

Artigo 135-A do Código Penal: uma análise do tipo penal e dos motivos que ensejaram sua elaboração

Celso Matheus Preiss¹ e Diogo Basilio Vailatti²

¹ Bacharelado no 5º ano pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

² Bacharelado no 5º ano pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Tema exposto no Congresso Jurídico do ano de 2012 na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: O trabalho presente se divide epistemologicamente em dois: na primeira parte se faz um exame do mais novo tipo inserido no Código Penal, o art. 135-A, trazido pela Lei 12.653/2012. Analisa-se os principais tópicos do tipo, como sujeitos, tipo objetivo e subjetivo, consumação e tentativa, entre outros. A segunda parte, traz um exame mais crítico do novel crime, além de expor quais foram os reais motivos políticos para sua criação, concluindo pela afirmação de que estar-se-ia diante de mais uma amostra do chamado populismo (simbolismo) penal. A relevância do tema está na novidade do assunto, já que entrou em vigor em 29 de maio de 2012: campo fértil para questões em concurso e dissidências em sede doutrinária e jurisprudencial. A dificuldade advém do mesmo aspecto, já que praticamente inexitem obras atualizadas com o novo tipo penal, pelo que se socorreu por vezes de artigos em sítios eletrônicos. Diante disso, pretende-se realizar no presente, ainda que perfunctória, uma crítica e proveitosa análise do tema.

Palavras-chave: Artigo 135-A, Código Penal – Condicionamento de atendimento médico-hospitalar – novo tipo – populismo penal – direito penal – crime.

CONDICIONAMENTO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EMERGENCIAL

“Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.” (Lei 12.653 de 29 de maio de 2012).¹

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em proêmio, cumpre assinalar o presente tipo penal estar encartado no capítulo III da Parte Especial do Código Penal pátrio, que regula os crimes ofensivos à *periclitación da vida e da saúde*. Distinguem-se, *grossu modo*, os delitos de perigo dos delitos de dano, porque naqueles há a consumação tão somente pelo aferimento do risco ao determinado bem jurídico, ao passo que, nos de dano pressupõe-se uma efetiva lesão à objetividade jurídica tutelada, tais como são o homicídio e o crime de roubo. Magalhães Noronha obtempera que a diferença reside precisamente em que nos delitos de dano *há a diminuição ou impossibilidade do gozo de um bem, ao passo que naqueles [de perigo] basta a probabilidade de dano: não há lesão substancial da objetividade jurídica* (NORONHA, 1984: 89).

¹ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

Os crimes que compõem este capítulo são, por sua natureza, crimes eminentemente de perigo.

Com efeito, os delitos de perigo subdividem-se em dois: crimes de perigo concreto e de perigo abstrato ou presumido. Concreto é aquele que impescinde de cabal comprovação. Deve, pois, ser demonstrada a real situação de risco a que foi subordinado o bem jurídico resguardado. Exemplo é, *v.g.*, o que se sucede no crime de incêndio. Já o abstrato ou presumido, de sua parte, é aquele risco que desnecessita de qualquer comprovação: a mera prática da conduta incriminada na norma (quer seja comissiva ou omissiva), de per si, já é reputada pelo legislador como perigosa, importando, *ipso facto*, na consumação da infração penal (BITENCOURT, 2011:255). Assim, nestas ações (sentido ampliativo), o próprio legislador presume tenha havido perigo, sem que, forçosamente, esteja ele presente em dada situação fática.

A respeito dos crimes de perigo abstrato, ensina Miguel Reale Júnior, *in verbis*:

“Em certos tipos penais o legislador presume a periculosidade da situação, mesmo que efetivamente nenhuma periculosidade tenha concretamente derivado a algum bem jurídico, bastando, a realização da ação, considerando-se inerente a esta a periculosidade, tendo em vista aquilo que em geral decorre da experiência normal.” (REALE JÚNIOR, 2002:279)

São dos crimes de perigo, sejam eles concretos ou abstratos, de que trata o presente capítulo do Código Penal, pelo que segue a mesma sorte, o tipo penal em análise.

