Op. cit., p. 185: “o delito de maus tratos é próprio”.

(26) Op. cit., p. 99: “é, pois, um delito próprio ou especial”.

(27) Op. cit., p. 142: “o crime de maus tratos é um delito próprio”.

somente aquele que tenha a vítima sob sua (...) guarda”.²⁸ Surge aqui, fundamentando tal conclusão, o problema da “específica relação jurídica entre os sujeitos ativo e passivo”, para usar palavras de Regis Prado.²⁹ Variam as fórmulas empregadas pelos autores: Fragoso falava em “vínculo obrigacional” e em “dever preexistente”;³⁰ Hungria mencionava uma “especial relação intercedente”;³¹ Álvaro Mayrink se refere a “vínculo de sujeição”;³² em recente e denso artigo, Caldeira Bastos trata de um “vínculo personalizado preexistente entre os sujeitos do delito”, que em outra passagem denomina de “vínculo incriminatório”.³³ Caberia acrescentar que os maus tratos, na grande bipartição dos crimes próprios ou essenciais (*delicta propria*; *Sonderdelikte*), integra o grupo dos chamados crimes próprios ou especiais *impuros* (*unechte Sonderdelikte*), porquanto a falta do sujeito ativo qualificado (especialmente obrigado pelo vínculo preexistente) poderia levar ao reconhecimento de um crime comum (por exemplos, arts. 132 ou 135 CP).

Por último, chegando ao tipo subjetivo, cumpre constatar que se trata de *crime doloso*, constatação óbvia que dispensa fundamentação (art. 18, par. ún., CP). Evidentemente, estamos a falar de dolo de perigo,³⁴ pois um dolo de dano dirigido à vida ou à saúde deslocaria nosso horizonte para o homicídio ou para as lesões corporais. Nas formas qualificadas pelo resultado (§§ 1.º e 2.º), é indispensável culpa com relação à sua superveniência (art. 19 CP), não bastando uma simples relação causal;³⁵ funciona aqui o conhecido modelo dos delitos preterdolosos.

Em síntese, estamos diante de um *crime próprio, omissivo, doloso, de perigo concreto*.

Cabe, finalmente, uma aclaração fundamental: de que omissão se trata, *própria* ou *imprópria*?

Em ambas se apresenta a violação de um dever de atuar, que constitui o elemento axiológico comum: como afirmou Juarez Tavares, “haverá omissão

(28) Op. cit., p. 262.

(29) Op. cit., p. 194.

(30) Op. cit., p. 200.

(31) Op. cit., p. 449.

(32) *Direito penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. 2, p. 215.

(33) João José Caldeira Bastos, “Maus tratos: interpretação do Código Penal e confronto com o delito de tortura”, *RBCCrim* 35/140-141, São Paulo: RT, 2001.

(34) Damásio, op. cit., p. 184, frisando a inadmissibilidade da forma culposa; Fragoso, op. cit., p. 202, registra igualmente, ao lado do dolo de perigo, que “este crime não se pune a título de culpa”.

(35) A opinião oposta, provavelmente inspirada em alguns autores italianos, solitária e decepcionante de Aníbal Bruno (op. cit., p. 265) é anterior ao art. 19 do CP, que resolveu a questão no sentido proposto no texto.

toda vez que a existência da conduta como tal se vincula a um dever de atuar”.³⁶ Na omissão própria, temos um *dever geral*, impositivo a qualquer pessoa em situação típica (p. ex., art. 135 CP);³⁷ na omissão imprópria, temos um *dever especial*, imposto, a partir de certas circunstâncias, a um sujeito obrigado a impedir o resultado – *garantidor* (p. ex., art. 121 CP, na hipótese da mãe que deixa o filho de seis meses morrer à míngua de alimentação). Na omissão própria, basta transgredir o dever de atuar; na omissão imprópria, é preciso que da transgressão do dever de atuar provenha um resultado: daí a recorrente correspondência entre crimes omissivos próprios e crimes comissivos de mera atividade, e entre crimes omissivos impróprios e crimes comissivos de resultado. De uma perspectiva conteudística, dir-se-á que, ao contrário da omissão própria, na omissão imprópria há uma equiparação entre a ação típica comissiva que causaria o resultado e a omissão do garantidor que não o evitou, podendo fazê-lo (cf. art. 13, § 2.º, CP).

É equivocado – equívoco do qual a doutrina brasileira ainda não se deu conta – supor que toda e qualquer omissão contemplada especialmente num tipo legal seja própria, reservando-se a imprópria para os crimes comissivos de resultado não evitados pelo garantidor que pudesse fazê-lo. A modalidade de maus tratos objeto do presente estudo é ilustrativa a respeito.

Desde logo, trata-se de um *crime de resultado*, o que aponta para a omissão imprópria. Ademais, trata-se de *crime próprio*, o que igualmente aponta para a omissão imprópria (os crimes omissivos próprios são geralmente comuns, como consequência do *dever geral*). Isso decorre daquela “especial relação intercedente” (Hungria) entre o sujeito ativo e o passivo, criadora de um “vínculo obrigacional” (Fragoso) que não passa de ser o *estatuto especial de um garantidor*. Em outras palavras, ao lado das fontes formais gerais – sobre cuja deficiência retornaremos adiante – do dever de agir (as três alíneas do art. 13, § 2.º, CP), pode o legislador, na Parte Especial, instituir fontes especiais. Não é por acaso que Luiz Regis Prado observa que, no delito de maus tratos, aquela “relação que une sujeitos ativo e passivo coloca aquele em posição de garante”.³⁸ Não é por acaso que Caldeira Bastos convoca as normas constitucionais e a lei civil (operando, portanto, no âmbito do art. 12, § 2.º, *a*, CP) para, na hipótese de maus tratos cometidos por pais, afirmar que “é a paternidade que lhes confere o poder-dever de guarda, sustento, assistência, criação e educação”, concluindo que, nessa hipótese, “encontram-se embutidos, em lei, o desempenho da autoridade e os deveres de assistência material, moral e pedagógica”.³⁹

(36) *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACP, 1996. p. 60.

