

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS - VOLUME 1**

---

**Faiçal David Freire Chequer  
Lílian Nássara Miranda Chequer Bueno  
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais  
Organizadores**

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS - VOL-1**

**Itaúna-MG  
2024.2**

© Copyright 2024, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - VOL. 1.**

Organizadores e Autores, Itaúna-MG: Universidade de Itaúna, Publicação: 2º semestre, 2024. E-book PDF. 83 p.

ISBN: 978-65-01-28666-2

Direito. Brasil. Título.

CDD-3403

## APRESENTAÇÃO

O e-book **Tutela Penal e efetividade dos Direitos Fundamentais - vol. 1** apresenta um panorama crítico e interdisciplinar sobre as interfaces do Direito com os Direitos Fundamentais, reunindo 02 (dois) capítulos que exploram desafios teóricos e práticos contemporâneos.

O capítulo inaugural, **A responsabilidade penal por erro médico** de Mariana Ângela Fonseca Vieira aborda o tema da responsabilidade penal por erro médico. A relação do médico com o seu paciente, atualmente, é bastante diferente da de tempos passados, devido a uma mudança geral de mentalidade e comportamento, especialmente por parte do paciente. Como resultados alcançados verificou-se que a responsabilização penal dos médicos pela sua conduta profissional está intrinsecamente ligada à tipicidade, ou seja, à necessidade de que as ações ou omissões dos profissionais de saúde se enquadram nos tipos de penalidades previstas na legislação. Esta relação implica que, na ausência de uma definição clara e específica dos tipos de infrações médicas, a responsabilização penal pode ser condicional ou injusta, exigindo uma análise cuidadosa das situações do caso concreto.

Dessa forma, o texto explora os fundamentos teóricos que sustentam a tutela penal como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais. São discutidos os princípios constitucionais que orientam a intervenção penal, destacando a necessidade de equilíbrio entre o poder punitivo do Estado e a proteção das garantias individuais. Essa abordagem ressalta o papel do Direito Penal na preservação da dignidade da pessoa humana, limitando abusos e prevenindo violações que possam comprometer a efetividade dos direitos fundamentais.

No capítulo 2, **Relativização do estupro de vulnerável** de Ana Carolina Morais e Silva apresenta um estudo sobre o artigo 217-A, § 5º do Código Penal brasileiro, que versa sobre a inafastabilidade do crime de estupro de vulnerável independentemente de a relação sexual ter sido consentida. Para a autora os resultados alcançados indicam que é possível aplicar a técnica de *distinguishing* em situações extraordinárias, observando as particularidades do

caso concreto, tendo em vista que a condenação poderia trazer mais danos aos envolvidos do que a possível absolvição.

O texto ainda se dedica a examinar os desafios práticos enfrentados na aplicação do Direito Penal em prol da proteção dos direitos fundamentais. A partir da análise de casos concretos e decisões judiciais, o texto reflete sobre a efetividade das normas e as dificuldades encontradas em sua implementação. O capítulo aborda, ainda, o papel de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública na promoção de uma justiça penal que respeite as garantias fundamentais, evidenciando a necessidade de um sistema jurídico que não apenas exerça o *ius puniendi*, mas que também assegure a proteção integral dos direitos do cidadão.

Espera-se que este trabalho inspire não apenas a continuidade da pesquisa e da produção científica, mas também a aplicação prática desses conhecimentos em benefício da sociedade, fortalecendo assim a missão da instituição de promover um ensino superior de excelência.

Boa leitura!

Itaúna-MG, 27 de dezembro de 2024

**Profª Dra. Graciane Rafisa Saliba**  
Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Itaúna

**Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**  
Coordenador do PPGD da Universidade de Itaúna

**Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil**  
Organizador

## SUMÁRIO

### **1. A RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO**

Mariana Ângela Fonseca Vieira

Deilton Ribeiro Brasil ..... **07-50**

### **2. RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Ana Carolina Morais e Silva

Deilton Ribeiro Brasil ..... **51-83**

# A RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Mariana Ângela Fonseca Vieira<sup>1</sup>

Deilton Ribeiro Brasil<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa abordará o tema da responsabilidade penal por erro médico. A relação do médico com o seu paciente, atualmente, é bastante diferente da de tempos passados, devido a uma mudança geral de mentalidade e comportamento, especialmente por parte do paciente. Tal situação faz com que a responsabilidade destes profissionais, esteja cada vez mais sendo observada e julgada por pacientes e pela sociedade em geral. O objetivo deste estudo é analisar a responsabilidade penal por erro médico. A problemática apresenta-se na seguinte indagação: como é tratada a responsabilidade por erro médico na doutrina brasileira? Para a elaboração do trabalho foi utilizada a pesquisa teórico-bibliográfica, com a utilização de livros, artigos científicos, leis, julgados e jurisprudências, que são considerados referenciais lógico-científicos para realizar a análise crítica do tema-problema, mediante a construção de análises teóricas e interpretativas. O método utilizado para a elaboração deste estudo é o hipotético-dedutivo. O método hipotético-dedutivo corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas; procede do geral para o particular. Como resultados alcançados verificou-se que a responsabilização penal dos médicos pela sua conduta profissional está intrinsecamente ligada à tipicidade, ou seja, à necessidade de que as ações ou omissões dos profissionais de saúde se enquadram nos tipos de penalidades previstas na legislação. Esta relação implica que, na ausência de uma definição clara e específica dos tipos de infrações médicas, a responsabilização penal pode ser condicional ou injusta, exigindo uma análise cuidadosa das situações do caso concreto.

**Palavras-chave:** responsabilidade penal; erro médico; reparação dos danos.

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa aborda o tema da responsabilidade penal em casos de erro médico. A relação entre médico e paciente hoje em dia é bastante distinta em comparação com o passado, em grande parte devido a uma mudança geral de mentalidade e comportamento, especialmente por parte do paciente. (GONÇALVES, 2008).

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor da Graduação do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT) - Orientador de conteúdo.

A Medicina e o Direito são profissões antigas que possuem grande relevância social. Assim, quando o Direito começa a desenvolver a compreensão de que erros inescusáveis devem ser compensados, inicia-se uma batalha interdisciplinar. Os Conselhos Regionais de Medicina, por serem associações corporativistas, acabam punindo poucos médicos por meio de processos ético-disciplinares. Por outro lado, a Justiça procura aliviar o sofrimento dos pacientes e dos seus familiares, reforçando a ideia de que "errar é humano". No entanto, nos casos em que as ações de indenização por erro médico são acolhidas, as falhas cometidas são extremamente graves. (FRANÇA, 2014).

Ao se analisar o dolo, a imperícia, a imprudência e a negligência na prática médica, é importante adotar algumas precauções. Não se pode simplesmente presumir culpa do médico; é essencial que existam provas periciais e até depoimentos que confirmem a ocorrência do erro, não se tratando, portanto, de meras suposições. (MENDES, 2006).

A crescente judicialização da relação médico-paciente no Brasil está relacionada às mudanças de mentalidade e comportamento dos pacientes, que passaram a exigir maior responsabilidade dos profissionais da saúde. Esta mudança, aliada ao aumento das demandas judiciais contra médicos, evidencia a necessidade de especialização técnica por parte dos operadores do Direito, que muitas vezes não possuem o conhecimento específico necessário para tratar especificamente de casos médicos. (FRANÇA, 2014).

Esta hipótese sugere que a transformação da relação entre médicos e pacientes, acompanhada pelo aumento das ações judiciais, gera a necessidade que da legislação penal em apresentar definições precisas e adequadas das condutas que levam à responsabilização penal dos médicos, evitando interpretações amplas que possam resultar em punições indevidas. (FRANÇA, 2014).

O objetivo deste estudo é analisar a responsabilidade penal por erro médico. A problemática apresenta-se na seguinte indagação: como é tratada a responsabilidade por erro médico na doutrina brasileira?

A presente pesquisa foi dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo será tratado sobre a responsabilidade médica, os deveres de conduta do médico, os elementos da responsabilização, e o código de ética médica.

No segundo capítulo será realizada uma abordagem acerca da determinação da culpa e a responsabilidade do médico, os componentes do fato típico, a antijuridicidade, do dolo e da culpa, das modalidades da culpa e a natureza da culpa médica.

No terceiro capítulo será tratado acerca da determinação do dolo e da responsabilidade do médico, das modalidades do dolo, da omissão de socorro e o sigilo médico profissional.

No quarto capítulo será estudado acerca dos crimes próprios da atividade médica, dos crimes comuns que podem ser cometidos por médicos, da contravenção penal e as penas aplicáveis.

O método utilizado para a elaboração deste estudo é o hipotético-dedutivo. O método hipotético-dedutivo corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas; procede do geral para o particular. O método hipotético-dedutivo é uma abordagem científica que se baseia na formulação de hipóteses para explicar um determinado assunto e, a partir delas, deduzir consequências que podem ser testadas por meio de experimentos ou observações. Os dados desta pesquisa serão obtidos em pesquisa bibliográfica e documental.

## **2 RESPONSABILIDADE MÉDICA**

O médico, tendo em vista o tipo de atividade desenvolvida, tem sua atividade diferenciada especialmente por cuidar da saúde e da vida de seres humanos em situação de vulnerabilidade e doença. Atualmente o ato médico encontra-se definido na Lei Federal 12.842/2013 (BRASIL, 2013, *online*)<sup>3</sup> que em seu art. 2º dispõe: “O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.”

A medicina vem evoluindo no sentido de privilegiar o bem-estar do paciente acima de tudo. Buscar a cura incessante ou manter a vida a qualquer custo não é uma prática mais aceita. Ademais, a saúde hoje é vista de maneira mais complexa, englobando o bem-estar físico, mental e social, a Organização Mundial da Saúde

---

<sup>3</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm).

(OMS, 1948, *online*)<sup>4</sup>, define saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades.”

Nem sempre, porém, a relação médico-paciente se encerra com ambas as partes satisfeitas, especialmente a parte do paciente, conforme expõe Carla Gonçalves (2008, p. 28):

É sabido que os profissionais de medicina, em regra, não se comprometem a garantir a cura dos pacientes, mas, tão somente – o que, aliás, já não é pouco –, a empregar os meios técnicos, de modo correto, na intenção de promover o bem-estar dos mesmos. Assim, o sucesso de um tratamento terapêutico poderá ou não ocorrer. Isoladamente, porém, este fator não deve ser usado como parâmetro de identificação dos danos compensáveis.

O modelo hipocrático da medicina em que o médico está em situação de superioridade, decidindo pelo tratamento ou intervenção que fará o paciente, prevaleceu durante toda a história. Este desnível na relação fez com que os erros ou resultados não esperados não fossem questionados, já que o médico detinha o poder do conhecimento e sua atividade era vista como sacerdócio. (GONÇALVES, 2008).

A evolução da sociedade e o acesso à informação fez com que nas últimas décadas, numa história mais recente, os pacientes e seus familiares passassem a questionar as condutas dos médicos bem como passassem a acioná-los judicialmente quando entendessem ter ocorrido alguma falha na prestação de serviço, segundo Fujita e Santos (2009, p. 283):

A nova postura social do Brasil, que se fundamenta em um processo de fortalecimento da cidadania, reforça os instrumentos e órgãos de defesa de consumidor e desperta nos indivíduos a noção de seus direitos. A drástica mudança na relação entre médico e paciente, decorrente dos modelos de atenção valorizados no atual sistema de saúde, minimiza a comunicação entre as partes e diluem o respeito e a admiração que eram devidos ao médico em momentos históricos anteriores. O cliente se sente com direitos iguais, enquanto o médico ainda assume posturas arrogantes baseadas na detenção dos conhecimentos e no status de profissão. E a relação se torna desigual, pois os direitos são iguais, mas os deveres não se distribuem de forma equitativa. Tal relação de poder transforma o resultado insatisfatório decorrente de um ato médico em uma insatisfação que afeta gravemente o indivíduo, levando-o ao desespero.

---

<sup>4</sup> <https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/organizacao-mundial-saude-oms.htm>.

Num primeiro momento, isto causou temor dentro da categoria médica que teve que lidar com um novo panorama, estremecendo, inclusive, a relação médico-paciente, até então sagrada, conforme Kfoury Neto (2010, p. 38):

Os usuários de serviços médicos em nossos dias, mesmo aqueles que provêm de camadas sociais menos afortunadas, principiam ter uma ideia clara de seus direitos, enquanto pacientes. Não há, propriamente, mudança no comportamento das pessoas em relação aos médicos, que continuam a ser reverenciados, acatados e vistos como benfeitores. Vai-se consolidando, porém, a clara percepção do erro inescusável, da imperícia inadmissível, da negligência criminosa, que impelem as pessoas à busca da reparação.

De acordo com França (2014, p. 243), “[...] não existe no momento, no mundo inteiro, outra atividade mais vulnerável que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de se exercer sob o ponto de vista legal”. Não se pode olvidar que no âmbito da medicina o profissional tem obrigações a seguir cujo descumprimento traz consequências impostas pelo ordenamento jurídico. A responsabilização penal é uma delas.

## **2.1 Deveres de Conduta do Médico**

O médico em atividade tem deveres a zelar cuja inobservância pode acarretar sua responsabilização. O primeiro e talvez mais relevante deles é o dever de informação. Por meio dele o médico comunica o paciente e/ou seus familiares sobre o diagnóstico, tratamento e prognóstico. Estando informados, podem decidir livremente sobre seu futuro. Informação é pressuposto do consentimento livre e esclarecido. (FRANÇA, 2014).

Não se admite mais o não compartilhamento, por parte do médico, de informações essenciais sobre a saúde de seu paciente. Poupá-lo para protegê-lo não é mais um argumento válido. O paciente tem o direito de deter todas as informações para decidir qual caminho percorrerá, estando o médico de acordo ou não, desde que aptos emocionalmente para tanto, neste sentido França (2014, p. 275), discorre:

Na esteira deste pensamento, o chamado “consentimento livre e esclarecido” não deve apenas ser entendido como mais uma regra na atividade profissional do médico, mas também no respeito à vontade do paciente, em que o direito à saúde é um direito fundamental de cada ser humano. Esta é uma forma de garantir a cada indivíduo sua soberania.

A ressalva diz respeito à objeção de consciência, podendo o médico se eximir de praticar algo contra as suas convicções e a sua moral. Além do dever de informação, destaca-se o dever de atualização com relação às novas técnicas e avanços da medicina. Imprescindível que o médico acompanhe a evolução da ciência e da tecnologia, aplicando as novidades em seu dia a dia nos hospitais e clínicas. (FRANÇA, 2014).

O médico também tem o dever de vigilância e cuidado, não podendo se abster ou se omitir de modo a prejudicar seu paciente. A forma mais comum é o abandono do paciente no meio do tratamento. Respeitada a autonomia do paciente, o médico tem o dever de intervir quando for necessário. (FRANÇA, 2014).

Por fim, o médico tem o dever de abstenção com relação à aplicação de técnicas audaciosas ou recém-criadas, sem comprovação científica. São técnicas que podem colocar a vida e a saúde dos pacientes em risco e devem ser descartadas, a princípio. Estes são apenas os mais importantes ou talvez os mais evidentes deveres a serem observados pelo profissional médico quando da prestação da sua atividade, não estando excluídos demais deveres próprios de seu ofício. (FRANÇA, 2014).

## 2.2 Elementos da Responsabilização

O requisito principal e indiscutível atrelado à responsabilidade civil do médico é a culpa. O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, *online*)<sup>5</sup> disciplina a matéria da seguinte maneira:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Especificamente com relação ao profissional liberal, categoria em que se encaixa o médico, prevê o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal 8.078/1990 (BRASIL, 1990, *online*)<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm).

<sup>6</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm).

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Como se vê, a regra específica destinada aos profissionais liberais não deixa dúvidas sobre a necessidade de apuração da culpa. A culpa pode se apresentar de três diferentes formas: negligência (agir com descuido, desatenção ou indiferença), imprudência (ação feita de forma precipitada, sem cautela) e imperícia (ato realizado sem o conhecimento técnico), nas linhas de Mendes (2006, p. 133):

Na culpa, não há o desejo de lesar, de causar algum malefício ao paciente, ao contrário do dolo, em que há o intuito criminoso de prejudicar o paciente. A imensa maioria dos casos dos chamados “erros médicos”, quando comprovados, são de culpa.

Seja apresentada de uma maneira ou de outra, indispensável a verificação de culpa, restando afastado o dolo (ato intencional). (MENDES, 2006).

Destarte, necessária a verificação do dano causado ao paciente, o ato que o ensejou e se há ligação entre ambos, o denominado nexa causal. Em suma, para a análise da responsabilidade do médico necessário que se verifique o ato, o dano, o nexa causal entre o ato omissivo ou comissivo e o dano e, por fim, a culpa do profissional. No que tange ao dano este pode ser caracterizado como material, estético ou moral. O dano estético é fundamento das ações de responsabilidade civil especialmente no caso de cirurgias plásticas malsucedidas. A estética hoje é muito valorizada em nossa sociedade, ensejando o pagamento de valores relativamente altos de indenização, neste sentido, Mendes (2006, p. 187), discorre:

Com efeito, é a perícia judicial que irá permitir quantificação do dano material e do moral, servindo como orientação a lição de Fernando Oliveira Sá recomendando-se, além do reembolso das despesas médico-hospitalares que deu causa, a inclusão dos parâmetros de valorização médico-legal do dano em direito civil consistentes nos seguintes: a) incapacidade temporária, b) incapacidade permanente, inclusive laborativa, c) o *quantum doloris*, d) o dano estético e, por fim, insistindo no e) prejuízo de afirmação pessoal.

Relevante destacar neste momento que o instituto da responsabilidade do médico abarca não somente o denominado erro médico como também situações em

que a vontade do paciente não foi observada ou, até mesmo, uma eventual quebra de sigilo, por exemplo. Esta desmistificação é importante. (MENDES, 2006).

A jurisprudência brasileira já apresenta julgados que responsabilizam o médico pela falta de informação prestada ao paciente e familiares, arbitrando o pagamento de indenização a título de danos morais, em que pese a perícia tenha demonstrado que não houve qualquer erro por parte do médico, mas tão somente vício na prestação de informação. É o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 1540580/DF (BRASIL, 2020) pelo Superior Tribunal de Justiça.

Um ponto importante a ser abordado é o fato de que o ingresso com uma ação de indenização por responsabilidade civil não é sinônimo de condenação. Em que pese ser muito desgastante ser demandado judicialmente, importante que o médico, neste momento, estude a situação e prepare uma boa defesa. (GONÇALVES, 2008).

É certo que em muitas situações se verifica o efetivo “erro” praticado pelo médico, mas em outras o que se percebe é a necessidade de se culpar alguém pela doença ou até mesmo pela morte. Neste sentido, imperioso que o profissional se atente em elaborar bons documentos como o prontuário do paciente, documento principal, bem como termo de consentimento informado para cada procedimento ou intervenção que realiza. Infelizmente, em razão do aumento de demandas nos últimos anos, no temor de ser réu em uma ação de indenização, o médico se utiliza destes documentos com o pensamento exclusivo de fazê-los para sua defesa. Não é este o raciocínio que se pretende. Se bem elaborados de acordo com as normas deontológicas, estarão aptos a ser utilizados numa eventual defesa não sendo indicado que se foque exclusivamente nesta defesa para sua confecção. (FRANÇA, 2014).