BEM JURÍDICO TUTELADO

Sendo o tipo *sub examen* relativamente novo, viceja grande incerteza em seu entendimento. Tanto o é no pertinente ao crime específico, como também a questões prístinas ainda não pacificadas em doutrina. Uma destas refere-se ao bem jurídico protegido nos crimes sob a égide do capítulo III, *da periclituação da vida e da saúde*. Entende a maioria dos doutrinadores, dentre eles, Guilherme de Souza Nucci, que são tutelados os bens vida e saúde, como sói, extraídos da própria epígrafe do capítulo (NUCCI, 2008:130). Assim também compreende Luiz Regis Prado (PRADO, 2010:451).

No entanto, à cá, crê-se um tanto quanto genérico dizer-se a objetividade jurídica ser vida à vida e à saúde, vez que todos os artigos do Código Penal, ao menos indiretamente, visam o amparo destes bens jurídicos. Além disso, se assim fosse, teria laborado em equívoco o legislador, já que os crimes contra a vida estão dentre os artigos 121 e 128 do Diploma Penal, no que tutelam diretamente o bem jurídico vida.

D'outro giro, para Cezar Roberto Bitencourt², acompanhando a lição de Néelson Hungria, os bens jurídicos tutelados seriam a solidariedade, diretamente, e indiretamente, a vida e a saúde humana. Contudo, não parece ter querido o legislador resguardar a solidariedade humana, já que desta palavra se afere um sentido moral, assaz ético do que propriamente uma obrigação legal.

Mais consentâneo afigura-se desejar o legislador tutelar, diretamente, o bem jurídico *assistência*, e secundariamente, a vida e

a saúde (incolumidade física) da pessoa humana. E diz-se primariamente da *assistência*, em vista de que despoja-se um pouco do jaez moral que se lhe encerra o termo *solidariedade*, dantes propugnado por Néelson Hungria. Para tal constatação, basta observar a própria explicação que ofereceu o alcunhado *Príncipe dos Penalistas*, ao bem jurídico *solidariedade*: "(...) foi o direito penal, de sua exclusiva iniciativa, demonstrando a erronia dos que lhe atribuem uma função meramente sancionatória, que exigiu em norma coercitiva esse mandamento cristão de caridade."³ (HUNGRIA, 1979:440). (grifou-se)

SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Quiçá, mais fugidia ainda, seja a concepção dos sujeitos passivos e ativos do tipo penal respectivo.

Sujeito passivo é a vítima, a saber, o indivíduo que teve seu atendimento médico-hospitalar, em caráter emergencial condicionado à prestação de garantia ou ao preenchimento de formulários administrativos. Em outras palavras, é aquele que necessita do atendimento, aquele que depara-se na infausta situação médico-emergencial: sempre o virtual paciente. Diz-se isto, justamente para não se confundir, se presente a seguinte situação, e.g.: "A", ferido gravemente, carecendo do correlato atendimento médico-hospitalar em caráter emergencial, tem entrada em determinada unidade hospitalar, onde, já na maca, tem os cuidados médicos obstados por uma enfermeira, que cobra, "B", acompanhante de "A", a emitir uma garantia em benefício

² Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/07/24/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial/#more-60>>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

³ Descabe, nos dias hodiernos, também dizer-se de *dever cristão*, em vista da Constituição da República aludir ser o Brasil um Estado *leigo ou laico*, respeitando, indistintamente, todas as religiões e cultos, salvo os que atentarem, de forma geral, à ordem pública e aos bons costumes, não se filiando, contudo, a nenhum.

do Hospital, condicionando, assim, o atendimento à "A". Nesta hipótese, a despeito de ter sido cobrado "B", a vítima continua sendo "A", vez que os bens jurídicos de "A" que estariam sendo lesionados (assistência, vida e saúde) e não os de "B", que permaneceria com sua saúde vigorada.