(37) Hans Welzel denominou inicialmente de “situação fundamentadora do dever” e mais tarde de “situação típica” (*tatbestandsmäßige Situation*) a ocorrência dos fatos dos quais deflui o dever de atuar (*Das Deutsche Strafrecht*. Berlim: W. Gruyter, 1969, p. 204), como seria o encontro de “pessoa ferida ao desamparo” para os fins do art. 135 CP.

(38) Op. cit., p. 198.

(39) Op. cit., p. 137 e 138.

Na verdade, nada impede que o legislador institua, nos tipos da Parte Especial, garantidores especiais, aproveitando-se do, aliás insuficiente, material normativo da figura geral do garantidor (art. 13, § 2.º, *a, b e c*, CP) e acrescentando-lhe outras circunstâncias. A mais propícia das estruturas típicas para tal construção residirá em crimes de conteúdo variável nos quais o mesmo resultado seja alcançável por ação e por omissão: aquela *equiparação* entre o cometimento e a não evitação, característica da omissão imprópria, está então realizada no âmbito do próprio tipo misto.

É exatamente o caso do delito de maus tratos, no qual, à modalidade omissiva ora examinada, justapõem-se modalidades comissivas (sujeição a trabalho excessivo, abuso nos meios de correção) direcionadas ao mesmo resultado, equiparadas, portanto, entre si.

A questão foi versada no direito alemão, e uma das referências estava precisamente no crime de maus tratos (art. 223-B StGB), que ao lado do maltratamento ativo previa a inobservância dos deveres de assistência. “O Código Penal prevê uma série de crimes omissivos impróprios (*eine Reihe von unechten Unterlassungsdelikten*)”, afirmou Jescheck, dando como exemplo, entre outros, o caso da “ofensa à saúde de um dependente mediante o desprezo dos cuidados devidos (art. 223-B, segunda alternativa)”.⁴⁰ Pela mesma linha, frisando a equiparação explícita (*ausdrückliche Gleichstellung*) entre as modalidades de maltratamento ativo e omissivo no crime de maus tratos, Stratenwerth.⁴¹

Perceber com clareza que a modalidade do delito de maus tratos aqui versada configura um crime omissivo impróprio constitui importante pressuposto para um tratamento adequado da questão da autoria, subordinada, a partir da “especial relação intercedente” entre os sujeitos ativo e passivo, aos requisitos do garantidor.

3. Sobre a denúncia

Atenta ao caráter doloso do crime de maus tratos, a denúncia afirma inicialmente que “os denunciados, na qualidade de administradores da clínica, unidos em comunhão de ações e desígnios, *consciente e voluntariamente expuseram a perigo a vida e a saúde de (seguem-se os nomes dos pacientes)* que estavam sob a guarda e vigilância dos denunciados, para fins de tratamento, *privando-os parcialmente dos alimentos e cuidados* indispensáveis relativos à utilização de *água potável, higiene*, atendimento médico e de enfermagem em níveis satisfatórios, medicamentos, exames elementares de laboratórios e dietas nutricionais” (grifamos).

⁽⁴⁰⁾ “die Gesundheitsschädigung Abhängiger durch Vernachlässigung der Sorgspflicht (§223 b zweite Alternative)” cf. Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlín: D. Humblot, 1969, p. 404.

⁽⁴¹⁾ Günter Stratenwerth, *Strafrechts*, A.T. I, Colônia, C. Heymanns, 1971, p. 261. Também Welzel, versando o §223 b StGB, menciona uma “posição de garantidor (*Garantenstellung*)”, op. cit., p. 292.

Tem-se aí o núcleo acusatório quanto ao tipo básico (art. 136, *caput*) dos maus tratos, na modalidade omissiva da privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, frisando-se que os denunciados obraram “consciente e voluntariamente” para expor a perigo a vida e a saúde de todos os pacientes, sonogando-lhes “alimentos”, “água potável” e “higiene”.

Como 39 pacientes teriam sofrido, naquela ocasião, “gastroenterite aguda, com fortes dores abdominais, diarreia, náuseas e vômitos, havendo um quadro clínico de desidratação”, a denúncia lobrigou aí uma lesão grave pelo perigo de vida (art. 136, § 1.º, CP). Acresça-se que, como no período investigado – dentro de taxas de mortalidade compatíveis com as características da clientela FPT, que era, segundo informações veiculadas pelo então Ministro da Saúde, de 30 a 40 óbitos mensais – dera-se a morte de 27 pacientes, apresentava-se em tese também a qualificação por tal resultado (art. 136, § 2.º, CP).