A medicina defensiva, ou seja, a medicina exercida de maneira que os médicos atuem sempre focando uma eventual defesa como, por exemplo, solicitar exames desnecessários ou burocratizar o atendimento acaba, dentre outras consequências, fragilizando a relação médico-paciente, neste sentido Barros Junior (2011, p. 197), discorre:

A prática da Medicina defensiva permite ao médico exercer uma Medicina de baixo risco e altíssimo custo, pelo simples temor de ser responsabilizado judicialmente por algo que ele jamais pretendeu realizar. Em uma sociedade que necessita de ação do médico, mas que não viabiliza condições para o seu exercício, a problemática do erro médico deve ser melhor analisada e controlada.

A relação médico-paciente é a mais prejudicada dentro deste panorama: médicos com medo dos pacientes e pacientes desconfiados dos médicos. É comum também que o paciente se insurja em face do médico e demais profissionais da saúde em razão de falta de amparo, apoio ou tratamento humanizado, segundo França (2014, p. 298):

Todavia, pode-se afirmar que é muito importante melhorar a relação médico-paciente, pois de um relacionamento afetivo e fraterno dificilmente sai uma demanda judicial. Ela é movida pelo doente ou seus familiares, quase sempre, como uma resposta às hostilidades de uma convivência tumultuada.

Necessário, portanto, que os operadores do direito, ao optarem por trabalhar com casos envolvendo responsabilidade médica, pensem na orientação preventiva dos médicos a fim de estarem preparados e seguros no momento em que eventualmente sejam acionados. (FRANÇA, 2014).

Não raro os médicos se prejudicam nas ações em razão da má elaboração de um prontuário ou demais documentos. Um bom trabalho preventivo pode evitar uma condenação. Uma forma de ilustrar como o trabalho preventivo pode ser decisivo numa ação de indenização diz respeito aos cuidados que o paciente deve ter após uma cirurgia ou intervenção. Muitas são as situações em que resultados adversos advêm de um não cuidado por parte do paciente embora devidamente orientado. No entanto, a problemática aumenta quando o médico não documentou de alguma forma esta informação, seja por meio do termo de consentimento informado, seja por meio de anotações no prontuário ou até mesmo gravações. (FRANÇA, 2014).

No mesmo sentido, pode-se destacar os casos de doenças preexistentes ou reações decorrentes de alergias ou intolerâncias que precisam ser esclarecidas. Nem sempre um resultado não esperado está diretamente ligado à conduta do médico e é isto que se pretende demonstrar. Nesta senda, imprescindível que o médico faça as anotações completas do atendimento e que o paciente, por sua vez, exija todas as informações, estabelecendo uma relação de confiança e clareza. (BARROS JUNIOR, 2011).

### **2.3 O Código de Ética Médica**

Em 01 de novembro de 2018 foi publicado pelo Conselho Federal de Medicina o mais recente Código de Ética Médica (CFM, 2019a), por meio da Resolução CFM 2.217/2018, o qual traz as normas deontológicas que devem ser observadas quando do exercício da profissão. A norma previu a entrada em vigor após 180 (cento e oitenta) dias da publicação, revogando o Código de Ética Médica anterior (Resolução CFM 1.931/2009 – (CFM, 2009)), segundo Oselka (2008, p. 63):

Os códigos de ética médica adotados no Brasil caracterizam-se por representar um mescla de código de moral – que de alguma forma amplia e define a doutrina hipocrática – com código administrativo – que regula com precisão muitos aspectos práticos da profissão.

Referido Código (CFM 2019a) é dividido nos seguintes capítulos: princípios fundamentais direitos dos médicos, responsabilidade profissional, direitos humanos, relação com pacientes e familiares, doação e transplante de órgãos e tecidos, relação entre médicos, remuneração profissional, sigilo profissional, documentos médicos, auditoria e perícia médica, ensino e pesquisa médica, publicidade médica e disposições gerais. (BARROS JUNIOR, 2011).

Dentre todos estes capítulos se verifica que a responsabilidade profissional do médico por causar um dano ao paciente de forma culposa está adstrita apenas a um capítulo. Em todos os outros (total de 14 capítulos) são trazidas diversas condutas antiéticas das quais o médico deve se abster. (CFM, 2019).

Esta informação preambular é relevante para auxiliar na desvinculação feita entre a responsabilização do profissional médico e um eventual dano causado ao paciente por negligência, imprudência ou imperícia. A responsabilização ética do médico vai muito além, sendo previstas condutas das mais diversas ordens. Assim, todo médico, portanto, deve ter conhecimento sobre as normas do Código de Ética a fim de praticar seu ofício com lisura. Infelizmente, porém, durante a graduação os médicos não são informados sobre estas normas éticas às quais devem obediência passando a conhecer somente quando instaurada alguma sindicância ou processo ético-profissional. (CFM, 2019).

Em 2018, o Conselho Federal de Medicina lançou o Código de Ética do Estudante de Medicina (2018) numa tentativa de iniciar o contato dos estudantes com as normas éticas para que quando se tornarem médicos estejam familiarizados. (BARROS JUNIOR, 2011).

Difundir estas normas é fundamental para que os médicos as conheçam, possam evitar a violação e a consequente responsabilização no âmbito dos Conselhos de Medicina. Vale destacar que nem sempre uma conduta antiética praticada por um médico tem correspondência nas esferas cível e criminal, porém pode ocorrer, segundo Moraes (1996, p. 55):

Essa responsabilidade alcança três esferas no trato jurídico: a esfera penal, a esfera civil e a esfera administrativa. Esses aspectos se referem à responsabilidade legal, não à responsabilidade ética; esta é reservada à Religião, à Deontologia e aos órgãos correccionais; não se conclua, daí, que o comportamento ético não deva ser levado em consideração na aferição da responsabilidade legal; pelo contrário, deve ser considerado, mas apenas como subsídio e elemento informativo da responsabilidade legal. A Moral e o Direito têm fundamento ético comum; mas a Moral encara os atos humanos, predominantemente, em seu momento interno, volitivo, ao passo que o Direito cuida deles quando se exteriorizam, quando assumem realidade física.

Poder Judiciário e Conselhos de Medicina quando apuram o mesmo em fato em suas esferas cumprem o dever de cooperação entre os órgãos prestando informações e, até mesmo, emprestando provas. (BARROS JUNIOR, 2011).

Entretanto é possível que o mesmo fato tenha apurações e resultados diversos, já que cada esfera tem sua própria tramitação com diferentes princípios e regras.

## **2.4 Sindicâncias e Processos Ético-profissionais**

Quando uma denúncia é realizada no âmbito dos Conselhos de Medicina é instaurada como sindicância e inicia-se a apuração da conduta dos médicos envolvidos. Neste momento ainda não se pode falar em médico denunciado ou em defesa, posto que o objetivo é somente a verificação da existência de indícios de infração. A sindicância é fase inquisitorial que pode ser comparada ao inquérito policial, neste sentido Undelsmann (2002, p. 172):

O processo ético é de natureza moral com cunho administrativo, mas pode, em última instância, ser contestado juridicamente, pois a Constituição Federal garante isso em seu art. 5º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Os Conselhos de Medicina têm a obrigação de apurar toda e qualquer denúncia que chega a seu conhecimento independentemente da vontade daquele que

denunciou. Poderá excepcionalmente ocorrer o arquivamento por desistência em casos em que não haja lesão corporal, morte ou assédio, desde que haja a concordância do pleno do Conselho Regional. Por envolver situações que podem expor a intimidade e privacidade de pacientes e médicos, todos os procedimentos são sigilosos. (BARROS JUNIOR, 2011).

Uma característica que difere as sindicâncias e processos ético-profissionais dos demais processos é a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos: conta-se a partir do conhecimento dos fatos por parte do Conselho e não a partir de sua ocorrência, segundo Barros Junior (2011, p. 115):

O suposto corporativismo talvez se confunda com a morosidade nos julgamentos e na sigilidade dos processos ético-profissionais. É importante ressaltar que a sigilidade é comum a todos os processos éticos, de todos os órgãos de classe, inclusive na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e até mesmo em processos de denúncias envolvendo Magistrados e membros do Ministério Público. A morosidade, por sua vez, pode ser vista como consequência do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, princípios constitucionais que não podem ser atropelados, sob argumento de dar celeridade in consequente e ilegal. Na prática, qualquer procedimento ético nos conselhos é infinitamente, menos demorado do que um processo judicial, processo este que, a depender do caso, mais parece um investimento futuro não para o autor, mas para os seus herdeiros.

Ocorrendo regular tramitação e reunidos os elementos em fase de sindicância, conclui-se pela existência ou não de indícios que podem ensejar a instauração do competente processo ético-profissional. Esta decisão deve ser homologada por um colegiado que determina ou não a abertura do processo ético-profissional com base no parecer exarado. (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2008).

Somente com a instauração do processo é possível denominar o médico como Denunciado ao qual serão ofertadas todas as oportunidades de defesa. O primeiro ato é a citação para que o médico apresente sua defesa prévia e arrole até 5 (cinco) testemunhas. Se houver parte Denunciante, esta terá igual prazo para se manifestar e também arrolar suas testemunhas. Em seguida ocorrerão as oitivas: Denunciante, Testemunhas e Denunciado. Até o encerramento da instrução qualquer prova pode ser produzida podendo ser determinada, inclusive, pelo Conselheiro que instrui o feito. (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2008).

Encerrada a fase de instrução é concedido um prazo para que as partes apresentem suas alegações finais, não sendo mais possível a juntada de provas. Neste momento o processo está pronto para o julgamento o qual é designado com

antecedência mínima de 10 (dez) dias. O julgamento é um ato formal que ocorre na presença das partes, advogados e Conselheiros, dentre estes últimos, um relator e um revisor. (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2008).

A sessão se inicia com a leitura do resumo de todo o processo, em detalhes, já que é o primeiro contato que os Conselheiros estão tendo com o caso. Às partes é concedido o prazo de 10 (dez) minutos para sustentação oral. Após iniciam-se os esclarecimentos, debates. Ao final dos debates novo prazo é concedido às partes, agora de 5 (cinco) minutos, para complementação da sustentação oral. Finalmente o relator apresenta o seu voto que deve ser composto de 3 (três) partes, a saber: culpabilidade ou absolvição, artigos infringidos e pena aplicada. (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2008).

### **3 A DETERMINAÇÃO DA CULPA E A RESPONSABILIDADE MÉDICO**

A culpa *lato sensu* é um dos pressupostos obrigatórios para a caracterização da responsabilidade subjetiva do médico. Lembrando sempre que assente a esta ideia, deve-se proceder à apreciação do vínculo que deve existir entre a conduta viciada pela culpa e o dano produzido (nexo causal). Giostri (1996, p. 56) assim explica:

[...] a culpa entendida de maneira genérica, vem a ser o fundo animador do ato ilícito, da injúria, da ofensa ou da má conduta imputável. Assim, como requisito do fato lesivo do direito de outrem, assume o papel de elemento específico, favorecendo a passagem para a seara da responsabilidade civil a violação do direito de outrem, causadora do dano. Na culpa, conforme a teoria clássica, podem ser identificados dois elementos: o objetivo - expressado pela ilicitude, pela lesão do direito de outrem - e o subjetivo - representado pelo mau procedimento imputável, ou o fato de prever ou ter podido prever o atentado ao direito de outrem.

A culpa *stricto sensu* não se confunde com o dolo. Age culposamente aquele que não observa um dever de cuidado, causando um resultado danoso não querido ou esperado. Age dolosamente aquele que busca diretamente e conscientemente a realização de um fim com intenção de prejudicar direito alheio. (GIOSTRI, 1996).

A culpa pode ser consciente, quando o sujeito prevê o resultado, mas espera que este não aconteça ou, inconsciente, quando o sujeito não prevê o resultado embora este fosse previsível. Delmanto (1998, p. 32) gradua a culpa da seguinte maneira:

[...] tradicionalmente, a culpa vem graduada em grave, leve ou levíssima, conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado e da maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do sujeito. Da culpa levíssima dificilmente pode decorrer a responsabilidade penal, pois inexistente quando o sujeito tomou os cuidados objetivos de que era capaz. Restará, porém, a responsabilidade civil do agente.

Em resumo, é grave a culpa quando, embora o autor não quisesse resultado danoso, comportou-se como se o tivesse querido. Será leve a culpa decorrente de falta de diligência média, ou seja, aquela que um homem normal observaria em sua conduta. E, finalmente, é levíssima a falta resultante de uma conduta que foge aos padrões medianos, mas que seria evitada se houvesse um cuidado especial. (DELMANTO, 1998).

Importante também é noticiar a noção de culpa *in concreto* e *in abstracto*. Naquela há um exame sob o ângulo da negligência, imperícia ou imprudência; nesta compara-se o procedimento do profissional ao do homem normal, pois a reparação do dano nada mais é do que a consequência do grau culpa existente na ação do agente. Portanto, para se determinar, no caso concreto, se o médico agiu ou não com culpa, o melhor é comparar o seu comportamento ao de outro médico colocado frente à mesma situação, fazendo-se, inclusive, um juízo de reprovabilidade daquela conduta danosa. São três as modalidades de caracterização da culpa médica: negligência, imprudência e imperícia (art. 1.545, CC (BRASIL, 2002) – art. 951 do Novo Código Civil), rigorosamente observadas pelos juízes brasileiros. Agindo com culpa, independente da modalidade e da gravidade, deverá o médico reparar o dano que provocou. (GIOSTRI, 1996).

A negligência (do latim *negligentia*) caracteriza-se por ser um descuido, desleixo, falta de diligência, incúria, desatenção, desídia, falta de cuidado capaz de determinar a responsabilidade por culpa, omissão daquilo que razoavelmente se faz, falta de observação aos deveres que as circunstâncias exigem. (GIOSTRI, 1996).

Assim, são exemplos de negligência, entre outros, esquecer pinça cirúrgica na barriga de um paciente após término de uma cirurgia, proceder a exame superficial, demora de envio a especialista, descaso no pós-operatório, uso de instrumentos contaminados ou não esterilizados, entre outros. (MATIELO, 1998).

O Código de Ética Médica (CFM, 2019) prevê algumas formas graves de negligência como a omissão de tratamento e o abandono de paciente. O Direito do médico escolher seus pacientes não é absoluto, sendo-lhe obrigatório fazer o

atendimento nos casos de urgência quando da ausência de outros médicos que possam atendê-lo ou quando for de sua responsabilidade atender em setor de urgência e emergência (Código de Ética Médica (CFM, 2019), arts. 7º, 35 e 58). Deixar de comparecer a plantão, ou abandoná-los em justo motivo (Código de Ética Médica (CFM, 2019), arts. 57 e 36); deixar de informar o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento ao paciente ou a seu responsável (Código de Ética Médica (CFM, 2019), art. 59); estando autorizado pelo paciente, não informar a outro médico seu quadro clínico, ou deixar de informar a seu substituto o estado clínico dos pacientes sob sua responsabilidade (Código de Ética Médica (CFM, 2019), arts. 83 e 84). São apenas alguns entre os inúmeros exemplos de negligência previstos pelo Código de Ética Médica. (CFM, 2019).

A imprudência é a descuidada, descuido, prática de ação refletida ou precipitada, resultante de imprevisão do agente em relação ao toque podia e devia pressupor, ou, ainda quando o médico age com excesso de confiança desprezando regras básicas de cautela. São situações em que o médico atua sem a devida precaução, e que acabam por expor o paciente a riscos desnecessários. Normalmente a imprudência caracteriza-se por *um fare* (ato comissivo), enquanto a negligência se caracteriza por *um non fare* (ato omissivo). (MATIELO, 1998).

Assim, é imprudente, por exemplo quem opera um paciente sem seu preparo adequado ou quem diagnostica ou prescreve medicamentos por telefone (Código de Ética Médica (CFM, 2019), arts. 39 e 62); quem efetua procedimentos sem esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou de seu responsável, salvo iminente perigo de vida (Código de Ética Médica (CFM, 2019), art. 46); quem se opõe à realização de conferência médica solicitada pelo paciente ou seu representante legal (Código de Ética Médica (CFM, 2019), art.64), ou, ainda, quem desrespeita a dignidade humana, assumindo um risco que deveria ser compartilhado com o paciente e com a sociedade, não esclarecendo novas técnicas ou pesquisas que no paciente serão utilizadas. (Código de Ética Médica (CFM, 2019), art. 34).

A imperícia (do *latim imperitia*) é a falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte. É ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, falta maestria para a prática de determinados atos, no exercício da profissão, que exigem um conhecimento específico. (MATIELO, 1998).

Assim, quando o médico delega atos a pessoas não habilitadas para exercer a Medicina, ou é conivente com atos médicos ilícitos, resta configurada a imperícia (Código de Ética Médica (CFM, 2019), art. 10).

Por final, vale transcrever o entendimento de Anibal Bruno (1985, p. 472) que,

[...] ao analisar a imperícia, afirma “que há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, advir daí um resultado de dano ou perigo.

Os limites entre imprudência, imperícia e negligência são extremamente tênues, podendo haver casos em que acabem interligadas ou confundidas, tendo por resultado o início a uma ação penal e/ou de uma ação cível. Por isto, conclui Kfourri (1996, p. 57), “[...] para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns”.

Assim, deve o julgador reconstruir os fatos com os elementos que a ele foram entregues pelas partes, não bastando a simples observação dos aspectos e conceitos legais que envolvem o caso concreto. Sempre, tendo em mente que ao demonstrar a culpa do profissional médico, deve-se, conjuntamente, evidenciar claramente o nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido pelo paciente porque, inexistindo o nexo, não se pode falar em responsabilização do profissional. (KFOURI,1996).

### 3.1 Os Componentes do Fato Típico

Conforme assinala Damásio de Jesus (2003, p. 226), são componentes do fato típico:

- a) conduta dolosa ou culposa;
- b) resultado (salvo nos crimes de mera conduta);
- c) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais);
- d) imputação objetiva; e
- e) tipicidade

A Conduta é a ação ou a omissão humana consciente e dirigida a uma determinada finalidade e pode ser expressa no postulado de que não há crime sem ação (*nulum crime sine actione*). Composta de duas fases: uma, interna ou de

cognição do agente (opera-se no seu pensamento), como, por exemplo, o agente que se propõe a um fim; seleciona os meios para esta finalidade e considera os efeitos concomitantes que se unem ao fim pretendido. A segunda fase consiste na exteriorização da conduta através dos meios utilizados para a produção do resultado. (COSTA JUNIOR, 2002).

A ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. Conforme relata Souza (2000, p. 02):

A ação, como primeiro elemento estrutural do crime, é o comportamento voluntário conscientemente dirigido a um fim. Compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e do movimento corporal dirigido a um fim proposto.

Note-se que o dolo e a culpa, em sendo elementos componentes do fato típico, impendem a análise da ação a partir de sua finalidade se dirigida diretamente para concretização do fato ilícito (ação dolosa), se decorrente da inobservância de cuidados necessários para a produção do evento (ação culposa).

Bem pontua Bitencourt (2015, p. 210), ao afirmar: “Dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, e ancorado no pensamento de Welzel, fere com pena de ouro:” [...] dolo, em sentido técnico penal é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”. Dificilmente encontrar-se-á o erro médico nestas condições.