Logo, os sujeitos passivos do tipo, seriam, primariamente, o possível *paciente*, aquele acometido de situação emergencial, e secundariamente, o Estado, vez que a saúde pública também estaria sendo, com a dada conduta, solapada.

A almejada pacificidade doutrinária resta comprometida quando analisa-se o sujeito ativo do crime. Eduardo Luiz Santos Cabette⁴ entende que pode ser o delito cometido tanto por médicos, enfermeiros, administradores, como por funcionários hospitalares. Rogério Greco⁵, de sua parte, posiciona-se que deve ser imputado pela conduta aquele que emitir a ordem, sendo que na hipótese de um funcionário repassá-la, haveria concurso de pessoas.

No presente trabalho, propõe-se outra percepção. Deverá incorrer no crime, apenas aquele que emita a ordem administrativa de que o paciente em situação emergencial deverá prestar garantia ou preencher os protocolos administrativos para só então ser devidamente atendido. Normalmente é exprimida a ordem por diretores (hospital particular) ou superiores hierárquicos (hospital público).

Não se crê compossível incriminar-se o funcionário que repassa a ordem (veja bem, se

não partiu dele a ordem, mas somente a repassou), por dois motivos de monta. Sendo funcionário público, qual seja, se obrar em hospital público, tendo a ordem partido de seu superior, caso repasse a sobredita exigência à vítima, estará ele acobertado pela excludente de culpabilidade prevista no art. 22, Código Penal, a obediência hierárquica. Isto, evidentemente, se estiverem preenchidos seus pressupostos, pois a ordem não pode ser manifestamente ilegal, caso em que, haverá, outrossim, concorrido na prática do crime, podendo, conforme a casuística, ter sua culpabilidade diminuída.

Sendo funcionário particular, qual seja, o que trabalha em hospital privado, se repassar a ordem anteriormente lhe emitida, haverá causa supralegal excludente de culpabilidade, a saber, inexigibilidade de conduta diversa. É cediço que, amiúde, o não cumprimento de ordens do gerente pode ensejar a dispensa do funcionário. Seria assim, inexigível outra ação do subordinado, a não ser retransmitir a ordem ilegal. Guilherme de Souza Nucci baseado em Odín Americano, a propósito, narra, casos concretos semelhantes ao aqui engendrado, no que procedeu-se a absolvição pela inexigibilidade de conduta diversa, ao qual transcreve-se, exemplificativamente:

"Primeiro caso ocorrido: Leinenfanger (cavalo indócil que não obedece às rédeas): 'O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e satsse a serviço. O cocheiro prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animou tomou-lhe as rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria

⁴ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21929/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-artigo-135-a-do-codigo-penal-criado-pela-lei-no-12-653-12>>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

⁵ Disponível em: <http://forumcriminal.com.br/discussion/93/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial-por-rogerio-greco#Item_1>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair com o animal importaria a perda do emprego, logo a prática da ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento.” (NUCCI, 2008:236)

Isto se não tiver o empregado querido praticar a conduta, razão pela qual haverá concurso de pessoas, outrossim, podendo ter este, sua culpabilidade minorada.

O segundo motivo pelo que não se deve apenar o funcionário (seja público, seja privado) é pela *teoria do domínio do fato*⁶. Esta tese tem por desiderato imputar e alcançar, aquele que encerra o controle final do fato praticado; *in casu*, daquele que exarou o mandado de condicionar o atendimento à prestação prévia de caução ou preenchimento dos formulários. Explicando a teoria, Fernando Capez esclarece que, *in verbis*:

“(...) partindo da teoria restritiva, adota um critério objetivo-subjetivo, segundo o qual autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Não importa se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo penal, pois o que a lei exige é o controle de todos os atos, desde o início da execução até a produção do resultado. Por essa razão, o mandante, embora não realize o núcleo da ação típica, deve ser considerado, uma vez que detém o controle final do fato até a sua consumação, determinando a prática delitiva.” (CAPEZ, 2010:362)

⁶Teoria esta, atualmente, em voga, vez que utilizada no famigerado julgamento do caso do Mensalão, cujos fundamentos e motivações extrapolam os lindes do presente artigo.