Para formular a acusação no modelo preterdoloso, seria necessário agregar ao dolo na antecedente privação de alimentos ou cuidados indispensáveis (aquela *consciente e voluntária* sonogação de alimentos, água potável e higiene) uma culpa nos conseqüentes resultados qualificadores (lesão grave e morte). Ou seja: após consciente e voluntariamente terem os denunciados exposto a perigo a saúde de todos os pacientes, privando-os de alimentação (alimento e água potável) e cuidados indispensáveis (higiene e medicamentos), teriam eles negligenciado perante o estado físico ao qual aquelas privações teriam conduzido alguns deles, resultando dessa inobservância dos deveres de cuidado lesões graves em 41 e a morte de 27. Sem embargo das variações possíveis sobre o objeto da negligência que teria conduzido aos resultados qualificadores, somente uma narrativa assim estruturada supriria as exigências formais que se dirigem à denúncia, quando a acusação versa um crime qualificado pelo resultado.

Contraditoriamente, a denúncia em exame, por ocasião de descrever as formas qualificadas, limita-se a conferir outra narrativa aos mesmos fatos configuradores do tipo básico! Vale transcrevê-la:

“Sofreram efetivo dano à saúde, em razão da *negligência dos denunciados*, consistente na *inobservância dos deveres de cuidado* que, obrigatória e necessariamente, deveriam ter no tratamento da *água consumida* e dos *alimentos* (...) e da falta de *higiene*” (grifamos).

“Pode-se constatar, ainda, que devido à *negligência dos denunciados*, consistente nas *omissões* geradoras da infecção pelas bactérias notadamente no regime das *águas* que ali eram consumidas e da *alimentação servida*” (grifamos).

“O evento danoso resultante da privação dos cuidados indispensáveis, até então relatados, e, mais uma vez *provenientes da efetiva negligência dos denunciados*, geradora da infecção (...) originada (...) do sistema de abastecimento de *água* e dos *gêneros alimentícios*” (grifamos).

É verdade que a denúncia retornará, em seu final, a uma descrição de cariz doloso (“cuidados estes que foram dolosamente e reiteradamente suprimidos aos pacientes”), porém aí já está em contradição consigo mesma.

Parece claro e insofismável que, nas passagens citadas, a denúncia afirma que a privação de alimentação e de cuidados indispensáveis (água, alimentos, higiene) decorreu de “negligência”, de “inobservância dos deveres de cuidado”, de “efetiva negligência dos denunciados”. Ou seja, o tipo básico de maus tratos (art. 136, *caput*, CP), representado pela privação de alimentação ou de cuidados indispensáveis, teria sido praticado culposamente (omissão culposa impunível como maus tratos).

Mais do que contrariar a si mesma (recorde-se sua afirmação inicial, segundo a qual os denunciados “consciente e voluntariamente expuseram a perigo a vida e a saúde [dos pacientes] privando-os de alimentos (...) água potável, higiene” ou sua afirmação final, segundo a qual tais cuidados “foram dolosamente e reiteradamente suprimidos”), mais do que contrariar a si mesma, a denúncia produz perplexidade e perturba o exercício da defesa. Efetivamente, como se defenderá quem ao mesmo tempo é acusado de consciente e voluntariamente privar pacientes de alimentação e cuidados e também de, por negligência e inobservância dos deveres de cuidado, ter feito a mesmíssima coisa?

Se a privação alimentar ou assistencial representou “efetiva negligência dos denunciados”, como reza a última passagem da denúncia acima destacada, então o “evento danoso resultante” de lesão corporal configurará lesão corporal culposa, e o de morte configurará homicídio culposos.

Essas contradições da denúncia sobre o cerne acusatório permitem sua apreciação segundo o paradigma que a jurisprudência designa por *inépcia*.

Cabe registrar um segundo equívoco da denúncia, na seguinte passagem:

“Os denunciados, na condição de experientes profissionais da saúde, dirigiam e regulavam o funcionamento médico hospitalar oferecido pela clínica, possuindo o amplo e total domínio funcional das atividades empreendidas em relação aos pacientes” (grifamos).

O critério final-objetivo, que distingue autores e partícipes tendo como referência o *domínio do fato*, e portanto, na co-autoria, o co-domínio funcional do fato, criado por Welzel e desenvolvido magistralmente por Roxin,⁴² falha por completo nos crimes omissivos, que se enquadram na classe dos delitos de dever (*Pflichtdelikte*). Como diz Roxin, “nem todo aquele que omite (*nicht zeder Unterlassende*) está em questão como autor, mas apenas aquele a quem incumbe um concreto dever (*eine konkrete Pflicht*) de evitar o resultado típico descrito”.⁴³ Num modesto trabalho, publicado há mais de vinte anos, chamávamos a atenção para isso:

“Os crimes omissivos são crimes de dever; a base da responsabilidade não alcança qualquer omitente, e sim aquele que está comprometido por um concreto

(42) Claus Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: W. Gruyter, 1975.

(43) Op. cit., p. 459.

dever de atuação. O critério do domínio do fato deverá, então, ser abandonado aqui em favor da preponderância da violação do dever.⁴⁴

Há um famoso exemplo de Kaufmann, aquele dos 50 nadadores que passivamente assistem ao afogamento do menino: são 50 autores diretos de omissão de socorro, porque todos violaram integral e individualmente o dever geral de auxiliar o periclitante. Como pudemos escrever no trabalho citado, "pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos de homicídio; a omissão de um não 'completa' a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual".⁴⁵

Na omissão, não se dispõe de um acontecimento finalmente dirigido, cujo *se* e cujo *como* possam ser funcionalmente compartilhados pelos co-autores; daí a inutilidade do critério final-objetivo.

