**CONDICIONAMENTO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EMERGENCIAL E RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA (LEI N° 12.653/2012)[[1]](#footnote-2)**

*Aylla Muara dos Santos[[2]](#footnote-3)*

*Frederico Nepomuceno Léda[[3]](#footnote-4)*

Cleopas Isaías*[[4]](#footnote-5)*

**Sumário**: Introdução; 1. A natureza do crime e aspectos gerais; 1.1. Crime Omissivo; 1.2. Aspectos Gerais do artigo 135-A; 2.Fundamento prático e teórico; 2.1. Prático; 2.2. Teórico; 3. Principio da transparência e direito a informação; 4. Consumação e tentativa; 5. Pena e ação penal;Conclusão; Referências.

**RESUMO**

Trata-se de uma espécie de omissão de socorro introduzida pela Lei 12.653, de 28 de maio de 2012, com a finalidade de proibir o comportamento bastante comum, praticado por hospitais, clínicas médicas e outros estabelecimentos de saúde, consistente na exigência de cheque-caução, nota promissória ou outra garantia para que alguém, em situação de emergência, possa receber o devido atendimento médico-hospitalar.

**PALAVRAS-CHAVE**: Atendimento Médico Hospitalar. Responsabilidade Penal Omissiva e Ação Penal.

**INTRODUÇÃO**

O artigo 135-A do Código Penal veio como uma maneira de resguardar os direitos de pessoas que necessitam urgentemente de um atendimento médico-hospitalar, pois muitas das vezes, os hospitais ficam a mercê de tal posicionamento, tendo um comportamento padrão de que primeiro deve-se exigir um cheque-caução, nota promissória ou outra garantia para que depois o paciente venha a ser atendido.

Isso porque, pode ser considerado como uma espécie de omissão de socorro, como se fosse uma maneira de que para o cumprimento do socorro, seja imposto um estabelecimento que supostamente garantirá o pagamento pelos serviços prestados ao paciente. Sendo importante ressalvar que a instituição de saúde não está proibida de preencher formulários com os dados fundamentais do mesmo, o que se proíbe, na verdade, é que se priorize esse ato burocrático em detrimento do socorro que deve ser imediatamente prestado.

O tipo penal não tem a função de instituir uma fraude nas instituições médicas, mas sim preservar a vida e a saúde daqueles que necessitam de imediato atendimento, sem que sejam priorizadas as preocupações financeiras com o futuro pagamento do tratamento utilizado. Nada impede que, no futuro, em caso de inadimplemento, seja procedida a cobrança dos gastos efetuados. O que não se pode é sobrepor os interesses financeiros à vida ou à saúde daquele que necessitava de imediato atendimento.

**1. A NATUREZA DO CRIME E ASPECTOS GERAIS**

**1.1. CRIME OMISSIVO**

Distanciando-se do mundo ontológico, a atual doutrina jurídico penal parece encontrar, um certo consenso no reconhecimento da omissão como realidade meramente normativa, uma realidade a ser buscada não mais na dimensão do ser, mas do dever ser da normativa, *in casu* jurídico penal. (CADOPPI, 2002, p.158, apud D’AVILLA, 2005, p.186).

A essência da omissão desloca-se, pois, para a norma. Para a desconformidade entre o comportamento realizado e a conduta imaginada, entre a ação praticar e o atuar esperado que em que pese obter ressonância em outros sistemas, diversos do jurídico – ético, moral – encontra para o direito penal, a sua razão de ser norma jurídica. Em termos jurídicos o não fazer converte-se em omissão quando se opõe a ação ordenada pela ordem jurídica e se assim é, pode-se dizer, inclusive, que o ato de valoração jurídica precede logicamente ao de qualificação como conduta e não o inverso. (GALLAS,1989,ps.25-26, apud D’AVILA, 2005, p. 188)

Assim, o abandono impositivo de neutralizar a omissão, a ciência jurídica penal defronta-se finalmente com o reflexo do ilícito penal na dimensão mais límpida do real construído. Torna-se evidente, após tantas tentativas que a natureza não concebe a omissão como fenômeno em si e que a sua existência só é possível mediante a consideração axiológica de um fato cuja manifestação natural, encontrar-se-á – e por isso, irrelevante nesse momento – entre o todo e o nada. Sua natalidade está necessariamente condicionada à normativa, *in casu*, jurídico penal, é nada mais que “*non facere quod debetur*”. A omissão enfim, surge para assumir o seu papel de fenômeno jurídico penalmente relevante, diante do descumprimento de um mandamento que recepcionado em âmbito jurídico penal obrigava o sujeito a atuar. (ROXIN, 1997, p.207, apud D’AVILLA, 2005, p. 197).