Já o elemento decisivo na ilicitude do fato culposos não reside propriamente no resultado lesivo, mas em especial, no desvalor da ação que praticou; afinal no crime culposos o fim normalmente é lícito, sendo de se reprimir a forma e o modo impróprios como se comporta o agente. Nesta hipótese, maior frequência encontra-se de atuações médicas impregnadas de agir culposos que impenderão na responsabilização do agente. (MENDES, 2006).

Por sua vez o resultado é a modificação no mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário. Duas teorias são prontas a explicar a natureza jurídica do resultado. A primeira, naturalística, segundo a qual resultado é a modificação do mundo externo causada por um comportamento humano. Com peculiar proficiência, afirma Heleno Cláudio Fragoso (1995, p. 141): “É o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido

no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado pela relação de causalidade”.

A segunda teoria jurídica ou normativa afirma que o resultado da conduta é a lesão ou o perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal (afetação jurídica). Classificam-se os crimes com relação ao resultado naturalístico em: materiais – contam com a necessidade da produção de um resultado externo, se observado na ótica da responsabilidade penal do médico; tome-se em conta a hipótese de o agente ser acusado de um crime de homicídio (CP (BRASIL, 1940), art. 121), onde há de se impor o resultado morte (ainda que seja possível a punição da tentativa); formais não há necessidade da ocorrência do resultado pretendido pelo agente; e finalmente os de mera conduta ou de simples atividade, que se consumam independentemente da produção de qualquer resultado naturalístico, como na hipótese; omissão de notificação de doença (CP, art. 269). (BITENCOURT, 2015).

Diversas teorias tentam explicar a relação de causalidade no Direito Penal, a teoria adotada pelo Codex Pátrio é a da equivalência dos antecedentes que, partindo-se de um ângulo estritamente filosófico, tem em Stuart Mill (*apud* BITENCOURT, 2015) o seu precursor e orienta-se partir do seguinte fundamento: se não se pode estabelecer distinção entre condições essenciais e não-essenciais do evento, consideram-se causa do mesmo todos os elementos que concorrem para a sua realização.

Assim o momento em que nasce a relação causal entre a ação e o evento é quando não se possa, mentalmente, supor excluída na série causal a ação ou omissão, sem admitir-se que, *in concreto*, o resultado teria deixado de existir. (BITENCOURT, 2015).

A teoria da imputação objetiva surge como autônoma e independente da doutrina da causalidade objetiva ou material. Propõe-se a análise desta teoria como quarto elemento do fato típico, após a conduta, resultado e o nexos causal propriamente dito. Segundo Damásio de Jesus (2012, p. 23):

Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico. [...] O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não nas áreas das ciências físicas, reside em estabelecer um critério de imputação do resultado em face da conduta no campo normativo, valorativo.

A primeira premissa propõe uma análise à avaliação dos riscos, dividindo-os em permitidos e proibidos. Logicamente, o perigo de dano é inerente a toda atividade humana, assim, o fato de o médico anestésiar um paciente, tomadas as precauções contra as adversidades alérgico-medicamentosas, deve ser considerado um risco permitido, mesmo que um choque anafilático venha a ocorrer. Todavia, se, desobedecendo às regras procedimentais para tal atividade, gera uma complicação para o paciente, produz um risco proibido que passa a ser punível em decorrência do desvalor de sua ação. Dito isto, conclui-se que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do resultado, a consequência é atipicidade do fato, e outras palavras, a criação do risco permitido é atípico, ainda que produza um resultado jurídico deixando de existir o delito por ausência de fato típico. Exemplo interessante encontramos em Alex Couto Filho (2004, p. 21):

Como poderá um anestesista – para exemplificar – evitar que um determinado paciente, cardiopata, mas que precisa fazer uma determinada cirurgia de urgência, se não irá morrer, tenha uma parada cardíaca em razão de anestésico? Trata-se de um risco ao qual o paciente terá que se submeter, a não ser que escolha morrer – e tem esse direito, caso esteja consciente. Este risco existe, é previsível, e pode até ser esperado para o caso, mas não há nada que o médico possa fazer para impedir que ocorra. Aparada cardíaca poderá acontecer ou não, dependendo da reação do organismo do paciente naquele dado momento.

Note-se que, pela aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, não poderá ser o anestesista responsabilizado em razão de praticar uma ação, na qual o risco é permitido.

A Teoria da Imputação Objetiva permite uma subdivisão no concernente a sua amplitude. Duas correntes propõem-se a delimitar a amplitude da citada teorização. A primeira, restritiva, sistematiza princípios em razão dos quais se pode considerar que o resultado é imputável a uma conduta, referindo-se a crimes materiais (de conduta e resultado); para a segunda, extensiva (ou ampliativa), os princípios da imputação objetiva são aplicáveis a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não, contando com maior aceitação por parte da doutrina. (COUTO FILHO, 2004).

Por fim a tipicidade é uma decorrência do princípio da legalidade, posto que a conduta deverá encontrar no tipo a taxatividade do poder normativo, a fim de considerá-la desviante do ordenamento jurídico. O ilustre Mestre Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 201) descreve a Tipicidade como:

a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei.

Fernando Capez (2017, p. 136) pontua:

O Conceito de tipicidade é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos.

Note-se que o ponto comum de tais pensamentos convergem para a necessidade da norma incriminadora prévia e da conduta do agente para a adequação do tipo à tipicidade.

### **3.2 A Antijuridicidade**

A antijuridicidade pode ser considerada como a caracterização negativa do fato, sendo, portanto, um juízo sobre o acontecer, não sobre a personalidade. Daí se poder afirmar ser esta uma contradição da ação com uma norma jurídica, pode ser compreendida como elemento na análise conceitual do crime e assume, portanto, o significado de ausência das causas excludentes da ilicitude. Daí ser correto afirmar que a antijuridicidade é um juízo de desvalor que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico. (BITENCOURT, 2015).

Portanto, não é suficiente que o comportamento seja típico, é necessário que conduta encontre correspondência num modelo legal, adequando-se o fato à norma penal incriminadora. É necessário que não exista causa de exclusão da antijuridicidade para que incida a reprovação do ordenamento jurídico à conduta atribuída ao agente. Assim, para que o médico seja responsabilizado por uma conduta criminosa impende que não esteja albergado por uma das causas de exclusão da antijuridicidade. (MENDES, 2006).

### **3.3 Do Dolo e da Culpa**

Atualmente, a lei penal brasileira prevê irretorquivelmente hipóteses da responsabilidade penal do médico. O Código Penal (BRASIL, 1940, *online*)<sup>7</sup> vigente estabelece:

Art. 18. Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Em ambos os conceitos existe a possibilidade do enquadramento da responsabilidade penal do médico, decorrente do erro no exercício da profissão.

### 3.3.1 Modalidades da culpa

A primeira modalidade de culpa é a imperícia derivada do latim *imperitia de imperitus* e entende-se como falta de prática ou ausência de conhecimento, que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte qualquer. Pode-se afirmar, então, que é constituída pela falta de habilidade para praticar os atos médicos que pressupõem conhecimento técnico e científico, sendo fruto da ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência ou até mesmo pela inabilidade no exercício da profissão. (FRANÇA, 2014).

É uma modalidade de culpa, comissiva (ação), que é observável quando o médico vai realizar um procedimento e o faz de maneira equivocada por falta de experiência, despreparo técnico ou incompetência. Não se pode, entretanto, confundir com a iatrogenia, que é uma lesão ou enfermidade que produz o médico durante o exercício profissional correto. (COUTO FILHO, 2004).

Exemplifica-se a imperícia quando o paciente vai a óbito após o médico se equivocar no diagnóstico ou no tratamento, não dimensionando o quadro de gravidade da enfermidade. Como aponta França (2014), o caminho da imperícia decorre da falta de observação das normas técnicas, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimento e arremata afirmando que é mais frequente na iniciativa privada por motivação mercantilista.

---

<sup>7</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

A segunda, a imprudência, do latim *imprudens, entis*, indica a impulsividade, a afoiteza, a incontinência no procedimento. Caracteriza-se pelo risco tomado pelo profissional no exercício de seu dever, optando por uma atuação de caráter perigoso e esquecendo-se dos cuidados necessários para alcançar o fim colimado: a saúde do paciente. Assim fica demonstrada a precipitação, na falta de previsão, em contradição com as normas do procedimento sensato. (FRANÇA, 2014).

Muitos médicos praticam determinados atos sem disporem dos recursos necessários para se chegar ao sucesso do empreendimento, podendo ser estes recursos materiais ou humanos, devendo ser responsabilizados quando efetivamente ficar patenteada a imprudência. Nesta hipótese pode ocorrer o erro médico por ação ou omissão, quando o médico assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico ou, sobretudo, sem esclarecimentos à parte interessada. Podemos mencionar como exemplo de imprudência a ação do profissional que se aventura na prática de uma intervenção, para a qual sabe não possuir equipamentos e condições de levá-la a cabo com tranquilidade, acreditando que sua capacidade técnica poderá suprir as dificuldades operacionais encontradas. (FRANÇA, 2014).

A terceira, a negligência, deriva do latim *negligentia*, e significa um descuido, desleixo, uma falta de diligência, incúria, preguiça, com uma falta de desatenção e um profundo menosprezo. Objetivamente é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos, sendo correto afirmar consistir esta, na inobservância das normas que nos ordenam agir com atenção, com capacidade, solicitude e discernimento. Relaciona-se, no mais das vezes, com a desídia, ocorrendo por omissão de precauções às quais o médico deveria se obrigar. É, pois, um tipo de culpa por omissão, efetivando-se quando o profissional não fez o que deveria ter feito, seja por inércia, seja por passividade, indiferença, desleixo. (FRANÇA, 2014).

Ela se configura quando o profissional deixa de observar os deveres impostos à execução de qualquer ato. Pode ocorrer quando o doente é abandonado à própria sorte ou em mãos inexperientes, assim como, quando sofre a omissão de socorro, a violação do dever de diligência e a impontualidade do médico. (COUTO FILHO, 2004).

Um exemplo de negligência profissional é o do médico que não toma a devida precaução antisséptica, vindo o paciente a contrair uma infecção em razão de sua atitude e, posteriormente, vem a falecer. Outra situação que também pode vir a

acontecer é a da hipótese do médico que atende um paciente que apresente um quadro febril e cefaleia, não realiza o exame físico, sequer ao menos para verificar a temperatura, diagnosticando resfriado comum e prescrevendo para o mesmo analgésico e antitérmico. Horas após, o paciente é internado com quadro de meningite, vindo a óbito. (MENDES, 2006).

A negligência é a forma mais frequente de erro médico no serviço público, quando o profissional, muitas vezes pela sobrecarga de serviço, esquece do juramento de Hipócrates e trata os pacientes com descaso ou pouco interesse aos deveres e compromissos éticos. (MENDES, 2006).

### 3.3.2 *Natureza da culpa médica*

Uma das características da culpa médica é a singularidade do tratamento penal que lhe é reservada. Assim, se um homicídio ou lesão ocorre em decorrência de uma mal atuar profissional, aplica-se de logo, uma causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 ou na hipótese de lesão corporal § 7º do art. 129 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Analise-se, todavia, que nem todos os eventos envolvendo a pessoa do médico podem ser considerados penalmente puníveis, mormente porquanto a prestação de serviço médico ao doente passa por diversas etapas, tais como: a formulação do diagnóstico, a escolha da terapêutica e a execução do tratamento. (BITENCOURT, 2007).

Para um procedimento culposo existir podem ocorrer equívocos na formulação do diagnóstico, por imperícia ou negligência; na escolha da terapêutica, por imperícia ou imprudência; na execução do tratamento, por imperícia, negligência ou imprudência, sendo que, nas duas primeiras situações, pode surgir apenas um perigo para a saúde ou à integridade física ou mental do paciente, tendo em vista que reparáveis se diagnosticadas a tempo, enquanto na última pode advir um dano para a sua sanidade ou até para a sua vida. (BITENCOURT, 2007).

No erro de diagnóstico, esta modalidade de erro ocorre em duas hipóteses. A primeira, é decorrente da incapacidade do médico em analisar a sintomatologia identificando a patologia que acomete o paciente; *muatis mutandis*, é como identificar um tipo penal para uma ação. A segunda, é quando ele se equivoca na diagnose,

sendo responsável nas duas situações ou pela falta de cautela na escolha entre várias soluções possíveis, até mesmo por haver negligenciado na anamnese, ou até mesmo se, ao invés de optar pelo diagnóstico mais seguro, opta por um, duvidoso. (BITENCOURT, 2007).

Nesta hipótese, o erro médico pode provir da má elaboração da anamnese. A precisão das informações colhidas pelo médico, neste momento, são elementos fundamentais para o acerto no diagnóstico, doenças pretéritas, alergias, enfim, tudo deve ser questionado ao paciente, da forma mais precisa e analítica, carecendo também neste momento de um importante auxílio do paciente, que deve ser exato e completo nas respostas. Impende ainda a busca de um signo linguístico de fácil compreensão por parte do paciente, a fim de que não se perca o real sentido das expressões utilizadas. (BITENCOURT, 2007).

Em caso de erro grosseiro, no diagnóstico do médico um erro não é necessariamente culposos, sendo necessário para o seu reconhecimento que tenha ocorrido uma falta grosseira, o erro profissional, como o resultado da incerteza ou da imperfeição da arte e não da negligência ou da falta de capacidade daquele que a exerce. Para Oliveira (1998), pode-se atribuir erro ao profissional nas seguintes circunstâncias: se causar dano ao agir sem o consentimento do cliente; se agir com negligência, imprudência ou imperícia, inclusive quanto ao diagnóstico; se descuidar do seu dever de assistência diante de uma emergência, ocorrendo agravamento da moléstia ou ferimento; se abandonar o doente no curso do tratamento, de modo intempestivo; se agir contra as indicações da ciência no tratamento ministrado; se descumprir com o seu dever de discricção. (OLIVEIRA, 1998).

Por fim o erro de tratamento, que se trata da responsabilidade profissional pela modalidade de erro do tratamento, no qual mais uma vez a imperícia ou imprudência podem ocorrer na escolha de uma terapêutica inadequada, como, por exemplo, o equívoco na prescrição de remédios, ou até mesmo a imprecisão no procedimento cirúrgico. (OLIVEIRA, 1998).

O ato cirúrgico é fator de preocupação para o médico. Nele, a concentração, a capacitação e a integração entre a equipe são fundamentais para o êxito do procedimento. Por mais simples que possa ser, contém riscos previsíveis, havendo, por conseguinte, obrigação de evitá-los. Nesta hipótese, para que haja

responsabilização é necessário: 1) que o erro seja culpável; 2) que ele seja danoso. (BITENCOURT, 2007).

Desta forma, verificada a ausência de elementos que agasalhem a pretensão acusatória, não sofrerá sanção penal.

O pós-operatório igualmente é fundamental para se definir a eventual responsabilidade do médico por eventos danosos. O acompanhamento da evolução do paciente submetido a ato cirúrgico, a supervisão de seu quadro clínico, muitas vezes relegada a um segundo plano, têm ocasionado mortes ou sequelas importantes. Não se pode olvidar que o período posterior à cirurgia, no qual o paciente está fragilizado, é fundamental para a sua recuperação. (OLIVEIRA, 1998).

Frise-se que em diversas situações pode o paciente ser o responsável pelo mau resultado, sobretudo, quando não segue as recomendações do profissional; por esta razão, todos os procedimentos devem restar consignados no prontuário médico do paciente. Visto por muitos, erroneamente, como um documento que tem serventia para incriminar o médico, em verdade ele é meio de prova fundamental exatamente para demonstrar como ele agiu, se corretamente, segundo as melhores orientações para cada tipo de enfermidade ou procedimento, ou de maneira equivocada. O registro de cada detalhe, de cada evolução, de cada reação medicamentos a deverá estar registrado no prontuário, que servirá de espelho à atuação do profissional da medicina naquele caso concreto. (OLIVEIRA, 1998).

#### **4 A DETERMINAÇÃO DO DOLO E DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO**

Conforme preceitua o art. 18 da Lei Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>8</sup> brasileira: “Art. 18. Diz-se o crime: I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.”

A origem da palavra dolo advém do grego, que quer dizer engano, astúcia. De acordo com o Código Penal (BRASIL, 1940) brasileiro, para que o crime seja doloso, torna-se imprescindível que o agente queira o resultado ou assume o risco de produzir um fato contrário à lei. Para a doutrina causal, o dolo exige a consciência da ilicitude do fato, conforme dispõe Oliveira (2000, p. 15) “[...] age dolosamente quem quer o

---

<sup>8</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

resultado ou assume o risco de produzi-lo, sabendo-o ilícito; enquanto, para a doutrina finalista, o dolo não requer o conhecimento, pelo agente, da ilicitude do fato.”

Ferracinni (1997, p. 13), assim define: “Dolo é o conhecimento e a vontade de realização do tipo. Em outras palavras, é a atitude subjetiva de decidir-se pela execução de uma ação lesiva a um bem jurídico, quer dizer, de uma ação que realiza um tipo penal.”

Salutar é a lição de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 225), quando afirma:

O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um, cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um, volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele. A consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. Mas a consciência do dolo abrange somente a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a consciência da ilicitude, que hoje está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica. Enfim, em termos bem esquemáticos, dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto.

Assim, o dolo constitui elemento subjetivo do tipo. É representação do resultado e, também, a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado ou, nos termos da lei, assumir o risco de produzi-lo. Dito isto, pode-se afirmar que, se o médico atua com a deliberada vontade de realizar o tipo, ou assume o risco de atacar o ordenamento jurídico, deve ser responsabilizado por crime doloso conforme preceitua a lei.

#### **4.1 Modalidades do Dolo**

Welzel, citado por Bittencourt (2015) em seus estudos, já afirmava que todas as ações dos crimes dolosos não poderiam ser produzidas sem a vontade dirigida àquele fim. O dolo, assim foi dividido: dolo natural e dolo normativo. Será dolo natural, para a doutrina finalista, quando o agente agiu com vontade e consciência voltadas à realização do dano, mesmo sem ter conhecimento da sua ilicitude. Será dolo normativo, para a doutrina clássica, além da vontade e consciência de realizar a conduta, a consciência da sua ilicitude (é esta a orientação adotada pelo Código Penal (BRASIL, 1940) Brasileiro). Portanto, para o legislador brasileiro, o conceito de dolo compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica)

e um elemento volitivo (vontade de realizá-la), restando à consciência da ilicitude pertencer à noção de culpabilidade.

Há ainda o dolo eventual quando o agente conscientemente admite e aceita o risco de produzir o resultado. Poder-se-ia imaginar a hipótese de um médico que, mesmo sabendo que a operação era desnecessária e que poderia provocar a morte de seu paciente, procede de má-fé à intervenção e acaba por matar o enfermo. Nestes casos, o agente prevê o resultado como provável ou possível, mas aceita ou consente sua superveniência. Aproxima-se, portanto, da culpa consciente, dela diferenciando-se apenas porque nesta o agente não assume o risco de produzir o resultado danoso. (BITTENCOURT, 2015, p. 228).