Assim, quem deverá ser apenado é aquele que emite a ordem, podendo, dependendo das circunstâncias, haver concurso de agente com o funcionário, salientando-se minoração de sua culpabilidade. Neste mesmo sentir, Cezar Roberto Bitencourt⁷.

TIPO OBJETIVO

O verbo núcleo da conduta delitiva é *exigir* que significa, requerer, impor, ordenar, reivindicar, reclamar. Logo, pelo verbo denota-se uma ação e não uma omissão, propriamente dita. A despeito de topograficamente estar ao lado do crime de omissão de socorro, o tipo penal presente é comissivo, vez que não exige o legislador que haja conduta negativa no atendimento médico. Basta para configurar-se o crime, que exija previamente, a unidade hospitalar, caução ou preenchimento de formulários administrativos, acatando a ordem ou não, a vítima ou terceiro que com ela esteja. Jogando pá de cal na celeuma em considerar o crime comissivo ou omissivo, basta analisar o seguinte caso: “A” sente princípio de infarto e necessita de atendimento médico-hospital emergencialmente. “B”, seu irmão, o traz rapidamente ao hospital, cujo funcionário “C”, exige que lhe preste caução para ser “A” imediatamente tratado. “B” diante deste infausto quadro, emite-lhe cheque-caução e “A” é prontamente levado a atendimento médico. Inconteste ter havido o crime, sem, contudo, haver qualquer omissão. Pode até o hospital negar-se a atender, o que pouco importa: o que realmente é relevante são as exigências que condicionam o atendimento médico-hospitalar. Necessariamente, só haverá conduta negativa, na hipótese aventada pelo parágrafo único, de que se tratará posteriormente.

⁷ Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/07/24/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial/#more-60>>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

Pelos dados motivos, no presente trabalho, entende-se tratar-se de crime comissivo, e não omissivo, conquanto a maioria dos doutrinadores o considerem omissivo ou omissivo *sui generis*.

Impende explicar que, exigir garantia ou requerer o preenchimento dos formulários administrativos, não se configura por si só, crime. O crime consiste em *condicionar* o atendimento médico a estes desvelos econômicos ou administrativos. Desta forma, a exigência de caução, se feita enquanto o paciente já é cuidado ou após o atendimento médico-hospitalar, é fato atípico, porquanto o que é defeso é subordinar os cuidados médicos aos atos mencionados. Não se pode *antes*, mas durante e após o atendimento médico, é perfeitamente viável e até desejável que assim proceda a Unidade Hospitalar correspondente.

O tipo elenca, exemplificativamente, diversas formas de garantia, quais sejam “*cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia*”. É intuitivo ser o rol, meramente *numerus apertus*, já que o próprio legislador proíbe seja exigida *qualquer garantia*, como no tipo já inculpidado. O Código Penal, todavia, não define cheque-caução e nota promissória, pelo que deve acorrer-se, o intérprete, de outros ramos do Direito. O cheque-caução é um título de crédito que, por costume (*contra legem*)⁸, é emitido por clientes a um dado comerciante, no afã de que aqueles sejam diligentes no cumprimento de determinada obrigação a eles relegada. Já a nota promissória, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho consiste em mera “*promessa do subscritor de pagar quantia determinada ao tomador, ou à pessoa a quem esse transferir o título.*” (COELHO, 2013:504).