O artigo 135-A do Código Penal trata de um crime omissivo que segundo Ernst Beling, a omissão assume a forma de um processo físico interno ao agente. Partindo de uma ideia de ação como realização voluntária de qualquer movimento ou não movimento corporal, visto como uma “contenção de nervos de motores”, sendo dividido em próprios que são aqueles em que a conduta descrita no tipo penal é uma abstenção, um deixar de fazer e independem de resultado, tendo o artigo supracitado, como exemplo; e o impróprio ou comissivo por omissão, são crimes em que por meio de uma omissão o agente dar causa a um resultado, sendo certo que a conduta descrita no tipo penal é um fazer.

Os crimes omissivos próprios são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal, dos quais são exemplos típicos os previstos nos arts. 135, 244, 269, etc. (Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. Derecho Penal, Parte General, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 253).

A ênfase será dada ao omisso próprio devido ao tema do trabalho, onde Heinrich Luden conceituava como aqueles crimes que em mera inatividade, independentemente de lesão a um direito subjetivo alheio, apresentava-se suficiente para a violação de um Zwangspflicht (”dever impositivo”) estabelecido em lei.

De acordo com os critérios morfológicos já quase abandonados, valem-se da natureza da norma violada, preceptiva ou proibitiva, para diferenciar entre omissões próprias e impróprias, os crimes próprios omissivos seriam hipóteses de violação de normas preceptivas, de normas que exigem a realização de uma conduta positiva. O critério de Herzberg, estes crimes, são aqueles cujo tipo legal admite a sua realização apenas na forma omissiva e o dever de garante estaria ausente nas omissões próprias. (GRASSO p.5, apud D’AVILLA, 2005, p.217)

Há somente uma omissão do dever de agir, imposto normativamente, dispensando, via de regra, a investigação sobre a relação de causalidade naturalística, são delitos de mera conduta, tendo pena de detenção de três meses a um ano mais multa, visto que, de acordo com o seu parágrafo único, a pena pode ser aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave e até triplo se resulta a morte.

**1.2. ASPECTOS GERAIS DO ARTIGO 135-A**

O Decreto-Lei nº 2.848 passou a vigorar a partir do dia sete de setembro de 1940, acrescido do seguinte artigo 135-A, onde diz que exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, sendo condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, pode ser considerado uma espécie de omissão de socorro, como se fosse uma maneira de que para o cumprimento do socorro, seja imposto um estabelecimento que supostamente garantirá o pagamento pelos serviços prestados ao paciente; sendo um crime omissivo próprio e tendo a pena de detenção, de três meses a um ano, e multa.

Da situação de tipicidade de um delito omissivo próprio não pode derivar qualquer dever de garantidor, pois, no caso, se trata de um dever jurídico inteiramente geral, que atinge qualquer pessoa. (Wessels, Direito Penal, P. Geral, Sérgio Fabris editor, P. Alegre, 1976).

O artigo segundo afirma que o estabelecimento de saúde que realize atendimento médico-hospitalar emergencial fica obrigado a afixar, em local visível, cartaz ou equivalente, com a seguinte informação: Constitui crime a exigência de cheque-caução, de nota promissória ou de qualquer garantia, bem como do preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial.

Um ponto positivo da lei é a determinação de que os hospitais coloquem cartazes visíveis que divulguem a existência do tipo penal e devem ser estabelecidas em regulamento específico as consequências dos hospitais que infringirem essa determinação.

O delito em estudo é classificado como um crime formal. Logo, a sua consumação se dá com a efetiva exigência de oferecimento das garantias descritas ou preenchimento prévio de formulários administrativo, independentemente de qualquer resultado com relação à vida da vítima. A tentativa é tecnicamente viável, caso a conduta não seja praticada de forma verbal.

**2. FUNDAMENTAÇÃO PRÁTICA E TEÓRICA:**

**2.1. PRÁTICO**

Um dos principais pontos para a edição da lei foram os constantes problemas jurídicos envolvendo pacientes, hospitais e planos de saúde, que muitas vezes, tem como consequência um prejuízo econômico, chegando a causar danos irreversíveis, levando até mesmo a morte.

A lei foi proposta pelo governo após a morte do secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Duvanier Paiva Ferreira, que sofreu um infarto e esteve em dois hospitais particulares de Brasília, no qual não fora atendido porque seu plano de saúde não tinha convênio com os estabelecimentos. A proibição da exigência de depósito prévio para a internação em clínicas e hospitais privados já era prevista em uma norma da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) publicada em 2003, válida apenas para pacientes com planos de saúde, em leis de alguns estados, como o Rio de Janeiro e São Paulo, mas por não terem força de lei federal, não estabeleciam punições severas para as empresas.