Há outros inúmeros tipos de dolo, mas não interessa a este trabalho elencá-los, pois o dolo (independentemente do tipo) raramente é observado nos casos de erro médico. (BITTENCOURT, 2015).

Importante ainda noticiar a existência do erro de tipo e do erro de proibição. Será erro de tipo aquele que versa sobre elementos da conduta típica (quando pela falsa representação da realidade o agente comete um crime). Tem por efeito a exclusão do dolo (CP (BRASIL, 1940), art. 20). Será erro de proibição aquele que ocorre sobre a ilicitude da ação ou omissão e que, sendo relevante, terá por efeito a exclusão ou atenuação da culpabilidade (CP (BRASIL, 1940), art. 21). O dolo, bem como os erros retromencionados, tem grande influência no estudo da responsabilidade penal dos médicos. ((BITTENCOURT, 2015).

## 4.2 Da Omissão de Socorro

Existem situações na vida do médico em que o mesmo poderá sofrer os rigores da lei penal, em razão de uma omissão no dever de prestar assistência ao paciente. Nestas hipóteses, sofrerá o esculápio as penas da omissão de socorro. Estipula o art. 135, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940, *online*)<sup>9</sup> brasileiro:

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à 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 01 a 06 meses ou multa.

---

<sup>9</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

Por sua vez, verbera o art. 58 do Código de Ética Médica (CFM, 2019 *online*)<sup>10</sup> em que é vedado ao médico: “[...] deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

Anote-se que a conduta humana, elemento componente do fato típico, é composta de duas possibilidades: ação que é o comportamento positivo, a movimentação corpórea, ou *facere* e omissão, que é o comportamento negativo, a abstenção de movimento, ou *non facere*. Anote-se que as características elementares do tipo de omissão de socorro devem estar presentes simultaneamente sob pena de atipicidade da conduta. Como afirma Aníbal Bruno, citado por Mirabete (2004, p. 141):

O ausente tem o dever jurídico de prestar socorro quando, por aviso feito com a precisa seriedade, venha a ter conhecimento do grave perigo em que se encontra alguém e saiba que a sua intervenção é necessária e que da sua ausência resultará para a vítima um risco de dano quase irremovível. É o caso, por exemplo, do único médico que se encontra nas proximidades e cujos serviços são solicitados para salvar o ferido.

Neste sentido, adverte Bitencourt (2015, p. 301-302):

A omissão de socorro é crime omissivo próprio e instantâneo, consumando-se com a simples abstenção da conduta devida no instante em que o sujeito omite a prestação de socorro, independentemente da produção de qualquer resultado; trata-se de crime de perigo, pois, se visar dano, será alterada a tipificação da conduta; crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial do sujeito ativo; doloso, não havendo previsão da modalidade culposa. O erro, porém, quanto à existência do perigo, quanto à possibilidade da conduta ou quanto à existência de risco pessoal exclui o dolo.

Entende-se que o médico que se omite deve responder pelo crime de omissão de socorro quando chamado ao local para exercer o dever de assistência. Com efeito, a lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe. A prova ou comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente. Anota Damásio de Jesus (2003, p. 183):

---

<sup>10</sup> <https://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index9/?numero=23&edicao=4442#page/4>.

Suponha-se que a vítima telefone a um médico com insistência, relatando a sua situação, em face de grave e iminente perigo em consequência de uma doença. O médico, não obstante tomar consciência da real situação de perigo que deve ser arrastada pelo ofendido, não lhe presta socorro. Neste caso, não temos dúvida em afirmar a existência do delito.

Para que isto ocorra, entretanto, é necessário que o sujeito tenha plena consciência do grave e iminente perigo em que se encontra o sujeito passivo. Fora daí, não existe delito por ausência do elemento subjetivo do tipo. Frequentemente, tem havido casos de omissão de assistência médica, os quais vêm sendo bastante debatidos no âmbito dos tribunais, consoante poderá o leitor verificar nas jurisprudências acostadas em seguida. Todavia, é salutar colher o ensinamento de Capez (2017, p. 198) que indica serem hipóteses de erro médico por omissão:

- a) exigência médica de depósito prévio de dinheiro – se o paciente é pobre, há crime;
- b) médico que se recusa a prestar assistência a doente grave, alegando estar de folga, a falta de pagamento de honorários ou a inexistência de convênio;
- c) enfermeira também comete este crime se recusar-se ao atendimento sob a alegação de inexistência de convênio com hospital;
- d) recepcionista que a pretexto de prévio preenchimento de ficha hospitalar se recusa a acolher a vítima e encaminhá-la ao médico.

França (2014, p. 197) entende que a omissão de socorro pode ser caracterizada quando:

[...] médico que alega estar de folga, recusando prestar assistência quando não existe outro na localidade; a recusa de tratar o paciente em perigo de vida que não tem recursos para o depósito prévio; a alegação de não existir, entre o hospital e o periclitante, convênio com a sua instituição assistencial.

Anote-se que o fundamento da punição do ofensor nestes casos é o desrespeito ao dever de solidariedade humana, um princípio moral exigido, por este dispositivo, à condição de dever jurídico.

Quanto ao tipo em questão, é de se ressaltar que no parágrafo único do art. 135 do CP (BRASIL, 1940) estão previstos dois crimes preterdolosos, o primeiro, qualificado por lesões corporais de natureza grave, com pena aumentada de metade, e o outro, pela morte da vítima, quando a pena será triplicada.

### **4.3 O Sigilo Médico Profissional**

A Declaração Internacional de Direitos do Homem e do Cidadão (ONU, 1948, *online*)<sup>11</sup> estabelece no art. 12º:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, toda pessoa tem direito à proteção da lei.

No mesmo sentido, prescreve a carta política no inc. X, do seu art. 5º: “ X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988, *online*)<sup>12</sup>

Dito isto, é correto assinalar que os profissionais liberais têm o dever de guardar segredo sobre as informações reservadas que receberem em decorrência do exercício profissional, sob pena de violação da norma constitucional em epígrafe. (FRANÇA, 2014).

Esta ideia de sigilo acentua-se ainda mais em relação ao médico, posto que, pela própria natureza de sua profissão, obtém confidências dos pacientes que, por motivos óbvios, não poderiam vir a público, situação que lhes permite buscar ajuda sem medo de qualquer estigma ou outras repercussões negativas que possam resultar do conhecimento de seus problemas. Anote-se que a quebra do segredo profissional acarreta a responsabilização do médico na esfera criminal por infração ao art. 154 do Código Penal (BRASIL, 1940), sem prejuízo de outras sanções de natureza administrativa perante o órgão de classe e até mesmo na eventual responsabilização civil do escúpio. Neste sentido França (2014, p.199):

O sigilo médico não pode hoje ser defendido em termos absolutos como sugeria Francisco de Castro: ‘Esse segredo ou há de ser formal e absoluto, ou, se não o for, não passará de um embuste grosseiro, de uma arlequinada indecorosa, de uma farsa infamante de um homem de bem’. Nem muito menos no conceito de confissão, que o direito canônico consagrou e prescreveu com o máximo rigor nas palavras de Santo Agostinho: ‘O que sei por confissão, sei-o menos do que aquilo que nunca soube’

Atente-se que a matéria foi objeto de regulamentação do Conselho Federal de Medicina – CFM -, através da Resolução 1.605/00 (CFM, 2000), que, em linhas gerais,

---

<sup>11</sup> <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>.

<sup>12</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

proíbe o médico de revelar o conteúdo do prontuário ou da ficha médica sem expressa autorização do paciente; adverte, ainda, que cumprimento da norma penal de notificação compulsória de doença restringe-se a informar a autoridade competente sem remessa do prontuário; e, na hipótese de cometimento de crime por parte do paciente, deve o médico abster-se de qualquer comunicação que possa expor aquele a processo de natureza criminal. Finalmente, determina a obediência do profissional tanto às ordens judiciais quanto à requisição dos prontuários. (FRANÇA, 2014).

Assim, na hipótese de o médico vir a violar estas regras, incorrerá nas penas previstas pelo Código Penal, sob o título Violação do Segredo Profissional, mais precisamente na norma do art. 154 (BRASIL, 1940 *online*)<sup>13</sup>: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

Uma outra possibilidade de desoneração da responsabilidade do médico diz respeito ao consentimento do paciente que autoriza o médico para informar sobre os dados daquele, sendo correto afirmar que o próprio Código de Ética Médica (CFM, 2019, *online*)<sup>14</sup> ressalva no seu art.102 esta possibilidade, “[...] salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”, aliás, texto que é corroborado pelo art. 1º da Resolução 1.605/00. (CFM, 2000).

Assim, conclui-se que o sigilo profissional, imposto ao médico, em benefício e proteção do paciente, tem, pois, disciplinamento legal amplo no Direito brasileiro, tanto do ponto de vista constitucional, como nos campos ético, civil e penal.

## 5 A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

A responsabilização penal do médico, sem dúvida, é a mais criteriosa e difícil de ocorrer em razão da própria dinâmica principialista do processo penal, segundo Moraes (1996, p. 55):

A responsabilidade é penal quando o dano, pela gravidade, causa turbação da ordem social. É a comoção da comunidade, que ultrapassa o âmbito do paciente e de sua família. A sanção é uma pena, que pode ser corporal ou pecuniária, e só recai sobre o autor da má prática.

---

<sup>13</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>14</sup> <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>.

São mais raros os casos em que é possível subsumir o ato praticado pelo médico à norma penal. No entanto, isto é possível de ocorrer, devendo os médicos e advogados estarem atentos e preparados. (COUTO FILHO, 2004).

### 5.1 Crimes Próprios da Atividade Médica

O Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) traz em seu bojo alguns crimes próprios da medicina. O primeiro e mais conhecido é o crime de exercício ilegal da medicina para o médico que excede os limites da profissão do art. 282, Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>15</sup>:

Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica  
Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:  
Pena – detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Vale destacar que aquele que exerce a medicina sem autorização não é médico, não se enquadrando, portanto, neste estudo. Destaque-se também a violação do segredo profissional do art. 154, Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>16</sup>:

Violação do segredo profissional  
Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:  
Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.  
Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

Este artigo apenas reforça o quão valioso é o sigilo das informações do paciente as quais devem ser tratados com muito cuidado. Neste sentido Leal (1994, p. 153):

É premissa axiológica, de natureza político-jurídica, que se deve assegurar ao indivíduo, no seu inter-relacionamento humano, o direito de resguardar do conhecimento indiscreto, inoportuno ou prejudicial de terceiros, ou da opinião pública, certos fatos ou condições pessoais, que precisam permanecer na esfera do privado. Manter determinados segredos ou confidências fora do alcance da maledicência coletiva e evitar que os mesmos caiam na “boca do povo”, é uma necessidade indiscutível para que a vida comunitária possa se desenvolver de forma harmoniosa. Isto justifica a tutela jurídico-penal da inviolabilidade dos segredos.

---

<sup>15</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>16</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

A omissão de notificação de doença está prevista no art. 269, Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>17</sup>:

Omissão de notificação de doença

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Classificada como norma em branco, também é de extrema relevância. Para que este artigo tenha aplicabilidade necessário o complemento por meio da lista de doenças de notificação compulsória emitida pelo Ministério da Saúde, conforme Leal (1994, p. 155):

Determinadas doenças, pelo perigo de contágio que trazem consigo, colocam em risco a segurança da coletividade. Em relação a elas, o Estado tem o dever de tomar todas as medidas preventivas de natureza médico-sanitária e profilática a fim de evitá-las e, mesmo, de erradicá-las. Tem o Estado, também, o dever de instituir medidas repressivas para sancionar aqueles que, pela natureza da atividade profissional exercida, podem evitar (e não o fazem!) que a ocorrência isolada de um caso de uma dessas doenças se transforme em uma epidemia e, em consequência, venha a causar males terríveis à coletividade.

A falsidade de atestado está inserida no art. 302, Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>18</sup>:

Falsidade de atestado médico

Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena – detenção, de um mês a um ano.

Trata-se de um dos grandes males que atinge a classe médica tendo em vista um grande número de atestados emitidos sem o atendimento direto do paciente. Isto ocorre em razão do fato de que os médicos não dão o devido valor a este documento e o banalizam, além claro, da possibilidade de ocorrência de fraudes. Necessário que o profissional se negue a emitir atestados sem contato com o paciente mesmo em se tratando de pessoas conhecidas ou familiares. Quando o médico anuncia a cura de

---

<sup>17</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>18</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

uma doença por meio secreto ou infalível pratica o crime de charlatanismo, assim o art. 283 do Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>19</sup>:

Charlatanismo

Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Por fim, o médico nomeado perito de processo judicial ou administrativo caso preste informações falsas, poderá incorrer no crime de falsa perícia, conforme disposto no art. 342, Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>20</sup>:

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Quando nomeado, o médico deverá elaborar seu laudo com base em informações verdadeiras, de maneira ética e isenta.

## 5.2 Crimes Comuns que Podem ser Cometidos por Médicos

Nos casos de procedimentos ou cirurgias que causem dano ou morte do paciente, é possível que o médico responda pelo crime de homicídio (art. 121, Código Penal (BRASIL, 1940)) ou de lesão corporal (art. 129, Código Penal (BRASIL, 1940)).

São os casos mais graves que podem ser cometidos por médicos no exercício de suas funções, cujas penas também são as mais altas. A modalidade, em quase cem por cento dos casos, é a culposa. A omissão de socorro, outro crime que pode ser cometido por qualquer cidadão, também pode ser cometido por médicos, disposto no art. 135, Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>21</sup>:

Omissão de socorro

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida,

<sup>19</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>20</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>21</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena – detenção, de um a 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.

A desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direitos ocorre num cenário em que houve uma condenação judicial cuja sanção aplicada ao médico é a perda ou suspensão do direito de exercer a atividade médica. Caso a exerça, incorrerá no crime do art. 359 do Código Penal (BRASIL, 1940 *online*)<sup>22</sup>:

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito.

Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:

Pena – detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Trata-se de um crime que ocorre quando uma pessoa, apesar de ter sido suspensa ou privada de exercer uma função, atividade, direito, autoridade ou dever (múnus) por decisão judicial, continua a desempenhá-los. Ou seja, se alguém desrespeita uma ordem judicial que determina a suspensão ou privação de tais atividades.

### 5.3 Contravenção Penal

Contravenção Penal no Direito Brasileiro consiste numa infração penal de menor gravidade, disposta em lei própria. Há uma pouco conhecida pelos médicos e operadores do Direito, porém de vasta aplicabilidade, a saber do diploma legal: (BRASIL, 1940 *online*)<sup>23</sup>:

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente

[...]

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.

---

<sup>22</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>23</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

Quase que diariamente os médicos se deparam com situações envolvendo possíveis crimes que tiveram conhecimento durante atendimentos ambulatoriais ou de emergência, porém ficam inseguros ou em dúvida com relação a como proceder. Esta norma deixa claro que caso o médico tenha contato com uma situação de claros indícios de crime de ação pública não condicionada à representação e que não exponha seu paciente a processo criminal (preservação do sigilo na relação médico-paciente), deverá fazer esta comunicação às autoridades competentes sob pena de responder pela contravenção penal. (LEAL, 1994).

#### 5.4 Penas Aplicáveis

A Lei 3.268/1957 (BRASIL, 1957), que criou os Conselhos de Medicina, em seu art. 22 estabelece que as penas aplicáveis aos médicos condenados em processos ético-profissionais são:

Art . 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

§ 2º Em matéria disciplinar, o Conselho Regional deliberará de oficial ou em consequência de representação de autoridade, de qualquer membro, ou de pessoa estranha ao Conselho, interessada no caso.

§ 3º A deliberação do Comércio precederá, sempre, audiência do acusado, sendo-lhe dado defensor no caso de não ser encontrado, ou fôr revel.

§ 4º Da imposição de qualquer penalidade caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, para o Conselho Federal, sem efeito suspenso salvo os casos das alíneas c , e e f , em que o efeito será suspensivo.

§ 5º Além do recurso previsto no parágrafo anterior, não caberá qualquer outro de natureza administrativa, salvo aos interessados a via judiciária para as ações que fôrem devidas.

§ 6º As denúncias contra membros dos Conselhos Regionais só serão recebidas quando devidamente assinadas e acompanhadas da indicação de elementos comprobatórios do alegado.

Este mesmo artigo determina que as penas serão aplicadas de forma gradativa, conforme reincidência do médico com autorização da aplicação imediata de pena mais grave somente em casos de gravidade manifesta. (BRASIL, 1957).

Tais penas talvez fossem eficazes na sociedade do ano de 1957 quando a lei foi publicada, porém, atualmente, deixam a desejar. Das cinco penas possivelmente aplicadas, 2 são confidenciais, ou seja, o médico recebe a notificação em sua residência ou endereço comercial, porém não há a publicidade das mesmas. Nem se solicitada certidão de antecedentes estas penas são apontadas. (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2008).

Das três penas públicas existentes, há um distanciamento muito grande entre a pena de suspensão do exercício profissional por até 30 (trinta) dias e a pena de cassação, a qual retira do médico, em caráter permanente, a possibilidade de exercer a medicina. É neste sentido que Marques Filho e Hossne (2008, p., 215) afirmam:

A decisão de cassação da licença do exercício profissional é uma das suas ações mais importantes e difíceis. Esta decisão ocorre em um cenário rico carregado de aspectos emocionais envolvendo as partes e o corpo de Conselheiros.

Ora, seria razoável que houvesse outras penas intermediárias, também públicas, antes de se aplicar a pena de cassação, mas não é o que hoje ocorre. Desta maneira, a sociedade estaria mais protegida e, em contrapartida, o médico teria outras opções de pena grave antes de ter seu registro cassado. (BITENCOURT, 2007).

Para que haja esta mudança, porém, necessária alteração da lei ordinária, o que depende de um projeto de lei e sua consequente aprovação, saindo do alcance do Conselho Federal de Medicina a promoção desta atualização. (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2008).

## **6 CONCLUSÃO**

O médico que atua com base nas normas éticas e legais, a princípio, deve se preocupar somente em manter a sua conduta regular. Na dinâmica do estudo realizado é possível enxergar claramente dois personagens: paciente e médico.

De um lado, há o paciente vulnerável pela doença adquirida, não detentor de conhecimento técnico, muitas vezes em sofrimento, o qual pode ter que arcar com um prejuízo de ordem moral ou material decorrente do ato médico. De outro, o médico, detentor do conhecimento técnico, profissional amplamente reconhecido e respeitado pela sociedade, porém um ser humano falível. (BARROS JUNIOR, 2011).

Não há vítima e algoz, não há bem e mal. Há sim uma relação delicada, a qual envolve diferentes sentimentos e óticas bem como a saúde e até mesmo a vida de uma pessoa. (MENDES, 2006).

A vida digna, com conforto e qualidade, é o bem maior que o ser humano possui, devendo ser garantido a todos indistintamente. Por existir esta garantia e por ser a medicina um ofício que lida diretamente com ela, a relação médico-paciente torna-se rica e valiosa e, paradoxalmente, muito frágil. (MENDES, 2006).

A confiança que reveste esta relação, os relatos de dor, angústia, medo são elementos que não podem ser deixados de lado. Por esta razão, o profissional da área do Direito que pretende atuar nesta área tem que, obrigatoriamente, entender tudo o que uma relação médico-paciente envolve, e não apenas se ater, isoladamente, ao eventual erro praticado. (FRANÇA, 2014).