Competia à denúncia, isto sim, demarcar claramente, *na pessoa de cada um dos denunciados*, as circunstâncias que o(s) habilitava(m) à autoria, isto é, o dever resultante daquela especial relação de guarda e vigilância.

Também aqui estamos muito próximos do paradigma da *inépcia* e também de um dos quesitos formulados pelo ilustre consultente. Trata-se de procurar a elaboração doutrinária que, a partir das indicações legais, logra estabelecer com precisão as condições e a natureza da autoria na omissão imprópria.

4. Sobre omissão imprópria

Na fundação da dogmática jurídico-penal, procurava-se em fontes formais o fundamento do dever de atuar nos crimes omissivos. Assim, em 1801, Feuerbach afirmava que "o crime omissivo sempre pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato), que dá base à obrigatoriedade de atuar".⁴⁶ Teria correspondido a Stübel, num escrito sobre participação criminal vindo a lume em 1828, o pioneirismo em emparelhar à lei e ao contrato a atuação perigosa precedente (*ingerência*).

Ultrapassa nossos objetivos uma descrição pormenorizada da reflexão penalística que evidenciou a cabal insuficiência dos critérios formais para a caracterização jurídica da figura do garantidor. Ficou claro que o dever legal de proteger ativamente bens jurídicos não significa necessariamente um dever de garantia (*Stratenwerth*), como também que um contrato civilmente nulo (p. ex., por incapacidade jurídica de parte) poderia fundamentar a posição de garantidor que um contrato válido, por outras circunstâncias, não poderia. Nosso código

(44) Nilo Batista. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1979. p. 63.

(45) *Concurso de agentes*, cit., p. 65.

(46) Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. *Tratado de derecho penal*. Trad. Zaffaroni e Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 66.

penal incorporou timidamente essa crítica ao contrato (art. 13, § 2.º, *b*), eis que a disciplina geral do garantidor está nele submetida a uma perspectiva formalística. A insuficiência dos critérios formais pode ser encontrada até em bons compêndios sobre responsabilidade médica, como o de Martinez-Pereda Rodríguez, que se lamenta por ter o Código espanhol adotado “la versión más antigua imaginable de la teoría formal de las fuentes del deber (ley, contrato y hecho anterior)”.⁴⁷

No longo percurso teórico em que os critérios formais de caracterização jurídica da figura do *garantidor* entraram em crise, houve a muita preocupação com um irracional elastério da responsabilização na omissão imprópria. A renúncia a um dever jurídico extrapenal vinculante criava, como percebeu Giovanni Fiandaca, “o risco de uma indevida dilatação no âmbito de aplicação do tipo omissivo impróprio (il rischio di una dilatazione indebita della sfera di applicazione della fattispecie omissiva imprópria)”.⁴⁸

Prevaleceu o entendimento, esposado por Hans Welzel, de que “a posição de garantidor (*Garantenstellung*) constitui uma estreita e especial relação de vida (*ein enges und spezielles Lebensverhältnis*) entre o obrigado e o bem jurídico lesionado”.⁴⁹ Esta lição foi recebida e prevalece na doutrina brasileira: Fragoso mencionava uma “estreita relação com o bem jurídico”;⁵⁰ Luiz Regis Prado fala de um “estrito vínculo”⁵¹ entre o omitente e o bem jurídico protegido; Cezar Roberto Bitencourt se refere a uma “especial relação de proteção”.⁵²

Na feliz síntese de Tullio Galiani, “o que caracteriza o autor do crime comissivo por omissão não é um *status* subjetivo, uma qualificação do sujeito” (*un status soggettivo, una qualificazione del soggetto*), mas sim “a relação de vida que daí deriva” (*ma la relazione di vita che ne deriva*), e que se “traduzirá em concreto numa estreita relação com o bem”.⁵³ Para preservar o princípio da personalidade da responsabilidade penal, evitando-se a responsabilidade objetiva, Filippo Sgubbi propugna por verificar-se “a existência de obrigações concretas (*esistenza di obblighi concreti*) recortadas na pessoa do obrigado”.⁵⁴

Este sujeito especial dos crimes omissivos impróprios, que não pode ser constituído a partir de seu *status* ou de sua qualificação, mas sim a partir de concretos deveres inscritos na relação vital que sua atividade específica guarda com o impe-

(47) *La responsabilidad penal del médico y del Sanitario*. Madri: Colex, 1997. p. 396.

(48) Cf. *Il reato comissivo mediante omissione*. Milão: Giuffrè, 1975. p. 92.

(49) Op. cit., p. 213.

(50) *Lições de direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 242.

(51) *Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999. p. 172.

(52) *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999. p. 209.

(53) *Il problema della condotta nei reati omissivi*. Nápoles: Jovene, 1980. p. 170.

(54) *Responsabilità Penale per Omesso Impedimento dell'Evento*. Pádua: Cedam, 1975. p. 168.

dimento do resultado danoso, além de *dever* impedi-lo tem de *poder* impedi-lo: “devia e podia”, reza o § 2.º do art. 13 CP.