Nesse posicionamento, vale ressaltar também, a figura do médico que como em qualquer outra profissão, tem direito em receber pelo atendimento, mas não é por este motivo que irá negar o atendimento emergencial e exigir um cheque caução, seria contra a ética medica que tem o objetivo de salvar vidas; antigamente esta pratica era somente abusiva, mas a lei tomou como crime o que era antes tido apenas como abusivo, possui um alcance nacional, deixando bem nítido que de acordo com a Defensoria Pública: “Quando há vida em risco, é para atender. Ela vem ao encontro da nossa batalha com as operadoras, em que 90% dos casos se refere a atendimentos de emergência e urgência, podendo ser também aplicável em outras circunstâncias, como a internação de pacientes que precisam ser prolongadas ou em cirurgias eletivas”.

**2.2. TEÓRICO**

Por fundamento filosófico a nova lei tem a teoria da Drittwirkung ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para se ter uma noção da importância do tema em questão. De acordo com a teoria da Drittwirkung a questão assume maior complexidade. Os direitos fundamentais são eficazes e vinculantes no âmbito das relações entre particulares. Ora, sendo a igualdade um direito fundamental estariam os particulares também obrigados a ela. Desta feita, só em caso de uma justificativa inescusável as referidas cláusulas poderiam ser toleradas. No segundo caso, por exemplo, uma justificativa aceitável seria a de que a referida peça seria Otelo. (WOLFGANFG, 2004, p.72)

Esse dispositivo do Código Penal aplica justamente a teoria da Drittwirkung, condicionando a conduta dos hospitais obrigando-os penalmente, a aplicar o princípio da solidariedade, onde para Ingo Sarlet, o legislador buscou dotar o cidadão de maior poder e responsabilidade no cumprir das normas constitucionais, no “patriotismo constitucional”, chamando a população a exercer papel ativo na construção do Estado. Por outra feita, o constituinte originário também erigiu a solidariedade à norma constitucional.

O legislador penal adotou a expressão “atendimento médico-hospitalar emergencial”, que é de ligeira importância e merece uma interpretação plausível. Segundo o “Protocolo Internacional de Atendimento Pré-Hospitalar”, um caso será considerado como uma “emergência”, quando há uma situação de risco à vida da vítima. Por outro lado, deixa de ser assim considerada, e passa a ser considerada “urgência”, se não há risco à vida do paciente. Assim sendo, de acordo com o tipo penal descrito no artigo 135-A, conclui-se que o legislador criminalizou apenas as condutas que envolvem situações emergenciais, ou seja, aquelas que expõem a um determinado risco a vida da vítima.

No tipo subjetivo a conduta é punida a título de dolo, a vontade livre e consciente de expor em perigo a vida ou saúde da vítima; segundo a classificação doutrinária, pode ser qualificado como dolo de perigo abstrato, reprovado por expressiva parcela da doutrina, que certamente preferirá o emprego do dolo de perigo concreto, pelo qual deverá ser demonstrado em cada caso, que como decorrência das exigências do agente, a vítima foi exposta a efetivo risco. Nota-se que, pela construção típica, são admitidos tanto o dolo direto como o eventual.

**3. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E DIREITO A INFORMAÇÃO**

Os artigos 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais.

**Segundo a Constituição do Brasil, "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo", princípio que deve ser garantido como forma de aprimorar a transparência e a** democracia participativa. O direito de acesso a informações públicas integra o conjunto de direitos fundantes das sociedades modernas relacionados à disseminação do conhecimento e da informação. Tanto que as instituições provedoras de conhecimento e de informação sempre caminharam lado a lado com a ideia de democracia.

No Brasil, **a Constituição Federal protege a liberdade de informação** (Artigo 5º, Inciso XXXIII). Existem no país algumas experiências estruturadas, no sentido de dar transparência às informações de interesse público, mas o exercício deste direito no país é dificultado pela ausência de uma lei que regulamente obrigações, procedimentos e prazos para a divulgação de informações pelas instituições públicas. Desde 2003, uma série de outras organizações sociais está organizada em torno do [Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas](http://www.informacaopublica.org.br/), que promove e incentiva o debate sobre o tema e defende uma lei que garanta e facilite o acesso cidadão brasileiro a documentos públicos produzidos pelos Três Poderes da República, bem como aos documentos de governos estaduais e municipais.