Neste sentido foi elaborado o presente trabalho, buscando-se demonstrar como é tratada a responsabilidade por erro médico na doutrina brasileira e qual é a responsabilidade.

De acordo com o estudo, é evidente que a Medicina é uma atividade de risco. Envolver o cuidado com a saúde humana, abrangendo tanto o tratamento de doenças quanto as expectativas dos pacientes. O médico é um profissional técnico capacitado para lidar com enfermidades, estabelecendo com o paciente uma relação de confiança e esperança por resultados positivos. Esta característica, mesmo com a desmistificação da figura do médico, ainda é um aspecto que o define. Os médicos se comprometem a oferecer o melhor de si em benefício dos pacientes, mas não são infalíveis em suas orientações e na escolha das medidas mais específicas, sendo importante destacar que, em algumas situações, a Medicina nada pode oferecer. (BRASIL, 2019).

Notou-se que o médico tem liberdade para escolher o tratamento, desde que siga as diretrizes da prática médica (*lex artis*). Ele é livre para selecionar o método que considera mais adequado para cada caso específico, mesmo que não seja o mais adotado pela maioria. Portanto, a avaliação de uma possível falha do médico deve ser feita de forma abrangente, uma vez que na Medicina não existem métodos obrigatórios de exame e de tratamento. (KFOURI NETO, 2004).

Em relação à responsabilidade penal, é importante destacar que a tipicidade corresponde à adequação entre o ato praticado pelo agente e a descrição de cada

tipo de infração prevista na lei penal. Portanto, para que um médico possa ser responsabilizado criminalmente, é necessário que sua conduta se enquadre no tipo penal. (BITENCOURT, 2015).

O Código Penal (BRASIL, 1940) brasileiro, em seu artigo 18, II, define que um crime é considerado culposo quando o agente provoca o resultado por imprudência, imperícia ou negligência. A culpa está relacionada à falta de cuidados e prejuízos práticos pela convivência social, que são fundamentais para evitar danos ou lesões a outros. Desta forma, conclui-se que um médico age com culpa quando deixa de tomar as precauções que, pelas circunstâncias e sua condição, tinha o dever e a capacidade de observar, não prevenindo a possibilidade de causar um resultado punível ou, mesmo liberando esta possibilidade, acreditando que o estágio não ocorrerá. (BITENCOURT, 2015).

Portanto, para se determinar, no caso concreto, se o médico agiu ou não com culpa, o melhor é comparar o seu comportamento ao de outro médico colocado frente a mesma situação, fazendo-se, inclusive, um juízo de reprovabilidade daquela conduta danosa. (FRANÇA, 2014).

O Código de Ética Médica (CFM, 2019) prevê algumas formas graves de negligência como a omissão de tratamento e o abandono de paciente. A imprudência é a descuidada, descuido, prática de ação refletida ou precipitada, resultante de imprevisão do agente em relação ao toque podia e devia pressupor, ou, ainda quando o médico age com excesso de confiança desprezando regras básicas de cautela. São situações em que o médico atua sem a devida precaução, e que acabam por expor o paciente a riscos desnecessários. (FRANÇA, 2014).

A imperícia é ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, falta de maestria para a prática de determinados atos, no exercício da profissão, que exigem um conhecimento específico. Assim, quando o médico delega atos a pessoas não habilitadas para exercer a Medicina, ou é conivente com atos médicos ilícitos, resta configurada a imperícia. (FRANÇA, 2014).

Os limites entre imprudência, imperícia e negligência são extremamente tênues, podendo haver casos em que acabem interligadas ou confundidas, tendo por resultado o início a uma ação penal e/ou de uma ação cível. (FRANÇA, 2014).

Assim, deve o julgador reconstruir os fatos com os elementos que a ele foram entregues pelas partes, não bastando a simples observação dos aspectos e conceitos

legais que envolvem o caso concreto. Sempre, tendo em mente que ao demonstrar a culpa do profissional médico, deve-se, conjuntamente, evidenciar claramente o nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido pelo paciente porque, inexistindo o nexo, não se pode falar em responsabilização do profissional. (FRANÇA, 2014).

A responsabilização penal, pelos efeitos severos que produz, requer cautela na sua aplicação, e é importante que os profissionais do direito tenham um mínimo de conhecimento acerca do trabalho exercido pelo médico, pois nem todo ato médico possui nexo causal ao dano experimentado pelo paciente. Há situações em que a negligência médica será fator determinante do dano ao paciente, ou até mesmo o agir médico de forma precipitada e errônea agravará o quadro clínico, possível de ser configurada ação delituosa. (BITENCOURT, 2015).

Conforme exposto, o médico, como qualquer ser humano, poderá cometer delitos denominados comuns, mas também está sujeito à prática de crimes próprios. Dentre os crimes comuns, o médico está propício, devido à sua profissão, a cometer o crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal (BRASIL, 1940), o delito de lesão corporal culposa, previsto no art. 129, § 6º, e, ainda, o delito de homicídio culposo previsto no art. 121, § 3º do mesmo diploma legal.

Com relação aos crimes próprios, os médicos estão sujeitos à prática do crime de omissão de notificação de doença (CP (BRASIL, 1940), art. 269), do delito de falsidade de atestado médico (art. 302, CP (BRASIL, 1940)), de violação de segredo profissional (CP (BRASIL, 1940), art. 154) e o de infração de medida sanitária preventiva (CP (BRASIL, 1940), art. 268). (BITENCOURT, 2015).

A responsabilização penal dos médicos pela sua conduta profissional está intrinsecamente ligada à tipicidade, ou seja, à necessidade de que as ações ou omissões dos profissionais de saúde se enquadram nos tipos de penalidades previstas na legislação. Esta relação implica que, na ausência de uma definição clara e específica dos tipos de infrações médicas, a responsabilização penal pode ser condicional ou injusta, exigindo uma análise cuidadosa das situações do caso concreto. (BITENCOURT, 2007)

Assim, para garantir uma responsabilização justa e equitativa, é fundamental que a legislação penal apresente definições precisas e adequadas das condutas que levam à responsabilização dos médicos, evitando interpretações amplas que possam resultar em punições indevidas. Além disto, a falta de clareza na tipificação penal

relacionada à prática médica pode resultar em interpretações divergentes e na insegurança jurídica, dificultando a defesa dos profissionais da saúde. (BITENCOURT, 2007).

## REFERÊNCIAS

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITENCOURT, Almir Galvão Vieira *et all*. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: implicações na educação médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. v. 31, n. 3, p. 223-228, dez. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Palácio do Planalto, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Palácio do Planalto, 1957. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3268.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm). Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 12.842**, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da medicina. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras disposições. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.540.580/DF**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento: 28 out. 2015. Data de publicação: 4 nov. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 05 out. 2024.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal** - Parte Geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. I.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. **Resolução CFM 1.931/2009**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/resolucao-cfm-no-1931-2009>. Acesso em: 05 out. 2024.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética do Estudante de Medicina**. CFM, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-de-etica-do-estudante-de-medicina>. Acesso em: 05 out. 2024.

CFM. Conselho Federal de Medicina Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018 - modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019a. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 01 out. 2024.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.605** de 15/09/2000. Legis Web, 2000. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96997>. Acesso em: 05 out. 2024.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTO FILHO, Alex Ferreira *et al.* **Instituições de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Renovar, 1998.

FERRACINNI, Luiz Alberto. **Dolo Vontade e Crime Estudos Jurídicos**. Campinas: Julex, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FUJITA, Reginaldo Raimundo; SANTOS, Ilian Cardoso dos. Denúncias por erro médico em Goiás. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 55, n. 3, p. 283, 2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico**. Curitiba, 1996. 237p. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/3>. Acesso em: 05 out. 2024.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica**: um problema além da culpa. Coimbra: Coimbra, 2008.

JESUS, Damásio de. **Imputação Objetiva**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KFOURI, José Manoel de Arruda Alvim. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LEAL, João José. Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal. **Bioética**, n. 2, p. 151-163, 1994.

MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. Análise bioética dos processos de cassação do exercício profissional médico no Estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 54, n. 3, p. 214-219-215, jun. 2008.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 1ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MENDES, Nelson Figueiredo. **Responsabilidade Ética, Civil e Penal do Médico**. São Paulo: Sarvier, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

MORAES, Nereu Cesar. Erro médico: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular**. n. 11, p. 55-59, p. 57, 1996.

OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, Erro Médico e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, Erro Médico e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Título do artigo que foi publicado**. Brasil Escola, 1948. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/organizacao-mundial-saude-oms.htm>. Acesso em: 10 set. 2024.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Internacional de Direitos do Homem e do Cidadão**, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 set. 2024.

OSELKA, Gabriel. O código de ética médica. In: SEGRE M.; COHEN C. (Orgs.). **Bioética**. São Paulo: Edusp, 2008.

SOUZA, Keity Mara Ferreira. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica.: Enfoques comparado, doutrinário e legal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1716>. Acesso em: 3 out. 2024.

UNDELSMANN, Liana Cirne. **Controle judicial dos atos administrativos discricionários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

# RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Ana Carolina Morais e Silva<sup>1</sup>

Deilton Ribeiro Brasil<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre o artigo 217-A, §5º do Código Penal Brasileiro, que versa sobre a inafastabilidade do crime de estupro de vulnerável independentemente de a relação sexual ter sido consentida. Considerando a problematização de existir relacionamentos amorosos entre adolescentes, autorizados pelos genitores, que porventura desconheçam a taxatividade da lei, surgiu a hipótese de que ater-se à faixa etária do jovem casal não é suficiente para a caracterização do delito, tornando necessário avaliar as circunstâncias do caso concreto. Dessa maneira, por meio de pesquisa bibliográfica, foi realizada análise de julgados recentes, revisão jurisprudencial e a comparação de decisões judiciais acerca do tema proposto. Por fim, os resultados indicam que é possível aplicar a técnica de *distinguishing* em situações extraordinárias, observando as particularidades do caso concreto, tendo em vista que a condenação poderia trazer mais danos aos envolvidos do que a possível absolvição.

**Palavras-chave:** estupro de vulnerável; relativização; *distinguishing*.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 217-A do Decreto Lei 2848/40 (Código Penal) discorre sobre o crime de estupro de vulnerável, que ocorre mediante conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com pessoa menor de quatorze anos ou com alguém que por enfermidade ou deficiência mental não tenha discernimento do ato e nem possa oferecer resistência. (BRASIL, 1940).

A pena prevista é de reclusão de oito a quinze anos, podendo aumentar entre dez e trinta anos nos casos em que a conduta resultar em lesão corporal grave ou morte, conforme determinado nos parágrafos 3º e 4º do mesmo dispositivo legal. (BRASIL, 1940).

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor da Graduação do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT) - Orientador de conteúdo.

Por tratar-se de um assunto muito abrangente, a presente pesquisa tem foco no estudo do §5º do art. 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), que prevê a aplicação das penas deste artigo independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

A questão do consentimento mencionado na lei é o ponto fulcral deste estudo, diante da hipótese de que a existência de relacionamento amoroso entre adolescentes, autorizado pelos genitores do jovem casal, não caracteriza estupro de vulnerável e, nesse sentido, o tipo penal deve ser relativizado de acordo com o caso concreto.

Cumprir informar que o desejo por pesquisar esse tema surgiu da observação e da prática no campo jurídico, psicológico e social durante o trabalho de Psicologia desenvolvido no Setor de Acolhimento à Mulher e à Família da Delegacia de Divinópolis entre os anos de 2016/2019. Naquela época, os questionamentos acerca do assunto ainda eram superficiais, possivelmente porque o parágrafo a ser estudado, a saber, parágrafo 5º do art. 217-A da Lei 2848/40 (BRASIL, 1940), tinha praticamente acabado de ser incluído pela Lei 13.718, sancionada em 24 de setembro de 2018 (BRASIL, 2018).

Naquela ocasião, após a novidade legislativa (BRASIL, 2018), começaram a serem realizados atendimentos de adolescentes que tinham acabado de dar à luz aos seus filhos, frutos de relacionamento com pessoas de faixa etária aproximada, e suas histórias somente chegaram ao judiciário em decorrência da taxatividade da lei que as caracterizavam como vítimas, atribuindo aos rapazes a condição de autores de um crime tão bárbaro, mesmo que a relação sexual tivesse sido consentida e a relação amorosa continuasse, inclusive com a formação de um novo núcleo familiar.

Em continuidade, a partir de 2020 até o momento atual, por meio da observação aos atendimentos às vítimas de violência doméstica e violência sexual, realizados pelos cartórios da Delegacia de Polícia Civil de Itaúna, constatou-se que casos dessa natureza continuam a ocorrer com frequência, independentemente do tempo que a lei já esteja em vigor, razão pela qual os questionamentos que justificam a presente pesquisa tornaram-se inevitáveis.

Conforme previsto no art. 70-B da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), as entidades de saúde e de educação devem comunicar ao Conselho Tutelar sobre suspeita ou casos de crime contra menores de idade.

Nesse sentido, se uma adolescente abaixo de quatorze anos engravida, ainda que no contexto de relacionamento amoroso autorizado pelos genitores, com alguém de sua idade ou poucos anos mais velho, ao procurar atendimento médico ginecológico para início do procedimento de pré-natal, por exemplo, o requisito da idade servirá de base para colocá-la no rol de vítimas de estupro de vulnerável.

Além disso, por tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada à representação, que independe de manifestação da ofendida, o Ministério Público pode requisitar abertura de inquérito policial para apurar os fatos e oferecer denúncia, nos termos do art. 5º, inciso II do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941).

Não obstante, considerando que a autoria e materialidade delitiva restariam comprovadas, tendo em vista a existência de gestação precoce, por exemplo, existiriam requisitos de procedibilidade do processo penal, inferindo da prática de ato infracional e dando vazão à sentença condenatória.

Assim, presumindo os imbróglios que surgem nesse contexto e por inferir que a condenação pode trazer mais danos aos envolvidos do que o afastamento do tipo penal, a possibilidade de relativização dos crimes de estupro de vulnerável por ocasião de relacionamento amoroso autorizado pelos genitores do jovem casal trata-se da hipótese de pesquisa a ser desenvolvida ao longo do presente trabalho.

Outrossim, a exploração bibliográfica de artigos penais, julgados recentes e revisão jurisprudencial surgem como uma oportunidade de construir conhecimento sobre o tema proposto. Afinal, é possível inferir que muitos adolescentes iniciam relacionamento amoroso sem saberem que a prática sexual abaixo de quatorze anos de idade irá configurar o crime de estupro.

Consigne-se que o estudo a ser realizado não tem a pretensão de criticar a legislação vigente e nem de amenizar a gravidade do crime de estupro de vulnerável ou da conduta do investigado/réu, sendo inegável a crueldade das práticas que violam a dignidade sexual de um indivíduo.

Inclusive, exatamente pela dignidade sexual da pessoa humana ser o bem jurídico tutelado mais importante, a doutrina absolutista firma a resposta de que a relativização do estupro de vulnerável não é possível, prevalecendo a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, que considera irrelevante o eventual consentimento da vítima menor de quatorze anos para a prática do ato sexual. (BRASIL, 2017).

Contudo, essa problemática apresenta algumas ramificações que continuam a fomentar o desejo pela realização da presente pesquisa, como por exemplo a continuidade do relacionamento amoroso que em tese perpetuaria a prática delitiva de estupro, o impacto psicossocial causado ao investigado ao ser taxado de “estuprador”, o impacto psicossocial e econômico do núcleo familiar ao enfrentar um processo judicial, a própria despesa do judiciário, e a extrema relevância em considerar que a ocorrência de estupro abre precedentes para a realização de aborto, nos termos do art. 128, inciso II do Código Penal (BRASIL, 1940).

Dessa maneira, o presente trabalho trata-se de um recorte do tema que será destrinchado para fins de aprendizado e, em alguma medida, também poderá servir para promoção de informação acerca do assunto, tendo em vista a alta probabilidade de desconhecimento social sobre os termos da lei a ser analisada.

Para tanto, será utilizado o procedimento metodológico de pesquisa bibliográfica, através do método de revisão dos dispositivos legais fundamentais que tratam do assunto proposto, dando foco aos aspectos pertinentes à ideia central do texto, que é refletir sobre a importância de particularizar casos em situações extraordinárias.

Nesse diapasão, foram reservados cinco tópicos para discorrer sobre o tema. Primeiramente, é indispensável fazer a leitura do panorama histórico-legislativo dos crimes contra a dignidade sexual, tendo em vista que as mudanças legislativas normalmente são um reflexo das demandas sociais, sendo certo que as modificações e inovações da lei acerca de crimes dessa natureza sofreram influência, por exemplo, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 de 1990 (BRASIL, 1990), da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 2006 (BRASIL, 2006) e do Estatuto da Pessoa Idosa – Lei nº 10.741 de 2003 (BRASIL, 2003), bem como da evolução social em termos de tecnologia e comportamento.

Em seguida, consta o tópico sobre a presunção de vulnerabilidade absoluta da pessoa menor de quatorze anos, que é o cerne do art. 217-A, §5º do CPB (BRASIL, 1940). Na oportunidade, são apresentadas inúmeras contribuições do nacional Cezar Roberto Bitencourt (2019), que aponta a necessidade de diferenciar o instituto da “presunção absoluta” de “vulnerabilidade absoluta”, compreendendo que o que é chamado de “vulnerabilidade absoluta” durante as interpretações do referido artigo,

na verdade trata-se de “presunção absoluta” originada no legislador quando este optou por tornar o consentimento da vítima irrelevante.

Dando continuidade à linha de raciocínio iniciada no tópico anterior, o terceiro tópico é destinado à aplicação da técnica de *distinguishing* no caso concreto, que é cabível quando o caso em julgamento apresenta especificidades que não se amoldam à jurisprudência consolidada, conforme nota do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2024). Assim, considerando que nem todo adolescente abaixo de quatorze anos é absolutamente vulnerável e que a condenação traria mais danos aos envolvidos – vítima e investigado, além de seu núcleo familiar – são apresentados julgados recentes que aplicaram a referida técnica.

Dentre as implicações que podem existir a partir da taxatividade do estupro de vulnerável, está a aplicabilidade do aborto legal, previsto no artigo 128, inciso II do Decreto Lei 2848/40 (BRASIL, 1940), que é tratado no quarto tópico. A ênfase dada a esse assunto deve-se ao entendimento basilar de que a vida é um bem jurídico tutelado extremamente importante, razão pela qual, inclusive, o aborto em termos gerais continua a ser considerado crime no Brasil. Por essa razão, é necessário cautela ao afirmar a existência de estupro de vulnerável, do contrário será possível que mulheres utilizem da justificativa do estupro, sem a mínima comprovação, somente para dar fim a uma gestação indesejada.

Por último, não menos importante, o quinto tópico do presente trabalho foi destinado às breves considerações sobre os impactos no enfrentamento de processos penais afetos à situação de suposta violência sexual, indicando que a presente problemática se estende a diferentes esferas, tais como a judiciária, social, econômica, psicológica e familiar.

Em conclusão, a relativização do estupro de vulnerável mostra-se viável.