A possibilidade de impedir o resultado parte de um requisito presencial físico. Welzel dizia que os moradores de Berlim não poderiam omitir o salvamento de alguém que se afogasse no Reno,⁵⁵ como nosso Everardo da Cunha Luna lembrava que “quem está no Rio de Janeiro não pode evitar, no Recife, a queda de uma criança”.⁵⁶

Em seu estudo já citado, afirma Sgubbi que “o singular, concreto e específico dever de agir nasce da situação factual concreta, segundo os parâmetros da previsibilidade e da evitabilidade (nasce dalla situazione fattuale concreta, secondo i parametri della prevedibilità e della evitabilità)”.⁵⁷ Nossa Sheila de Albuquerque Bierrenbach, analisando a “possibilidade real, física, de atuar do garante”, fala de sua “presença física quando o perigo se instala ou está na iminência de instalar-se sobre o bem jurídico”.⁵⁸ E entre os obstáculos à possibilidade de agir, a argúcia de Juarez Tavares arrola a inaptidão do sujeito que “não sabe realizar certa atividade, em face de seu desconhecimento ou deficiência de formação”, e por isso “não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente”.⁵⁹

Como ensina Reyes Alvarado, “la posición de garante no tiene alcances ilimitados. En efecto, los padres no responden por todos los daños que puedan ocurrirle a sus hijos (...) ni los propietarios de armas de fuego por todos los delitos que con ellas se cometan. La posición de garante no es más que la denominación con la que se indica que una persona es competente para la evitación de determinados daños, competencia que solo surge en virtud de situaciones especiales”.⁶⁰ Não existe uma concepção “securitária” do garantidor, como parece conceber a denúncia. Ou teremos todos nos esquecido de que, nos compêndios escolares de direito penal, os exemplos de garantidor tratam do guarda-chaves (não do presidente da Central do Brasil), do enfermeiro ou do médico (não do Secretário de Saúde), do pedestre que se dispõe a ajudar a travessia do cego (não do diretor do Instituto Benjamin Constant), do guia dos alpinistas (não do dirigente do clube de excursionismo), do salva-vidas (não do Comandante do Corpo de Bombeiros) etc. etc. etc.?!

Ou seja, aquele garantidor – não por seu *status* ou qualificação, mas pelo concreto dever inscrito na relação vital que mantém com o bem jurídico – tem de defrontar-se presencialmente com a situação típica, na qual se expõe a periclitção do bem jurídico, e dispor fisicamente da possibilidade de agir, na qual se inclui a

(55) Op. cit., p. 200.

(56) “O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão”, *RDP* 33/55.

(57) p. 234.

(58) *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 93.

(59) Op. cit., p. 76.

(60) *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1996. p. 334.

aptidão para o salvamento. Aliás, seu conhecimento da situação típica deve ser direto, e jamais presumido. Como lembra Enrique Bacigalupo, “de ninguna manera podrá reemplazar-se este conocimiento por un ‘tener que conocer’”.⁶¹

Tanto a Quinta⁶² quanto a Sexta⁶³ Turma do STJ trancaram, mediante *habeas corpus*, ações penais nas quais se procurava responsabilizar, por omissão imprópria, os presidentes de dois clubes sociais esportivos por afogamento ocorrido nas respectivas piscinas.

Por fim, lembre-se que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro. Invocando uma decisão do STF alemão, registra Jescheck que “a admissível transferência dos deveres a terceiro exonera os primitivos responsáveis (*Die zulässige Übertragung von Pflichten auf Dritte entlastet den primär Verantwortlichen*)”.⁶⁴

Pela mesma linha, Novoa Monreal ensinava que “quien tiene obligación de actuar, por asumir posición de garante, podría transferir su obligación a outro y excluir su propia responsabilidad, siempre que ello no esté prohibido”.⁶⁵

É isto que ocorre em toda corporação, de um hospital a uma refinaria. Giovanni Grasso adverte que “considerar os sujeitos situados no vértice da empresa (*al vertice dell'impresa*) sempre e de qualquer modo responsáveis (*sempre e comunque responsabili*) pela violação de obrigações das quais são titulares, mesmo quando a tarefa de cumprir tais obrigações tenha sido confiada a outros sujeitos (*anche quando il compito di adempiere a tali obblighi fosse stato affidato ad altri soggetti*), no quadro de uma mais ampla divisão de funções (*nel quadro di una più ampia divisione di funzione*), parece ser uma substancial violação da proibição de configurar uma responsabilidade penal por fato alheio” (*per fatto altrui*), recomendando sua limitação “ai settori di specifica competenza”.⁶⁶

5. Divisão do trabalho e princípio da confiança no âmbito das atividades médico-cirúrgicas

A divisão do trabalho no âmbito das atividades médico-cirúrgicas constitui um dos construtos teóricos indispensáveis para o estabelecimento da responsabilidade médica, especialmente a criminal,⁶⁷ neste conjunto de casos. Muitas mu-

(61) *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Panedille, 1970. p. 125.

(62) RHC 11.397-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, un., DJ 29.10.2001, p. 219.

(63) RHC 5.595-ES, rel. Min. Fernando Gonçalves, un., DJ 12.05.1998, p. 18.842.

(64) Op. cit., p. 415.

(65) *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 148.

(66) *Il reato omissivo improprio*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 429-430.