**4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA**

Nos crimes omissivos não se admite tentativa, pois uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma, se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandando. (TAVARES, 2012, p. 89).

O crime se consuma no momento em que é formulada a exigência de cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, desde que ocorra antes do efetivo e indispensável atendimento do paciente. Para a consumação do crime é desnecessária a produção naturalística do resultado, tais como, agravamento da saúde do paciente ou até mesmo a sua morte para que o crime resulte consumado. (BITENCOURT, 2012).

De acordo com Bittencourt, a simples prática da conduta fazendo qualquer das exigências definidas no dispositivo legal, como condição de atendimento emergencial é suficiente para caracterizar e consumar o crime. (BITENCOURT, 2012).

**5. PENA E AÇÃO PENAL**

O ato cuidar é um dever ético e legal que incumbe a todos os médicos em relação a seus pacientes, sendo que, esse dever legal se deve considerar derivado do artigo 13 do CP, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. (SOUZA, 2009, p.25)

De acordo com o art. 135-A, a sanção é aplicada cumulativamente, com detenção de três meses a um ano e multa, segundo o quadro abaixo de Vicente de Paula Rodrigues:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **PENA DO CRIME DE CONDICIONAMENTO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITAL EMERGENCIAL**  Artigo 135-A do Código Penal | | | | |
| FIGURA TÍPICA | | FUNDAMENTO | ESPÉCIE DE PENA | QUANTIDADE |
| Simples | | (*caput*) | Detenção e multa | De 3 meses a 1 ano |
| AUMENTO DE PENA | Lesão corporal grave | Parágrafo único | Aumento até o dobro | |
| Morte | Aumento até o triplo | |

Se da negatividade de atendimento resultar lesão corporal de natureza grave, a pena poderá ser majorada até o dobro; se sobrevier a morte, a pena poderá se majorada até o triplo. Fica a critério do julgador, observadas as demais circunstâncias, mensurar o quantum de elevação das penas, desde que não ultrapasse o dobro ou o triplo, para cada uma das hipóteses mencionadas. Na hipótese de lesão corporal grave ou morte é indispensável observar a existência de nexo causal entre a conduta e a consequência que se lhe atribui. (BITENCOURT, 2012). A ação penal é pública incondicionada, cujo oferecimento da denúncia para iniciar a ação penal não depende de qualquer condição de procedibilidade. (RODRIGUES, 2012).

**CONCLUSÃO**

O condicionamento de atendimento médico hospitalar é o ato do dever ético e legal que incumbe a todos os médicos em relação a seus pacientes. Abrangendo a responsabilidade penal por omissão, baseado no art. 135-A do CP, em que diz “exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial”.

Isso porque, atitudes como essa, que são exigidas pelos planos de saúde e hospitais, muitas das vezes ocasiona prejuízo econômico ao paciente, e, além disso, também pode ocasionar graves lesões, levando até mesmo a morte do paciente. Com isso, caso o médico exija algumas dessas garantias como condição para o atendimento médico-hospitalar, tipificará crime de omissão médica.

O médico será submetido a uma sanção, já explicitada no quadro acima. Sendo que, os crimes omissivos não admitem tentativa, pois se o sujeito se omite o crime já se consuma, e se não se omite, realiza o que lhe foi mandando.

É necessário que o consumidor saiba de seus direitos, tendo o direito a informação e o princípio a transparência, a fim que de o consumidor esteja ciente na integra de todo o conteúdo do contrato. É um dever intrínseco ao contrato, devendo estar presente na formação e na execução do contrato.

**REFERÊNCIAS**

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

**Bitencourt, Cezar Roberto. Condicionamento de atendimento médico hospitalar emergencial. Disponível em: <**<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/07/24/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial/>>. Acesso em: 1 nov. de 2012.

D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RODRIGUES, Vicente de Paula. [**Novo crime de omissão de socorro – Art. 135-A do CP.** Disponível em: **<** http://atualidadesdodireito.com.br/vicentemaggio/2012/10/30/novo-crime-de-omissao-de-socorro-art-135-do-cp/](http://atualidadesdodireito.com.br/vicentemaggio/2012/10/30/novo-crime-de-omissao-de-socorro-art-135-do-cp/)>. Acesso em: 1 nov. de 2012.

SARLET, Ingo Wolfganf. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Iinstituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

1. Paper apresentado à disciplina Direito Ambiental da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). [↑](#footnote-ref-2)
2. Aluna do 4º período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). [↑](#footnote-ref-3)
3. Aluno do 4º período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). [↑](#footnote-ref-4)
4. Professor orientador. [↑](#footnote-ref-5)