## **2. PANORAMA HISTÓRICO-LEGISLATIVO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

O Código Penal Brasileiro (CPB) que se encontra vigente até os dias atuais, foi criado em 07 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940) e passou por consideráveis e indispensáveis alterações que ocorreram ao longo do tempo.

Em detida análise ao texto original do Decreto Lei 2848/40, é possível observar a forma simplista com que o legislador colocou a termo os chamados “crimes contra os costumes” no Título VI do CPB (BRASIL, 1940), o que pode revelar também a maneira como a própria sociedade lidava com as questões afetas à sexualidade.

Inaugurando a temática “dos crimes contra a liberdade sexual”, o art. 213 do CPB configurava o estupro como o ato de “constranger a mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”. Em continuidade, o art. 214 do CPB era destinado ao crime de atentado violento ao pudor conceituado como o ato de “constranger alguém à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal”. (BRASIL, 1940).

Com a promulgação da Lei nº 12.015 de 2009, os artigos 213 e 214 do CPB foram unificados, de maneira que o crime de estupro não se limitou ao gênero feminino, sendo certo que também ocorre contra pessoas do gênero masculino, e a prática de atos libidinosos como o toque lascivo, que passou a ser suficiente para inferir da existência do tipo penal em voga. (BRASIL, 2009).

Além disso, no atual art. 213 do CPB foram incluídos dois parágrafos indicando majorantes penais em três hipóteses: resultado de lesão corporal grave, em caso de vítima com idade entre quatorze e dezoito anos, ou se a conduta resultar em morte. (BRASIL, 1940).

Os artigos 215 e 216 do CPB, que discorrem sobre a violação sexual mediante fraude dificultando, assim, a livre manifestação de vontade da vítima, também foram unificados, trazendo um novo entendimento ao texto da lei, que antes considerava como vítima apenas a “mulher honesta”, ao passo que atualmente fala-se em crime contra “alguém”, afastando qualquer discriminação de gênero ou julgamento moral acerca da pessoa sexualmente violada. (BRASIL, 1940).

Em redação ofertada pela Lei nº 13.718 de 2018, foi incluído o art. 215-A sobre o crime de importunação sexual, que é a prática de ato libidinoso sem anuência da vítima, diferenciando-se do crime de estupro porque este último deve conter o emprego de violência ou grave ameaça, enquanto aquele primeiro não menciona tais elementares. (BRASIL, 2018).

Também foi incluído o art. 216-A pela Lei nº 10.224 de 2001 para tratar dos crimes de assédio sexual, que ocorre quando “o agente da conduta é superior hierárquico ou possui ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou

função”, com aumento de pena em caso de vítima menor de dezoito anos. (BRASIL, 2001).

Outra mudança significativa foi a inclusão do art. 216-B, sobre o registro não autorizado da intimidade sexual, através da Lei nº 13.718 de 2018 (BRASIL, 2018). Afinal, conforme pontua Lorenzo e Scaravelli (2020, p.104), “os crimes virtuais surgem como um mal moderno e cada vez mais dominante na sociedade atual”. Portanto, tem se tornado indispensável a criação de leis e mecanismos para coibir o uso indevido da tecnologia para facilitação da prática de conduta delitiva nos crimes contra a dignidade sexual.

Em continuidade, o capítulo II do Título VI do CPB continha os artigos 217 e 218, dispondo respectivamente sobre os crimes de sedução e corrupção de menores, dando um tímido foco à situação das vítimas menores de dezoito anos e maiores de quatorze anos, excluindo completamente as vítimas até treze anos de idade. (BRASIL, 1940).

O art. 217 do CPB foi revogado pela Lei nº 11.106 de 2005 (BRASIL, 2005), extinguindo completamente o tipo penal definido de maneira tacanha como “seduzir mulher virgem [...] aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Posteriormente, a Lei 12.015 de 2009 incluiu o art. 217-A sobre o crime de estupro de vulnerável, que ocorre mediante “conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com pessoa menor de quatorze anos ou com alguém que por enfermidade ou deficiência mental não tenha discernimento do ato ou não possa oferecer resistência”, com pena prevista de reclusão de oito a quinze anos podendo ser majorada pela ocorrência de lesão corporal grave ou morte. (BRASIL, 2009).

O mesmo dispositivo legal, Lei 12.015/09, incluiu o §5º do art. 217-A do CPB, que prevê a aplicação das penas deste artigo independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2009), sendo esse o assunto que será trabalhado mais adiante no presente estudo.

Os artigos 218, 218-A, 218-B e 218-C discorrem em sequência acerca dos crimes de corrupção de menores; satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou de vulnerável; e divulgação de cena de estupro ou de estupro de vulnerável, de sexo ou de pornografia. (BRASIL, 1940).

Importante notar que a inclusão desses tipos penais ao dispositivo legal, salientando a condição de menoridade das vítimas, denota a ascensão da figura infantil e adolescente em todo o ordenamento jurídico, trazendo ao legislador brasileiro o zelo pelos direitos fundamentais da pessoa humana em suas diversas faixas etárias, o que possivelmente possui positiva influência do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 de 1990 (BRASIL, 1990).

No texto original do CPB, os artigos 219 a 224 eram destinados ao crime de rapto e foram revogados pela Lei nº 11.106 de 2005 (BRASIL, 2005), passando a integrar uma nova qualificadora para o crime de sequestro e cárcere privado praticado para fins libidinosos, conforme disposto no art. 148, §1º, inciso V do CPB (BRASIL, 1940).

Houve também significativas alterações nos artigos 225 e 226 do CPB, que atualmente determinam que todos os crimes contra a dignidade sexual são de ação penal pública incondicionada à representação, com aumento de pena se o crime for cometido em concurso de pessoas ou por agentes que possuam parentesco sanguíneo, de afinidade, responsabilidade legal e relação de autoridade sobre a vítima (BRASIL, 1940).

Além disso, no art. 226 do CPB foram incluídos pela Lei nº 13.718 de 2018 (BRASIL, 2018) os crimes denominados como estupro coletivo, que é praticado por múltiplos autores contra uma única vítima, e estupro corretivo, que visa uma espécie de “correção” da identidade sexual da vítima, geralmente associada às questões de gênero.

Os artigos 227 a 230 do CPB referem-se aos crimes afetos ao favorecimento de prostituição e exploração sexual (BRASIL, 1940), tendo sofrido algumas alterações pela Lei nº 12.015 de 2009, dentre as quais cabe salientar que a figura do cônjuge e do companheiro foram incluídos como possíveis agentes da ação delitiva (BRASIL, 2009), o que indica o contexto de aplicação de mecanismos de combate à violência doméstica instituídos pela Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 2006 (BRASIL, 2006).

Na sequência, os artigos 231 e 232 do CPB (BRASIL, 1940) sobre tráfico internacional de mulheres foram revogados respectivamente pela Lei nº 13.344 de 2016 (BRASIL, 2016) e pela Lei nº 12.015 de 2009 (BRASIL, 2009). Contudo, houve

inclusão do art. 232-A pela Lei 13.445 de 2017 (BRASIL, 2017) que trata acerca da promoção de migração ilegal de estrangeiro em território brasileiro e vice-versa.

Os artigos 233 e 234 do CPB referentes ao crime de ultraje público ao pudor foram os únicos que continuaram com a redação original (BRASIL, 1940). A notável diferença foi da inclusão do art. 234-A pela Lei nº 13.718 de 2018 (BRASIL, 2018) caracterizando aumento de pena se dos crimes supramencionados resultarem gravidez, transmissão de doenças sexualmente transmissíveis que o agente saiba ser portador, se a vítima for pessoa idosa ou com deficiência (BRASIL, 2018).

Nesse ponto, cabe ressaltar que a figura da pessoa idosa também passou a ser mencionada nos crimes contra a dignidade sexual, ainda que de maneira breve, momento em que é trazido à lembrança as inúmeras contribuições do Estatuto da Pessoa Idosa – Lei nº 10.741 de 2003 (BRASIL, 2003).

Por fim, houve a inclusão do art. 234-B determinando que os crimes do Título VI do CPB correrão em segredo de justiça (BRASIL, 1940). Tal medida tem o objetivo de resguardar a dignidade dos envolvidos, tendo em vista que ser parte de um processo penal dessa natureza pode gerar grande constrangimento à vítima e ao acusado, que, por sua vez, deve ter resguardado o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado, nos termos do art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Após realizar o panorama dos tipos penais que compõem os crimes contra a dignidade sexual, é notória a abrangência dessa temática, sobretudo por tratar-se de delitos de alta reprovabilidade legal, social e moral. Também é notório que cada modificação legislativa é um reflexo da sociedade ao tempo das alterações.

Dessa maneira, torna-se indispensável realizar um recorte do estudo sobre os crimes sexuais, razão pela qual, a partir desse momento, a ênfase do presente trabalho será dada ao §5º do art. 217-A do CPB (BRASIL, 1940), que traz à baila o consentimento da vítima adolescente na prática sexual e suas possíveis implicações.

### **3. A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA DA PESSOA MENOR DE QUATORZE ANOS**

Conforme apresentado alhures, o estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A do Código Penal consiste em ter conjunção carnal, mediante penetração

vaginal ou anal, ou praticar atos libidinosos, tais como beijos, carícias, masturbação, toques nas partes íntimas, contemplação da nudez, com pessoa menor de quatorze anos. (BRASIL, 1940).

Observa-se que o artigo não menciona a violência ou grave ameaça como caracterizadores do crime em questão, pois a prática de ato libidinoso é suficiente para configurar o estupro de vulnerável. A partir disso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no recurso Repetitivo Tema 1.121 (BRASIL, 2022), firmou a tese de que a prática de ato libidinoso com menor de quatorze anos, em que se pese a presença do dolo específico de satisfazer a lascívia, torna impossibilitada a desclassificação do estupro de vulnerável para o delito de importunação sexual, tipificado no art. 215-A do CPB.

Importante salientar que a importunação sexual é a prática de ato libidinoso sem consentimento da vítima, diferenciando-se o crime de estupro por este último conter emprego de violência ou grave ameaça. Além disso, outra diferença considerável encontra-se na pena. A importunação sexual (art. 215-A, CPB) tem pena de reclusão de um a cinco anos, enquanto o estupro (art. 213, CPB) tem pena de reclusão de seis a dez anos e, ainda mais grave, o estupro de vulnerável (art. 217-A, CPB) tem pena de reclusão de oito a quinze anos. (BRASIL, 1940).

Com base nas penas estabelecidas em lei, é possível inferir que o legislador, ao caracterizar a prática de ato libidinoso contra menores de quatorze anos como estupro de vulnerável, teve o objetivo de repelir, ou ao menos diminuir, a prática de violação sexual contra crianças e adolescentes, uma vez que o agente tome conhecimento que seu ato, ainda que não deixe vestígios materiais, será equiparado a crime de pena mais grave.

Contudo, concomitante a isso, em casos extraordinários como os que são ressaltados na presente pesquisa, corre-se o risco de aplicar pena desproporcionalmente gravosa à prática de atos libidinosos consentidos pela suposta vítima, durante ocasião de descoberta da sexualidade, o que fere o princípio da proporcionalidade, o qual, segundo nota do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 2024)<sup>3</sup>, envolve a necessidade de apreciação e adequação da providência legislativa.

O jurista Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 171), em sua obra “Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 4”, foi cirúrgico ao observar que “o legislador

---

<sup>3</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=PROPORCIONALIDADE>

previu o sujeito passivo do estupro de vulnerável como alguém de vulnerabilidade máxima, tornando a prática de ato libidinoso contrastante com a pena cominada”, que é de oito a quinze anos de reclusão, portanto, maior que a pena do estupro tradicional. Nesse sentido, pontuou:

A interpretação mais racional [...] é examinar caso a caso, para se constatar as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea. (BITENCOURT, 2019, p.167).

Na mesma obra, Bitencourt (2019, p. 153) já havia considerado que “o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, pois ora refere-se aos menores de quatorze anos (artigos 217-A e 218-A, CPB), ora aos menores de dezoito (artigos 218-B, 230, §1º, CPB)”, sendo que para aqueles o legislador trabalhou com a vulnerabilidade absoluta e para esses trabalhou com a vulnerabilidade relativa.

Além disso, a jurisprudência majoritária provê o entendimento da presunção de vulnerabilidade absoluta da pessoa menor de quatorze anos, amparada pela Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017), que reforça exatamente o conteúdo do §5º do art. 217-A do CPB, preceituando que o eventual consentimento da vítima é irrelevante, inferindo que o menor não tem capacidade para consentir em matéria sexual, seja em atos libidinosos ou em conjunção carnal.

No que concerne à Súmula 593 do STJ, que parece dividir opiniões, Bitencourt (2019, p. 174/175) considera que:

Trata-se, sem dúvida alguma, de pacificação na interpretação da vulnerabilidade do menor de 14 anos, caracterizador desse estupro especial. Contudo, sempre haverá a possibilidade de variantes ante o caso concreto, como, por exemplo, quando se tratar de relacionamento entre dois menores, cujo namoro seja, inclusive, do conhecimento das famílias. Certamente, situações como essas precisam do exame casuístico das peculiaridades individuais, para enfrentar adequadamente a existência ou não de lesão ao bem jurídico tutelado, a configuração ou não de conduta criminosa etc. (BITENCOURT, 2019, p.174/175).

Importante ressaltar que a problemática acerca da idade da vítima é o cerne da presente discussão, considerando arriscado que o legislador se atenha somente à faixa etária para definir o estado de vulnerabilidade e irrelevância do consentimento de alguém, ainda que seja menor.

Afinal, sendo a idade o único critério nesse cenário, tornaria possível dizer que a vítima menor deixa de ser vulnerável ao completar exatamente quatorze anos, por

exemplo. Em outras palavras, seria como afirmar que apenas um dia de vida a mais ou a menos é capaz de alterar o estado real das coisas.

No entanto, é notório que cada adolescente pode apresentar níveis diferentes de desenvolvimento maturacional, razão pela qual existem inúmeras pesquisas encabeçadas por psicólogos e psicanalistas ao redor do mundo, dentre os quais é possível citar Sigmund Freud (1920), Donald Winnicott (1983), Jean Piaget (1995) e Erik Erikson (1998). Sendo assim, em matéria de Direito, sem considerar a casuística, a taxatividade da lei pode acarretar excessos na punição.

Outrossim, Bitencourt (2019, p. 166/167) enfatiza em sua obra a importância da relativização do estupro de vulnerável, relembrando as considerações do Ministro Marco Aurélio de Mello (2005) no acórdão do HC 73.662/MG, da Segunda Turma do STF, ao fazer a seguinte observação:

O legislador adotou as elementares do revogado crime de sedução “ter conjunção carnal” (antigo art. 217) e substituiu a violência ou grave ameaça reais, do crime de estupro, pela condição de vulnerável do ofendido, qual seja, menor de quatorze anos (caput) ou deficiente mental (§ 1º), mas cominou-lhe pena de oito a quinze anos de reclusão, que nada mais é do que uma presunção implícita de violência. Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do rótulo não altera a substância. Reconhecendo a relatividade da presunção de violência contida no revogado art. 224, no mesmo acórdão, prosseguiu o Min. Marco Aurélio: “Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir. (BITENCOURT, 2019, p. 166/167).

Os referidos juristas, Cezar Roberto Bitencourt (2019) e Marco Aurélio de Mello (2005), inferem que atualmente a moral sexual contemporânea não é a mesma de antigamente, houve uma significativa evolução no comportamento de crianças e adolescentes, que contam com um amadurecimento nos mais diversos âmbitos, inclusive da sexualidade, o que, em consequência, acaba alterando também seu nível de vulnerabilidade.

Nessa linha de raciocínio, Bitencourt (2019) considera que é necessário fazer uma distinção entre presunção e vulnerabilidade, ambas em suas formas relativa e absoluta, tendo em vista que esses aspectos seriam lados opostos da mesma moeda: de um lado está a presunção gerada por aquele que legisla e julga, de outro lado está

a realidade fática da vítima, se é relativa ou absolutamente vulnerável. Assim, de acordo com o jurista (2019):

Cada situação casuística exige a realização de duplo juízo valorativo, um sobre a natureza da presunção e outro sobre o grau ou intensidade da própria vulnerabilidade. [...] Na nossa concepção, trata-se de questão de extrema relevância, com graves e díspares consequências práticas, considerando que o legislador tratou da vulnerabilidade em graus distintos, isto é, para menores de quatorze anos e para menores de dezoito, que, sabidamente, não têm o mesmo nível de intensidade, aliás, como é próprio da natureza humana, em que nada, ou quase nada (além da morte) é absoluto ou definitivo. [...] existem pessoas mais vulneráveis, muito vulneráveis, altamente vulneráveis, como também há pessoas (maiores ou menores) menos vulneráveis, pouco vulneráveis, quase nada vulneráveis, ou, como preferimos nós, relativamente vulneráveis. (BITENCOURT, 2019, p. 170).

O mesmo entendimento apresentado incansavelmente por Bitencourt (2019) em suas obras, foi adotado por julgadores em casos de relacionamento amoroso entre adolescentes e jovens, conforme será apresentado no tópico a seguir. Dessa maneira, torna-se indispensável mencionar desde já que a possibilidade de relativização do estupro de vulnerável é viável, ainda que a doutrina majoritária considere o contrário.

Por fim, cumpre destacar que análise do caso concreto e a compreensão de suas particularidades, mostra-se oportuna para uma decisão justa, afastando critérios generalistas que poderiam afetar drasticamente a vida dos envolvidos.

Ademais, a presunção absoluta de que toda pessoa menor de quatorze anos é absolutamente vulnerável pode gerar desigualdade durante a aplicação prática das condenações e penalidades. Em suma, certo é que nem todo caso se amolda à lei imposta, ou seja, como diz o velho ditado popular: “para todo caso, há uma exceção”.

#### **4. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE *DISTINGUISHING* NO CASO CONCRETO**

De acordo com nota emitida pelo STF (BRASIL, 2024)<sup>4</sup>, *distinguishing*, ou “distinção” em tradução livre, ocorre quando o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam à jurisprudência consolidada, levando o Tribunal a proferir decisão que não se aplica à Jurisprudência da Corte.

Antes de seguirmos aos exemplos de julgamento de estupro de vulnerável em que a técnica de *distinguishing* foi aplicada, torna-se imprescindível salientar que a

---

<sup>4</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=DISTINGUISHING>

relativização apontada pelo presente trabalho não deve se enquadrar em casos dos quais existe diferença exorbitante de idade entre o réu e a vítima.

No Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 804741 (BRASIL, 2023), impetrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, restou demonstrado o descabimento da relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima, que era trinta e seis anos mais nova que o acusado e ambos mantinham relacionamento sem consentimento da representante legal da menor, sendo que ela tinha treze anos e ele tinha quarenta e nove anos quando começaram a se relacionar. Em casos como esse, não há que se falar em flexibilização.

Da mesma maneira, cabe fazer considerações sobre o Recurso Especial nº 1.480.881/PI (BRASIL, 2015), que é comumente utilizado para fomentar o entendimento de inafastabilidade do estupro de vulnerável, porém o caso julgado nesse REsp apresenta a notável diferença de idade de quatorze anos entre as partes, com o espantoso adendo de que o acusado começou a se relacionar com a vítima quando ela tinha apenas oito anos de idade. É visível que não havia outro caminho a percorrer senão a condenação do réu.