(67) Com propriedade, Calvet de Magalhães frisava que “responsabilidade médica quer, apenas, significar o conjunto da responsabilidade civil, da responsabilidade discipli-

danças têm ocorrido nesta área. Assim, a figura do anestesista, que nos tempos de Engisch parecia-lhe secundária, ganhou certa autonomia, não mais sendo visto como mero colaborador do cirurgião perante casos, por exemplo, de choques anafiláticos. A mudança que aqui desejamos ressaltar tem a ver com a ruptura do velho relacionamento individual paciente-médico, que o crescimento dos hospitais primeiro e o estado previdenciário mais tarde alavancaram. Tal fenômeno foi assim descrito por Gómez Pavón:

“Frente a la imagen tradicional del médico, conocido por el paciente, entre los que existía una relación personal de confianza ('mi médico'), hoy la asistencia se presta, en muchos casos, en centros hospitalarios, adjudicándose un determinado número de pacientes a cada profesional, o bien, a través de sociedades, donde la división se hace por zonas, o cualquier otro criterio.”⁶⁸

Parece claro que, no atendimento massivo de pacientes, seja em hospitais públicos ou privados – conveniados ou não com o Estado –, a divisão de trabalho constitui condição necessária da eficiência dos procedimentos médicos. “El principio de división de trabajo se reconoce hoy como una necesidad ineludible del ejercicio de la medicina”, afirma Gómez Pavón.⁶⁹

Por outro lado, a divisão de trabalho constitui uma referência indispensável na ocasião, sempre infausta, de indagar-se sobre responsabilidade penal. “O que pensar – perguntava Jean Penneau – o que pensar da responsabilidade atribuída a um médico ou cirurgião quando a ofensa à integridade corporal de seu paciente provém da negligência de um de seus prepostos (*de la négligence d'un de ses préposés*) que se lhe reprova por não ter supervisionado suficientemente (*suffisamment surveillé*) ou por ter escolhido mal (*mal choisi*)?”⁷⁰

Perante tais situações, o controle da imputação objetiva deve recorrer ao chamado *princípio da confiança* (*Vertrauengrundsatz*).

O princípio da confiança, como se sabe, surgiu na jurisprudência alemã como critério para determinar a medida do dever de cuidado em atividades compartilhadas, especialmente em matéria de trânsito.⁷¹ Logo depois, o princípio da confiança, que consiste em considerar legítima a conduta de quem confia que outrem irá se comportar adequadamente, conforme as regras, salvo em casos nos quais haja razões para acreditar no contrário, teve sua aplicação estendida para outras

nar e da responsabilidade penal a que se encontram submetidos os médicos no exercício de sua profissão” (*A responsabilidade penal do médico*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 20).

(68) *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 343.

(69) Op. cit., p. 345.

(70) *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977. p. 169.

(71) Cf. Hans Welzel. “Culpa e delitos de circulação”, *RDP* 3/3 et seq. Rio de Janeiro: Borsó, 1971.

atividades compartilhadas, notadamente intervenções cirúrgicas, produção industrial e construção civil. Além disso, o referido princípio saiu do âmbito da culpa para ingressar como critério limitador da imputação objetiva, abrangendo também delitos dolosos.

Cabe perfeitamente aplicar o princípio da confiança à estrutura de um hospital, no qual as atividades-fim são compartilhadas por vários agentes, até porque, como disse pitorescamente Günther Jacobs, se não existisse o princípio da confiança um determinado agente teria que viver controlando a atividade das outras pessoas, em detrimento do exercício de suas próprias funções.⁷²

É exatamente isto o que ensina a mais autorizada doutrina que se ocupa da imputação objetiva. Fernando Galvão explica que “o princípio da confiança permite ao indivíduo organizar o próprio comportamento, com base na idéia de que os demais atuarão conforme as regras”.⁷³

Damáσιο, na linha de Jacobs, adverte que “a vida social tornar-se-ia difícil se cada pessoa tivesse a obrigação de vigiar o comportamento das outras, no sentido de verificar se estão cumprindo seus deveres na realização de suas atividades”, acrescentando, no que se refere à divisão do trabalho, que “quem trabalha em equipe com distribuição de atividades tem o direito de esperar que seus companheiros atuem de acordo com a precaução exigida pela sua profissão e não se lhe atribui obrigação de vigiá-los”.⁷⁴

De forma peremptória, Reyes Alvarado, em seu magnífico estudo, afirma que, para “toda clase de delitos”, hoje em dia, “se reconoce a nivel doctrinal y jurisprudencial la existencia de un principio de confianza que encierra justamente la facultad de asumir como regla general de comportamiento que los ciudadanos se conducen conforme a las previsiones sociales de conducta”.⁷⁵

No âmbito da medicina, o princípio da confiança tem igualmente aplicação reconhecida. Vejamos sua formulação por Romeo Casabona:

“La aplicación del principio de la confianza al trabajo en equipo, o actuación mediante la distribución de funciones, puede expresarse así: el médico puede en principio confiar en que sus colaboradores actuarán cuidadosamente en la ejecución de los cometidos transferidos a ellos cuando se hallan correspondientemente preparados y adiestrados y son supervisados en general dentro de unos límites razonables.”⁷⁶

Pelo mesmo diapasão, Gómez Pavón observa que o superior, ao qual incumbe “fijar las pautas del tratamiento”, pode confiar na sua correta execução, sem

(72) Cf. *Derecho penal*. Trad. J. C. Contreras e G. Murillo, Madri: M. Pons, 1995. p. 255.

(73) *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 66.

(74) *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46 e 47.

(75) *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1996. p. 142.

(76) C. M. Romeo Casabona. *El médico y el derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 249.

que exista “obligación alguna de compesar un posible comportamiento defectuoso”.⁷⁷ Dentro da disciplina geral do princípio, seria descabido invocá-lo diante de situação na qual a confiança fosse temerária: o cirurgião não pode iniciar a operação se perceber que o anestesista está embriagado.