Conforme já pontuado, a relativização a que o presente trabalho se refere cabe em situações em que o jovem casal, mediante consentimento dos genitores, mantém relacionamento amoroso e/ou a condenação se demonstra desproporcional diante das particularidades do caso, vejamos alguns exemplos.

No município de Campestre, Minas Gerais, o Ministério Público ofereceu denúncia de que o acusado de dezenove anos teria praticado conjunção carnal reiteradamente com a vítima de onze anos de idade, resultando em gravidez, razão pela qual o MPMG pediu condenação com base no art. 217-A e no art. 234, III, ambos do Código Penal. O caso ocorreu em 2019 e trata-se do Processo 0000310-32.2020.8.12.0110, no qual o Exmo. Juiz Valderi de Andrade Silveira (2021) absolveu o réu com o entendimento de que é necessário considerar as circunstâncias do caso concreto.

O magistrado (2021) pontuou que o relacionamento amoroso dos envolvidos era de conhecimento da família da vítima, a menor demonstrou capacidade para consentir com a prática de relação sexual, que ocorreu sem qualquer tipo de violência ou ameaça, o acusado assumiu a criança e ambos demonstraram interesse em

constituir família. Portanto, concluiu ser injusto considerar apenas o fator etário para a aplicação penal supramencionada.

Além disso, conforme sabiamente expressou o Juiz Valderi de Andrade Silveira (2021), é importante ponderar o melhor interesse da criança e seu direito à convivência familiar, a qual restaria desestruturada mediante a condenação do acusado, pois a pena seria fixada em pelo menos doze anos, deixando “suprimidas suas condições de sobrevivência, pois diante de tenra idade da mãe, acredita-se que o pai seria o principal provedor da criança”.

Por fim, no dia 18 de junho de 2021, julgou improcedente o pedido de denúncia por não constituir o fato infração penal, com fundamento no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940), ocasião em que vale salientar suas considerações finais:

Em atenção aos princípios basilares do direito penal, à demonstração de discernimento da vítima, ao contexto social, à ausência de violência e ameaça, à proteção da família e dos direitos da criança fruto da relação entre as partes, dentre outras questões tratadas, entende esse juízo que no caso dos autos a vulnerabilidade da vítima deve ser relativizada e o acusado absolvido. (MINAS GERAIS, 2021, *online*).<sup>5</sup>

Esse mesmo posicionamento encontra-se explicitado no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2029009 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022) ao apontar que o critério de condenação do art. 217-A do DL 2848/40 é meramente etário, demonstrando ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena no caso concreto.

Trata-se de situação em que a adolescente de treze anos de idade iniciou relacionamento amoroso com o acusado de dezenove anos de idade, após se conhecerem em uma Festa de São João, e foram flagrados durante a madrugada em uma loja comercial de propriedade de um tio do rapaz, momento em que a vítima estava sem sutiã e tinha sido tocada nos seios com seu consentimento, fato que chegou ao conhecimento do Judiciário por meio da genitora da vítima, responsável por oferecer a denúncia. (BRASIL, 2022).

Em sede de oitiva na delegacia, a adolescente informou que estava namorando com o investigado há onze meses, ele tocou em seus seios de maneira consentida, mas não tocou em sua genitália e eles não mantinham relação sexual,

---

<sup>5</sup> <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-tarjada.pdf>.

fato confirmado pelo Laudo de Exame de Conjunção Carnal, como também nunca usou de violência ou constrangimento contra a vítima. (BRASIL, 2022).

Posteriormente, em Juízo, a adolescente esclareceu que mentiu a idade para o acusado no início do namoro, mas ambos tinham interesse em continuar o relacionamento, embora fosse proibido pela genitora dela em decorrência de problemas de convivência entre elas, salientando o fato de a vítima já ter sofrido assédio sexual do padrasto, o que lhe motivou a sair do lar familiar. (BRASIL, 2022).

Decorrido o lapso temporal do processo, verificou-se que o jovem casal constituiu família, afastando o aumento genérico da continuidade delitiva, ficando o caso restrito à idade da vítima durante aquele fato ocorrido no estabelecimento comercial, o que notadamente não se mostrou como elemento motivador para uma condenação da magnitude a que se refere o crime de estupro de vulnerável.

Nesse sentido, o Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca (2022) mencionou a hipótese de aplicação de *distinguishing* e, por fim, considerou:

Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. (RIO GRANDE DO NORTE, 2022, online).<sup>6</sup>

Recentemente, houve mais um caso em que o STJ afastou a presunção de crime de estupro de vulnerável. Durante o julgamento do AREsp 2.389.611/MG, realizado em 12 de março de 2024, que discorre sobre o relacionamento de um homem de vinte anos com uma adolescente de doze anos, passando a manter relações sexuais com ela que, por fim, veio a engravidar. O réu chegou a ser condenado em primeiro grau nas iras do art. 217-A do Código Penal, mas foi absolvido pelo TJMG sob o argumento de que o acusado cometeu um “erro de proibição”, ao desconhecer que sua conduta figurava crime. (BRASIL, 2024).

---

6

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203043685&dt\\_publicacao=14/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203043685&dt_publicacao=14/12/2022)

O TJMG decidiu pelo afastamento de crime considerando que o casal contraiu união estável durante considerável período e, embora não tenham permanecido juntos até o fim do processo, eles sempre mantiveram contato por causa da criança, que era devidamente assistida pelo genitor. (BRASIL, 2024).

Por fim, o caso chegou à Quinta Turma do STJ, havendo votação acirrada por 3 votos a 2, em que o Ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca (2024) pontuou que a condenação do réu, que possivelmente agiu em “erro de proibição”, ocasionaria o rompimento do núcleo familiar com prejuízo à criança resultante do relacionamento amoroso. Ademais, a antecipação da vida adulta da adolescente não pode acarretar prejuízo maior aos envolvidos, observando-se o princípio da dignidade humana. (BRASIL, 2024).

Cumprido informar que o instituto do “erro de proibição” encontra amparo no art. 21 do Código Penal (BRASIL, 1940) e ocorre nas situações em que o agente, motivado pelas circunstâncias do caso concreto, fica impossibilitado de obter conhecimento sobre a ilicitude do fato.

Na ocasião sob análise, o rapaz tinha 20 anos de idade, baixa escolaridade, era trabalhador rural, iniciou relacionamento amoroso com a adolescente, ambos autorizados pelos genitores a contrair união estável, houve nascimento de uma filha e constituição de núcleo familiar, havendo claro reconhecimento de que o acusado desconhecia que sua conduta incorria em crime. (BRASIL, 2024).

Igualmente, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2.029.697/MG, de 14 de maio de 2024, o Relator Ministro Jesuíno Rissato (2024) foi favorável à absolvição de um rapaz de vinte e três anos que mantinha relacionamento amoroso com uma adolescente de treze anos, considerando que o relacionamento já estava estabelecido, a diferença de idade entre eles não era tão distante e que não houve afetação do bem jurídico que pudesse resultar na ação punitiva estatal. Nesse sentido, destaca-se a epígrafe da ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ENUNCIADO 593 DA SÚMULA DO STJ. FATO PRATICADO QUANDO O AUTOR TINHA 23 ANOS DE IDADE E A SUPOSTA VÍTIMA, 13. RELAÇÃO AMOROSA CONSENTIDA MUTUAMENTE. DISTINGUISHING. PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE, SUBSIDIARIEDADE E

Torna-se imprescindível destacar que o Tribunal de origem, sob relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, ponderou que a própria vítima e o réu afirmaram categoricamente que nenhuma das relações sexuais foram tidas de forma forçada, além disso “o contexto probatório demonstra que, aos treze anos, a vítima já tinha capacidade de discernimento dos seus atos, o que afasta a vulnerabilidade absoluta”. Assim, fundamentou-se a aplicação da técnica de *distinguishing*. (BRASIL, 2024).

Ainda mais recente, o STJ apresentou o Informativo 820 no dia 13 de agosto de 2024 (BRASIL, 2024), referente ao REsp 2.144.411/AL de autoria do Relator Ministro Sebastião Reis Junior, da Sexta Turma, que por unanimidade decidiu pela atipicidade material da conduta que poderia configurar o crime de estupro de vulnerável, destacando que as circunstâncias fáticas verificadas indicam que o bem jurídico tutelado, que é a dignidade sexual da menor, não foi vulnerado.

A decisão do Ministro Sebastião Reis Junior (2024) fundamentou-se no consentimento da família, a qual abrigou o jovem casal, o relacionamento é mantido atualmente e houve nascimento de um filho, fruto desse relacionamento estável.

Na oportunidade do Tema do Informativo 820 (BRASIL, 2024), restou ressaltado que as circunstâncias do caso concreto indicam a “inaplicabilidade da orientação firmada no julgamento do REsp nº 1.480.881/PI”, o qual consta supramencionado. Ademais, destacam-se as seguintes informações do inteiro teor:

Ainda que se pudesse argumentar que a vítima teve seu desenvolvimento afetado por ter sido submetida precocemente a obrigações típicas da idade adulta, essa assertiva não vence as circunstâncias concretas verificadas no caso, que indicam o contrário, sobretudo o fato de que o relacionamento entre ambos permaneceu, mesmo após a intervenção policial e judicial (ação penal), tendo, inclusive, se aprofundado com a concepção de um filho e planos de casamento. Não parece adequado, diante do contexto atual, lançar argumentos vagos e especulativos no sentido de traçar um cenário ideal de desenvolvimento para vítima caso não tivesse sido inserida na vida sexual de forma precoce. O cenário fático parece incontestado: não há nenhum elemento concreto que indique lesão à dignidade sexual ou ao desenvolvimento da vítima. Ao revés, divisa-se a possibilidade de prejuízo concreto caso se opte pela via da intervenção estatal mediante aplicação da lei penal. Há risco de taxar um relacionamento consolidado pelo tempo e pela formação de uma família, inclusive com prole, em criminoso, circunstância que põe em perigo a unidade familiar e a proteção de um terceiro inocente (filho). E, nesse aspecto, se de um lado a proteção à criança e ao adolescente tem sede

---

7

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203078171&dt\\_publicacao=17/05/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203078171&dt_publicacao=17/05/2024)

constitucional (art. 227 da CF); do outro, a unidade familiar também goza de reconhecimento e proteção da Carta Magna (art. 226 da CF), de modo que não parece justo, sacrificar um em detrimento do outro. (Tema Informativo 820 do STJ, de 13 de agosto de 2024).

Pelo exposto, verifica-se que cada um dos casos supramencionados está imbuído da mesma preocupação: julgar com cautela, a fim de evitar que as partes sofram prejuízos indiscutíveis e irreversíveis em decorrência de uma condenação que abrange as esferas judicial, social, moral, econômica e familiar.

Ademais, observa-se que a aplicação da técnica de *distinguishing* fundamenta-se em aspectos essenciais como o consentimento familiar, constituição de núcleo familiar e sua proteção, nascimento de filhos, manutenção do relacionamento, relevância da palavra e da vontade da vítima e ausência de afetação relevante ao bem jurídico, entre outras circunstâncias que sejam cabíveis para o afastamento da tipicidade penal.

Nessa altura da pesquisa, com base nos julgados apresentados, já é possível afirmar a possibilidade de relativização do crime de estupro de vulnerável observando-se as peculiaridades do caso concreto.

## **5. A APLICABILIDADE DO ABORTO EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Com base nos termos dos artigos 124 a 127 do Código Penal, o aborto é considerado crime no Brasil, sendo punível a interrupção da gestação provocada pela gestante ou por terceiros, além da existência de majorante para a forma qualificada, que consiste na ocorrência de lesão corporal grave ou morte da gestante durante o emprego dos meios abortivos. (BRASIL, 1940).

O ordenamento jurídico somente permite o aborto nas duas hipóteses elencadas no artigo 128, incisos I e II do Decreto Lei 2848/40 que dispõem sobre o aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante senão interrompendo a gravidez, ou quando a gestação resulta de estupro e a aplicação do aborto é consentida pela gestante ou por seu representante legal. (BRASIL, 1940).

A gravidade do estupro de vulnerável é indiscutível, razão pela qual a lei brasileira entende pelo aumento de pena de metade a dois terços quando desse crime resulta gravidez, conforme art. 234-A, inciso III do CPB, como também o aborto nesses termos é descriminalizado desde 1940. (BRASIL, 1940).

Diante dos notórios agravos físicos e psíquicos decorrentes da violência sexual, foi sancionada a Lei 12.845 em 1º de agosto de 2013 que “dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual”. (BRASIL, 2013).

A Lei 12.845/13 determina que os hospitais devem oferecer atendimento emergencial, integral e multidisciplinar às vítimas de violência sexual, que é considerada a partir da prática de qualquer atividade sexual não consentida. Além disso, estabelece quais os serviços a serem prestados nos hospitais integrantes do SUS, de maneira imediata. (BRASIL, 2013).

Em continuidade, cabe salientar que, dentre os serviços a serem prestados, está a profilaxia da gravidez, prevista no art. 3º, inciso IV da Lei 12.845/13 (BRASIL, 2013), que é alvo do Projeto de Lei nº 232/2021 (BRASIL, 2021), de autoria da Deputada Carla Zambelli.

O Projeto de Lei nº 232/2021, que continua em andamento, visa a alteração do inciso IV do artigo 3º da Lei 12.845/13, para tornar obrigatória a apresentação de boletim de ocorrência e exame de corpo de delito comprovando a veracidade do estupro, antes que seja realizado o aborto decorrente da violência sexual. (BRASIL, 2021).

Na apresentação do projeto, Zambelli (2021) justificou:

No atual contexto brasileiro, não há obrigatoriedade da comprovação do abuso sexual para realização do aborto, o que configura uma abertura maior para pessoas adeptas à ideologia do aborto como, por exemplo, mulheres que não são vítimas de violência sexual, mas procuram o atendimento do SUS para interromper a gravidez indesejada. [...] a legislação brasileira atual autoriza que sejam realizados procedimentos abortivos se a gravidez resulta de estupro, mas na lei nº 12.845 não se pede uma comprovação da veracidade do estupro para a realização de procedimentos abortivos, sendo apenas a palavra da vítima a fonte de comprovação, abrindo portas e facilitando o crescimento de abortos que não são frutos de atos de violência sexual. (BRASIL, 2021, *online*).<sup>8</sup>

Conforme destacado por Zambelli (2021), o aborto no Brasil “é um caso de exceção, sendo necessário, portanto, maior cautela e prudência estatal quando se trata dessa excepcionalidade”, “de forma a ser preservado o bem jurídico mais precioso: a vida”.

---

8

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1960600&filename=PL%20232/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1960600&filename=PL%20232/2021)

Nesse sentido, a proposta do referido projeto de lei tem o escopo de prevenir situações em que mulheres de má-fé possam utilizar a justificativa de terem sofrido estupro somente para conseguirem realização do aborto legal, de modo a evitar para si a punição pela prática do crime previsto no art. 124 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Em 2022, um caso de gestação precoce de uma menina de onze anos, ocorrido em Santa Catarina, ganhou repercussão internacional após o hospital do estado negar realização de aborto e a juíza de Direito Joana Ribeiro Zimmer impedir o abortamento, ambos com a justificativa de que a menor estava em gravidez avançada, conforme é possível verificar em diversos veículos eletrônicos a partir do filtro de pesquisa “menina de onze anos grávida em Santa Catarina”, a exemplo do jornal O Globo (LEAL, 2022, *online*)<sup>9</sup>.

Sobre esse caso, o jurista Eduardo Luiz Santos Cabette (2022) prestou suas considerações no artigo intitulado “o estupro, o aborto e a mentira”, publicado em 29 de junho de 2022 no portal Meu Site Jurídico, da editora Juspodivm.

Para o autor (2022), a narrativa inicial pretendia esboçar um quadro de violência sexual e fundamentar a prática abortiva, mas havia uma “verdade oculta” voltada para fins ideológicos-midiáticos: “Apurou-se que a menina de 11 anos manteve relações sexuais consensuais com um namorado de 13 anos e foi disso que resultou a gravidez enfocada. A própria família dos menores sabia do relacionamento.”

Em sua análise do caso, Eduardo Luiz Santos Cabette remonta à hipótese de relativização defendida no presente trabalho, vejamos:

É sabido que manter conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos, ainda que de forma consensual, configura o crime de “Estupro de Vulnerável”, conforme artigo 217 – A, CP. O caso concreto, porém, tem suas especificidades. Em primeiro lugar, foram condutas praticadas por uma criança (menina de 11 anos) e um adolescente (menino de 13 anos), de forma que se trata de um “Ato Infracional” assimilado a “Estupro de Vulnerável” (inteligência dos artigos 1º. e 2º. c/c 103 a 105 da Lei 8.069/90 – ECA). Seja como for, a terminologia do Estatuto da Criança e do Adolescente não passa de um recurso eufemístico, de maneira que o que aconteceu entre os menores foi o que a doutrina veio a chamar de “Estupro Bilateral”. [...] Ambos estariam estuprando e sendo estuprados ao mesmo tempo! (CABETTE, 2022, *online*).<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/07/menina-de-11-anos-em-sc-apos-aborto-legal-feto-foi-recolhido-para-analise-a-pedido-de-promotora-que-deixou-o-caso.ghtml>

<sup>10</sup> <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/06/29/o-estupro-o-aborto-e-a-mentira/>

Em face de suas considerações, Cabette (2022) defende a possibilidade de o Ministério Público conceder o benefício da remissão, previsto no art. 126 do ECA (BRASIL, 1990), “como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social”. Além disso, pontua:

Pode-se dizer que no caso enfocado em que a menina de 11 anos mantém relações sexuais consensuais com seu namorado de 13 anos estamos diante de uma situação na qual seria cabível a opção da remissão a ambos os envolvidos e o afastamento da configuração do “Ato Infracional” assimilado a Estupro de Vulnerável”, considerando que a tipicidade é meramente formal, não atingindo a necessária lesividade material de qualquer bem jurídico em tutela. Enfim, a conduta, tanto da garota, como do namorado é, ao fim e ao cabo, materialmente atípica. O que equivale a afirmar que, na realidade, não houve estupro algum. E se não houve estupro de qualquer espécie, não há espaço para a prática abortiva supostamente fundada no artigo 128, II, CP. (CABETTE, 2022, *online*).<sup>11</sup>

Assim como os envolvidos do caso “apenas pretendiam legitimar a eliminação de uma gravidez indesejada, ainda que se tratando de uma criança já formada e viável extra útero”, tendo a situação repercutido somente devido a uma “encenação midiática com objetivos ideológicos”, é possível que existam outros casos de abortos supostamente legais, em decorrência da falsa alegação de estupro, devem ocorrer e manter-se ocultos, sem qualquer punição. (CABETTE, 2022).

Em continuidade, compete pontuar brevemente que existe diferença entre gestação precoce e a caracterização do estupro de vulnerável de fato. Com isso, a linha de raciocínio que se pretende traçar é a seguinte: muitas vezes o conhecimento da existência de relacionamento sexual entre adolescentes somente chega ao conhecimento familiar, social e judiciário em decorrência de gravidez, uma vez que essa é a comprovação suprema de que houve conjunção carnal.

Nesse sentido, juristas podem se deparar com duas grandes questões.

A primeira é que uma gestação precoce denota ausência de educação sexual, sendo que a orientação eficaz, vinda de familiares e profissionais da educação e da saúde, de forma respeitosa, sem o intuito de levantar bandeiras ideológicas, mas de promover conhecimento acerca da sexualidade, uma vez que esse tema sempre suscitará muitas curiosidades, poderá prevenir gravidezes indesejadas.

---

<sup>11</sup> <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/06/29/o-estupro-o-aborto-e-a-mentira/>

Em segundo lugar, o risco da própria ideia do aborto como única e última solução, mesmo existindo outras possibilidades de resolução, a exemplo da entrega legal de recém-nascidos à adoção, que é uma medida permitida e prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 de 1990 (BRASIL, 1990), situação que também perpassa por desconhecimento social, tendo em vista que as medidas de adoção são comumente vistas como algo extremamente burocrático, fazendo o abortamento parecer a decisão mais viável, e rápida, longe de qualquer constrangimento.

Por derradeiro, ante ao exposto, resta o questionamento suscitado por Cabette (2022): é possível que o aborto surja tão somente amparado pela justificativa do “brocardo latino que diz que – *mors omnia solvit* – a morte resolve tudo”, nesse caso, a morte de um feto sem qualquer mácula ou possibilidade de defesa.

## **6. BREVES CONSIDERAÇÕES: IMPACTOS NO ENFRENTAMENTO DE PROCESSOS PENAIS AFETOS À SITUAÇÃO DE SUPOSTA VIOLAÇÃO SEXUAL**

Considerando os inúmeros desdobramentos que podem surgir a partir da alegação de ter ocorrido um estupro de vulnerável, sem observar as especificidades do caso concreto, o presente tópico foi reservado para apresentar, ainda que brevemente, alguns impactos no enfrentamento de processos penais afetos à situação de suposta violação sexual.

Inicialmente, é cabível apresentar um panorama do caminho processual a ser percorrido quando aporta a notícia de relação sexual, principalmente se seguida de gestação precoce, vivenciada por menor de quatorze anos.

Conforme mencionado anteriormente, o art. 70-B do ECA determina que o Conselho Tutelar deve ser informado sobre suspeita de crime contra menores. Em seguida, o Conselho Tutelar, por sua vez, com base nos artigos 131 e 136, inciso IV do ECA, deve encaminhar ao Ministério Público notícia fato que constitua infração penal contra criança ou adolescente. (BRASIL, 1990).

Em continuidade, o Ministério Público poderá requisitar instauração de inquérito policial, na forma do art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal. Esse dispositivo legal, no parágrafo 3º do art. 5º, também confere a qualquer pessoa do

povo o poder de comunicar, verbalmente ou por escrito, à autoridade policial sobre ocorrência de infração penal. (BRASIL, 1941).

Nos termos do art. 6º e 10, §1º do CPP, logo que a autoridade policial tomar conhecimento da prática de infração penal, deverá proceder a uma série de diligências previstas em lei, elaborar um relatório minucioso das investigações e encaminhar os autos ao juiz. (BRASIL, 1941).

Uma vez que o Ministério Público tenha oferecido a denúncia e o juiz a receba, considerando a existência de elementos de procedibilidade, inicia-se a ação penal, na forma do art. 24 ao 62 do CPP, que somente chegará definitivamente ao fim por meio do trânsito em julgado, ou em decorrência de outros meios possíveis, como o arquivamento e a prescrição. (BRASIL, 1941).

Cada uma das etapas mencionadas acima, embora não represente a totalidade de detalhes existentes no decorrer do processo penal, podem ilustrar o longo caminho a ser percorrido em uma investigação e instrução criminal, o que denota o impacto psicossocial na vida da vítima, do investigado e de seus núcleos familiares, além da existência do impacto econômico do processo penal para o Estado. Sem contar todo o trâmite pós-condenação quando essa ocorre.

De acordo com o Relatório “Justiça em Números 2024”<sup>12</sup> do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ano de 2023 teve elevada produtividade e demanda jurisdicional, com aumento de 9% das despesas totais do Poder Judiciário em relação ao ano de 2022, o que totalizou o montante de R\$132,8 bilhões. Assim, embora o Judiciário tenha arrecadado R\$68,74 bilhões aos cofres públicos, esse valor representa somente a metade do custo da Justiça. Afinal, mais da metade das ações judiciais tramitam de forma gratuita. (BRASIL, 2024).

Importante destacar que os números estatísticos da política de transformação digital têm mostrado avanços. Consta do referido relatório que “o tempo de resolução de um processo físico foi em média de 14 anos, enquanto o processo eletrônico foi solucionado em 2 anos e 1 mês” (BRASIL, 2024, p. 379), o que é bastante significativo para reduzir tanto as despesas do Judiciário quanto evitar que as partes fiquem longo período aguardando uma solução. De toda maneira, são mudanças que acontecem aos poucos e o tempo de espera varia de acordo com a complexidade de cada caso. (BRASIL, 2024).

---

<sup>12</sup> <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf>

Quanto à condição emocional da vítima frente ao processo penal, cumpre ressaltar a Resolução 299 do Conselho Nacional de Justiça, de 05 de novembro de 2019, “dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência” (BRASIL, 2019) e, portanto, estabeleceu diretrizes para um atendimento adequado, sigiloso e acolhedor, em respeito aos preceitos da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017).

Ante aos fatos vivenciados em uma situação de violência, infere-se que mecanismos legais como a Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017), a Resolução 299 do CNJ (BRASIL, 2019) e a efetividade de seu cumprimento visam amenizar a vergonha sofrida pela vítima e evitar que ela seja revitimizada durante o processo penal. Ainda assim, o desgaste emocional de ser parte de uma relação jurídica é indubitável.

Ademais, no contexto de uma relação amorosa consentida, em que o processo judicial somente se iniciou em decorrência da taxatividade da lei, é bastante provável que a adolescente sofra pelos múltiplos aspectos do caso: a recente descoberta da sexualidade, o enfrentamento de uma gestação precoce se houver, o olhar social diante dos fatos, a necessidade em relatar e justificar a relação sexual precoce, entre outras implicações.

Igualmente, no que concerne à condição de acusado na esfera criminal, são evidentes as implicações morais e sociais advindas do enfrentamento de um processo penal. Nesse aspecto, não são raras as histórias veiculadas na mídia sobre o tratamento recebido pelos autores de estupro nas repartições penais e na comunidade em que vivem, tendo em vista a reprovabilidade de sua conduta. Contudo, na hipótese apresentada no presente trabalho, considere o impacto psicossocial de um adolescente ao enfrentar um processo dessa magnitude.

Vejamos as considerações no Relator Josaphá Francisco dos Santos (2023) no acórdão 1739730 da 2ª Turma Criminal, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, processo 00040820520198070013, julgado em 03 de agosto de 2023:

PENAL. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOLESCENTES. EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA. CAPACIDADE DE ENTENDER SEUS ATOS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Se dois adolescentes - maiores de 12 anos e com pouca diferença de idade entre si, praticam ato sexual, sem violência ou grave ameaça, não há falar em ocorrência do ato infracional análogo ao crime previsto no art. 217-A, caput, do CP. 2. Inexistindo certeza inequívoca da autoria do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável e, havendo margem razoável de dúvida quanto ao acervo probatório coligido aos autos, mister a manutenção da absolvição. 3. Para se imputar ato

infracional dessa natureza a um jovem, conquanto não importe em pena, mas em medida pedagógica, deve-se ter a certeza irrefutável de que o acusado o cometeu. Isso porque a condenação de adolescente em formação, sem a devida parcimônia e plena convicção da autoria causaria mácula indelével em seu histórico de vida. 4. Recurso desprovido. (DISTRITO FEDERAL, 2023, *online*).<sup>13</sup>

Conforme pontuado pelo jurista Josaphá Francisco dos Santos (2023), em casos em que a ocorrência de estupro de vulnerável não é uma certeza inequívoca, a condenação traz consequências indelévels, sobretudo para um adolescente em formação, que se denota ter acabado de descobrir a sexualidade com alguém também jovem.

Além disso, o jurista (2023) indica que, havendo dúvida quanto ao acervo probatório, o que normalmente ocorre em casos dessa natureza, deve-se aplicar a tese da Exceção de Romeu e Julieta, que tem como objetivo a exclusão do crime de estupro de vulnerável em relações consensuais entre jovens de idade aproximada, como também é cabível invocar o princípio do *“in dubio pro reo”*, que em tradução livre significa “na dúvida, a favor do réu”.

Pelo exposto, nota-se que a ocorrência de relação sexual entre menores não é tão simples quanto eles possam imaginar durante o ato e a resolução do problema jurídico e social que se cria a partir da notícia-fato não é tão breve quanto a lei se propõe a partir do estabelecido no artigo 217-A, §5º do Código Penal (BRASIL, 1940). Pelo contrário, a problemática se estende a várias esferas da vida dos envolvidos, trazendo-lhes impactos incalculáveis.

Dessa maneira, em um caso de relacionamento consentido em que a possibilidade de condenação do réu está pautada somente na faixa etária da vítima, a expectativa pela absolvição não reside apenas em ter a inocência declarada, mas também se encontra no fardo pesado que é retirado da vida da própria vítima, que encontra-se em um relacionamento amoroso; do filho quando esse existe, que já estaria fadado a crescer sem a presença integral do genitor; e de todo o núcleo familiar, que sofre com os inúmeros desdobramentos de uma acusação tão grave.

## 7. CONCLUSÃO

---

<sup>13</sup> <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>

A presente pesquisa, realizada por meio de revisão bibliográfica, iniciou-se apresentando o panorama histórico-legislativo dos crimes contra a dignidade sexual, com a indicação de que ocorreram importantes alterações na lei ao longo tempo, como reflexo das demandas sociais e por influência de leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990), Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) e Estatuto da Pessoa Idosa (BRASIL, 2003).

Assim, embora o Código Penal utilizado atualmente seja o mesmo que foi sancionado no Brasil em 1940, seus termos passaram por adaptações significativas, trazendo, por exemplo, a figura de crianças, adolescentes, cônjuges e idosos para as hipóteses de penalização dos crimes de cunho sexual.

Nesse ínterim, incluiu-se o artigo 217-A, §5º no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que determina que a prática de atos libidinosos ou conjunção carnal com menor de quatorze anos é considerada estupro de vulnerável independentemente de haver consentimento da vítima para a relação sexual.

Com base nessa determinação legal, que é amparada pela Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, a qual defende a inafastabilidade do crime de estupro de vulnerável, independentemente do contexto relacional dos envolvidos, o presente trabalho teve como objetivo analisar as possibilidades de relativização do estupro de vulnerável, diante da hipótese de descaracterização do crime quando existe relacionamento amoroso entre adolescentes, consentido por seus genitores.

Para tanto, foi apresentado um tópico sobre a presunção de vulnerabilidade absoluta da vítima de estupro de vulnerável, que trouxe inúmeras contribuições do jurista Cezar Roberto Bitencourt (2019), o qual considera necessário examinar a situação casuística, principalmente “ante à extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea”, sendo certo que existem diferentes níveis de vulnerabilidade. Portanto, considerar todos os menores de quatorze anos como absolutamente vulneráveis e fundamentar-se nessa presunção do legislador para condenar alguém, indica assumir o risco de promover uma decisão injusta, que trará danos incalculáveis aos envolvidos.

Na sequência, foram apresentados cinco casos recentes em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a técnica de *distinguishing*, que é cabível quando o caso concreto não se amolda à norma vigente, restando cristalinamente demonstrado que a hipótese de pesquisa está confirmada: a relativização do estupro de vulnerável é

cabível, não devendo a condenação ser pautada somente na faixa etária da vítima, que é o que a lei prevê ao desconsiderar o consentimento da vítima na prática sexual.

Por meio dos julgados analisados no presente trabalho, confirmou-se não somente a possibilidade da relativização de estupro de vulnerável, mas também a importância de considerar a particularidade de casos em situações extraordinárias, tais como a constituição de um novo núcleo familiar e o nascimento de um filho, sendo que a condenação do réu poderia ser mais danosa do que sua absolvição, conforme explicitado nos julgamentos realizados pelo Juiz de Direito Valderi de Andrade Silveira (2021) e pelo Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca (2022) em um de seus casos emblemáticos.

Em continuidade, ciente das diversas implicações que surgem a partir da investigação de ocorrência de estupro de vulnerável, sabe-se que esse delito abre precedentes para a realização de aborto, razão pela qual foi reservado um tópico para pesquisa desse assunto.

Na oportunidade, restou salientado que o aborto se trata de uma excepcionalidade da lei penal e, portanto, é uma questão que demanda maior prudência estatal e jurisdicional, conforme pontuado por Carla Zambelli (2021). Afinal, é necessário afastar os casos em que mulheres de má-fé utilizem da justificativa do estupro, sem nenhuma comprovação, somente para darem fim a uma gestação indesejada sem serem criminalizadas.

Além da abertura de precedentes para a realização do aborto, que indubitavelmente é uma das medidas mais gravosas, a confirmação equivocada da existência de estupro de vulnerável acarreta inúmeros impactos na vida dos envolvidos ao enfrentarem um processo penal de crime dessa magnitude, conforme brevemente apresentado no último tópico do trabalho.

Na ocasião das breves considerações, verificou-se que o processo penal passa por inúmeras etapas até a decisão. Assim, nesse meio-tempo, existe o impacto psicossocial da vítima, do réu, de seus núcleos familiares, uma vez que ser parte de um processo demonstra-se exaustivo, mesmo nas circunstâncias em que a lei prevê proteção às partes, por exemplo, através do segredo de justiça e da escuta especializada.

Além disso, a existência de processo penal gera grande despesa ao Judiciário, que segundo dados atuais do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL,

2024), já está abarrotado de procedimentos ainda em andamento. Ou seja, todas as partes do processo, sem exceções, sofrem impactos consideráveis: o Judiciário, no âmbito econômico; e os sujeitos, no âmbito psicossocial e penal.

Nesse sentido, torna-se indispensável ressaltar: a relativização do estupro de vulnerável, mediante a aplicação da técnica de *distinguishing* se mostra cabível, com escopo de afastar a tipicidade material do crime mediante reconhecimento de que a condenação poderia trazer mais danos do que a absolvição, com prejuízos incalculáveis que abrangem as esferas judicial, social, moral, econômica e familiar, além do próprio desgaste emocional em ser parte de um processo judicial tão melindroso.

Por derradeiro, conforme observa Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 37), é notório que “a proteção aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial”. Contudo, a bem da verdade, espera-se que esses debates possam gerar bons frutos de justiça, pois as consequências de uma decisão judicial são profundas e duradouras.

Dessa maneira, resta o desejo: que os aplicadores do Direito possam, de fato, na sua prática diária, encontrar o equilíbrio entre a espada e a balança, cientes de que a lei deve ser aplicada cada vez que for comprovadamente necessária, mas que também existem situações excepcionais que demandam medidas extraordinárias.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Acórdão 1739730**, da 2ª Turma Criminal, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo 00040820520198070013, julgado em 03 de agosto de 2023. Relator Des. Josaphá Francisco dos Santos. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 804741**, de 14 de março de 2023. Impetrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Disponível em:

<[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300578776&dt\\_publicacao=17%2F03%2F2023.](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300578776&dt_publicacao=17%2F03%2F2023.)> Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2.029.697/MG**, de 14 de maio de 2024. Impetrado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203078171&dt\\_publicacao=17/05/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203078171&dt_publicacao=17/05/2024)>. Acesso em: 10 out. 2024

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2024 (ano-base 2023)**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf>.> Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 299**, de 05 de novembro de 2019. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/files/original000346201912045de6f7e29dcd6.pdf>.> Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).> Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Publicação original**.

Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>.> Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).> Acesso em: 19 abr. 2024

BRASIL. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10224.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10224.htm).> Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.106, 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm).> Acesso em: 19 abril 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm).> Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm).> Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm).> Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm).> Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm).> Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm).> Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Justiça de Primeiro Grau. Comarca de Campestre. **Processo 0000310-32.2020.8.12.0110**. Sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-tarjada.pdf>.> Acesso em: 16 abr. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 232/2021**, apresentado em 04 de fevereiro de 2021. Altera o inciso IV do artigo 3º da lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, para tornar obrigatória a apresentação de Boletim de Ocorrência com exame de corpo de delito positivo que ateste a veracidade do estupro, para realização de aborto decorrente de violência sexual. Autoria de Carla Zambelli. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1960600&filename=PL%20232/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1960600&filename=PL%20232/2021).> Acesso em: 02 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vocabulário Jurídico. **Distinguishing**. Nota: Ocorre quando o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=DISTINGUISHING>.> Acesso em: 04 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vocabulário Jurídico. **Princípio da Proporcionalidade**. Nota: A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=PROPORCIONALIDADE>.> Acesso em: 09 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2029009**. Ano 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203043685&dt\\_publicacao=14/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203043685&dt_publicacao=14/12/2022).> Acesso em: 05 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2389611**. Ano 2024. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento\\_tipo=2&documento\\_sequencial=234293170&registro\\_numero=202302073988&publicacao\\_data=20240410&peticao\\_numero=202301219030](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=2&documento_sequencial=234293170&registro_numero=202302073988&publicacao_data=20240410&peticao_numero=202301219030).> Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Informativo 820**. Brasília, 13 de agosto de 2024. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Estupro de vulnerável. Violação do art. 217-A do CP. Tese de atipicidade material da conduta. Procedência. Circunstâncias do caso que indicam a inaplicabilidade da orientação firmada no julgamento do REsp n. 1.480.881/PI (Tema 918/STJ). Sentença absolutória restabelecida. Julgado em 06 de agosto de 2024. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=%270820%27.cod.&force=yes>.> Acesso em 26 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.480.881/PI**. Ano 2015. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402075380&dt\\_publicacao=10/09/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402075380&dt_publicacao=10/09/2015).> Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Diário da Justiça Eletrônico, seção 3, Brasília, DF, ano 2017, edição nº 2314, 06 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 1121**. Ano 2022. Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiros, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1121&cod\\_tema\\_final=1121](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1121&cod_tema_final=1121)> Acesso em: 19 abr. 2024.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O estupro, o aborto e a mentira**. Ano 2022. In: Meu Site Jurídico. Editora Juspodivm. Publicação de 29 de junho de 2022. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/06/29/o-estupro-o-aborto-e-a-mentira/>> Acesso em: 04 nov. 2024.

LEAL, Arthur Leal. **Menina de 11 anos em SC: após aborto legal, feto foi recolhido pela polícia a pedido de promotora que deixa o caso**. In: O Globo. Publicação eletrônica de 06 de junho de 2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/07/menina-de-11-anos-em-sc-apos-aborto-legal-feto-foi-recolhido-para-analise-a-pedido-de-promotora-que-deixou-o-caso.ghtml>> Acesso em: 04 nov. 2024.

LORENZO, Larissa Papandreus; SCARAVELLI, Gabriela Piva. **Cibercrimes e a legislação brasileira**. In: Diálogos e Interfaces do Direito-FAG, v. 4, n. 1, p. 104-122, 2021. Disponível em: <<https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/view/83/66>> Acesso em: 24 ago. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – Comentários da Lei 12.015**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.