Em atividades complexas, e em particular naquelas potencialmente perigosas (risco permitido), é freqüente que o legislador imponha determinadas exigências, que vão desde a regra técnica (*lex artis*), cuja violação tem para a responsabilidade penal matiz meramente indiciário (como a transgressão da norma de trânsito perante o homicídio culposo), até o estabelecimento de padrões mínimos de organização na divisão do trabalho.

Neste último sentido, no âmbito da medicina, o art. 28 do Dec. 20.931, de 11.01.1932, estabeleceu que nenhum estabelecimento de hospitalização ou de assistência médica ou privada poderia funcionar em território nacional sem um “diretor técnico e principal responsável”. Outra norma tornou obrigatória, nos anúncios de “casas de saúde, estabelecimentos médicos e congêneres”, a menção à “direção técnica responsável” (Dec.-lei 4.113, de 14.02.1942); em caso de violação, a resolução CFM 788, de 13.05.1977, determina a instauração de procedimento ético-disciplinar “contra o respectivo diretor-médico e principal responsável”. Outra Resolução CFM (1.342, de 08.03.1991) afirma que “a prestação de assistência médica nas instituições públicas e privadas é de responsabilidade do Diretor Técnico e do Diretor Clínico” (art. 1.º). Os ocupantes desses cargos “são responsáveis por problemas decorrentes da atuação dos acadêmicos” (Parecer CFM 21/96). Vale transcrever integralmente um dispositivo da Resolução CFM 997/80:

“Art. 11. O Diretor Técnico Médico, principal responsável pelo funcionamento dos estabelecimentos de saúde, terá obrigatoriamente sob sua responsabilidade a supervisão e coordenação de todos os serviços técnicos do estabelecimento, que a ele ficam subordinados hierarquicamente.”

No Estado do Rio de Janeiro, uma Resolução Cremerj (n. 17, de 27.05.1987) afirma ser responsabilidade da instituição e de seu Responsável Técnico “o provimento das condições de acomodação, conforto, higiene e segurança dos pacientes no ambiente hospitalar” (art. 10). Está a matéria aqui regida pelo Dec. Estadual 1.754, de 14.03.1978, cujo art. 112 estabelece que “o responsável técnico só poderá exercer a direção de uma única entidade hospitalar”.

É claro – e tudo o que vimos sobre o princípio da confiança o corrobora – que não se pode deduzir deste conjunto normativo a responsabilidade criminal do diretor técnico por qualquer delito ocorrido no ambiente hospitalar: isso configuraria a mais tacanha, e constitucionalmente vedada, responsabilidade objetiva. Referem-se tais normas a uma responsabilidade administrativo-deontológica e não têm o condão de dispensar uma só das exigências que a lei penal formula para

(77) Op. cit., p. 348.

estabelecer a responsabilidade criminal. Uma boa prova disso é que, por mais que o Conselho Federal de Medicina estabeleça a responsabilidade do diretor médico pelos “problemas decorrentes da atuação de acadêmicos”, como vimos, a justiça criminal irá responsabilizar o médico de plantão que confiou o paciente em situação delicada ao aprendiz inexperto,⁷⁸ procurando assim o garantidor a partir da relação vital. Pelo ângulo oposto, não pode tal conjunto normativo ser desprezado inteiramente, como se não existisse, muito especialmente nos tipos de injusto nos quais se procura um autor qualificado por deveres especiais. Seria contraditório que aos dispositivos relativos à *lex artis* se outorgasse papel indiciário (jamais probante) do delito, e aos dispositivos sobre divisão do trabalho se negasse qualquer relevo, ainda que modesto como aquele.

O art. 196 do novo Código Penal espanhol inovou, criando um delito (*denegación de asistencia sanitaria*) muito semelhante à modalidade de maus tratos ora examinada. A melhor doutrina, remetendo-o para fins de classificação ao conceito de “omisiones puras de garante” de Silva Sánchez (que, simplistamente, equivaleria a uma omissão própria... com garantidor), trata de ressaltar que “la inclusión del deber en el propio precepto” promove uma limitação no círculo de sujeitos ativos, que não abrange “cualquier profesional, sino aquellos expresamente obligados a prestar la asistencia en estos casos”,⁷⁹ podendo outros médicos não especialmente obrigados incidir no delito comum da omissão de socorro.

A exclusão de autor não qualificado pela posição organizacional é procedimento habitual. Num caso versando crime contra as relações de consumo, decidiu o TJRJ que “produzida a prova que, na época do fato apurado, a paciente não era a química responsável pela fábrica, a ação penal é nula, visto que movida em face de quem não pode ocupar o pólo passivo da relação processual”.⁸⁰

Em se tratando de uma acusação coletiva de maus tratos, na modalidade que nos interessa, é dever da denúncia estabelecer o vínculo obrigacional de cada um dos acusados. Num caso em todo semelhante àquele de que nos ocupamos, o TJSP afirmou: “era de rigor que a denúncia explicitasse quais os deveres omitidos, especificamente, por cada um dos processados, e em que circunstâncias especiais deveriam – e não o fizeram – ter tomado alguma medida assecuratória do bem estar, da saúde ou até da vida do desditoso enfermo”.⁸¹

A partir daí, estamos no conhecido paradigma segundo o qual “para ser incluído na denúncia não basta ser sócio da pessoa jurídica, ou nela exercer atividade

⁽⁷⁸⁾ Ap. 97.04.54941-5/SC, TRF-4, 2.ª T., rela. Juíza Tânia Escobar, RT 755/766.

⁽⁷⁹⁾ Gómez Pavón, op. cit., p. 304. Quintero Olivares vê neste crime “una omisión de gravedad intermedia entre las puras omisiones del deber de socorro por parte de terceros y la comisión por omisión” (*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 1996. p. 291).

⁽⁸⁰⁾ HC 200.059.03538, TJRJ, 1.ª Câ. Crim., rel. Des. Azeredo da Silveira.

⁽⁸¹⁾ HC 60.911-3, TJSP, 4.ª Câ. Crim., rel. Des. Ary Belfort.

de de administração”,⁸² ou ainda “a mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a ocorrência de um crime, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma acusação penal em juízo”.⁸³

A única via legítima é, examinada a “atuação personalíssima do dirigente no contexto criminoso”,⁸⁴ constatar se preenche ela os requisitos típicos; na modalidade omissiva de maus tratos, tal constatação principia pela verificação do elemento especial de autoria (posição de garantidor, derivada da especial relação de vida no contexto de um dever de atuação).

6. Resposta aos quesitos

A partir dos documentos fornecidos, reveladores a) de que o Dr. Mansur José Mansur era controlador de uma empresa detentora de 50% das cotas da clínica, jamais tendo exercido nela a medicina, passando em Brasília a maior parte de seu tempo; b) de que o Dr. Eduardo Quadros Spínola era detentor de 50% das cotas da clínica, onde igualmente não exercia a medicina – o que se constata na certidão do Cremerj, segundo a qual era ele responsável técnico da Casa de Saúde Humaitá, sendo proibido no estado do Rio de Janeiro acumular duas direções técnicas; c) que ambos nomearam procurador *ad negotia* para representação da clínica (24.º Of. Notas, liv. 5.341, ato 140); d) que a clínica dispunha de diretor técnico; e) que o corpo clínico era constituído por dezessete médicos, segundo documento do Cremerj, e das considerações anteriormente expedidas, passo a responder aos quesitos.

1.º. Como se classifica o crime de maus tratos, na modalidade de que cogita a denúncia?

R. Trata-se de crime próprio, omissivo, doloso, de perigo concreto. Pelas razões expendidas na parte final do item 2 do parecer, cabe classificá-lo como crime omissivo impróprio.

2.º. A descrição dos fatos constante da denúncia observa as exigências legais?

R. a) A denúncia incide numa contradição que pode levar à declaração de sua inépcia. Ao descrever a privação alimentar e assistencial que caracterizaria o tipo básico, menciona condutas dolosas; ao descrever os resultados qualificadores, menciona as *mesmas condutas*, agora em chave de culpa (cf. item 3 do parecer, primeira parte).

(82) RHC 7.522-CE, STJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 08.02.1999, p. 282.

(83) HC 11.459-PE, STJ, 6.ª T., rel. Min. Vicente Leal, DJ 14.08.2000, p. 209. No mesmo sentido: HC 2000.059.014444, TJRJ, 6.ª Câ. Crim., rela. Des. Maria Helena Salcedo.

(84) HC 1705, TRF-2, rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, DJ 28.09.1999, 343.

b) A denúncia se equivoca ao pretender, num crime omissivo, fundamentar no co-domínio funcional do fato a suposta co-autoria, quando o correto seria individualizar a violação de dever de cada sujeito obrigado (cf. item 3 do parecer, segunda parte). Este equívoco tem como efeito que a conduta de cada acusado não foi objeto de descrição individualizada.

3.º. O sócio cotista de uma clínica, onde atuam um diretor técnico e vários médicos, é garantidor da vida e da saúde dos pacientes?

R. A posição de garantidor deflui de uma relação vital, integrada a uma assumida função de proteção do bem jurídico: essa relação vital, e só ela, promove a equiparação entre a causação do resultado e sua não evitação. O garantidor especial da modalidade omissiva do crime de maus tratos é o sujeito concretamente vinculado à finalidade de tratamento, sob cuja guarda se encontra a vítima.

Este autor especial, que não pode sequer ser automaticamente instituído a partir da posição organizacional de supervisão (diretor técnico), muito menos pode ser deduzido do controle acionário da pessoa jurídica ou do desempenho de funções burocráticas nela. A ausência constante do controlador interfere no requisito presencial, pressuposto indispensável para a possibilidade de atuar, mesmo em sujeitos obrigados.

4.º. Caso positiva a resposta anterior, exonerar-se-ia dos deveres de garantidor o sócio cotista, através da contratação de médicos, inclusive um diretor técnico, para tratar dos pacientes?

R. Como vimos, o dever de agir pode ser legitimamente delegado, sempre que não haja impedimento legal, exonerando o primitivo obrigado (cf. item 4 do parecer). As inúmeras normas que regem a figura obrigatória do diretor técnico enfaticamente concentram em sua pessoa um feixe de deveres, provavelmente tendo em vista que o controle acionário de um hospital não é privativo de médicos. Intervém também aqui, na relação entre o diretor técnico e os integrantes do corpo clínico, o princípio da confiança (cf. item 5 do parecer).

5.º. Queira aduzir todos os esclarecimentos teóricos que lhe parecerem pertinentes à espécie.

R. Constam eles do parecer.

Acreditando ter respondido aos quesitos formulados pelo ilustre consulente, e ressalvando melhores juízos, é este meu parecer.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 2002.