⁸ *Contra legem*, pois o cheque é ordem de pagamento à vista, não podendo, a rigor, ser usado como garantia. Neste viés conceitua Fábio Ulhoa Coelho sobre o cheque, *in verbis*: “*Cheque é ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco, em razão de provisão que o emitente possui junto ao sacado, proveniente dessa de contrato de depósito bancário ou de abertura de crédito.*” (COELHO, 2013:508).

Não se olvide que para configurar-se o crime examinado, não é mister que se exija apenas o cheque-caução ou a nota promissória: qualquer garantia reclamada anteriormente à prestação de serviços hospitalares será suficiente para consubstanciar-se o delito do art. 135-A, Código Penal. É palmar, outrossim, que eventual exigência de tais garantias só serão presentes se Hospital particular; *i.e.*, no público, apenas pode consumir-se o crime diante da subordinação do atendimento ao preenchimento dos formulários hospitalares.

Com efeito, é indubitável que se deva preencher a documentação administrativa, até por segurança daquele enfermo. O que a lei proíbe é o *condicionamento* dos cuidados médicos à redação destes formulários. Hipótese interessante é se haveria crime caso se exigisse o preenchimento dos documentos administrativos para lograr-se informação imprescindível à vida e à saúde da vítima, como o é o esclarecimento sobre o tipo sanguíneo do paciente, *vg.*, se necessária a imediata transfusão de sangue⁹. Parece inexistir o crime por falta de dolo do agente, já que, deve haver a vontade consciente em lesionar a assistência entre os seres humanos e subsidiariamente, a vida e a saúde da vítima. Ora, assistência indubitavelmente há, já que mais do que qualquer outra conduta, estaria o sujeito se preocupando com o bem estar do enfermo. Tampouco, há de se falar em malfazejo à vida ou à saúde, já que o que o agente deseja é salvaguardar tais bens do doente. Pode-se, em último caso, pensar-se em culpa do sujeito, porém como não é previsto o tipo a modalidade culposa, resta o fato atípico.

Impende a advertência que o texto legal só abrange o atendimento *médico-hospita-*

⁹ O exemplo é escrutinado por Márcio André Lopes Cavalcante. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-aonovo-art-135-do-codigo.html>>. Acesso em: 05 de maio de 2013.

lar. Em outras palavras, por não ser médico, o atendimento *odontológico* não estaria acobertado pelo tipo penal. Contudo, outros atendimentos, como o *psiquiátrico, cardiológico, ginecológico, e.g.*, por pressuporem a ciência da medicina, estão ínsitos no tipo examinado.

O tipo ainda preceitua que o paciente deve estar em condição *emergencial*. É, pois, tipo penal em branco, vez que a definição legal é dada pela Resolução 1451/1995 do Conselho Federal de Medicina¹⁰.

A maioria dos doutrinadores inclina-se a dizer que a situação só seria resguardada, em caso de emergência e não urgência, o que, por consequência iniludível, permitiria erro de tipo, na corrente hipótese do médico pensar tratar-se de caso de urgência, e não emergencial.

No entanto, o senso comum indica haver sinonímia entre os termos. Aliás, até os dicionários confundem, não raras vezes, o sentido de urgência com emergência e vice-versa. Assim, parece mais adequada a interpretação de que urgência e emergência guardam o mesmo significado, e por tal razão, merecem idêntica proteção penal. Não se deve isto à analogia *in malam partem*, mas em correta interpretação do tipo penal.

¹⁰ Dispõe o art. 1º da Resolução 1.451/95 do Conselho Federal de Medicina: "Os estabelecimentos de Prontos Socorros Públicos e Privados deverão ser estruturados para prestar atendimento a situações de urgência-emergência, devendo garantir todas as manobras de sustentação da vida e com condições de dar continuidade à assistência no local ou em outro nível de atendimento referenciado.

Parágrafo primeiro – Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

Parágrafo segundo – Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato."

TIPO SUBJETIVO

Está prevista apenas a forma dolosa, consubstanciada pela vontade livre e consciente de, mediante a exigência prévia de qualquer garantia ou preenchimento de formulários administrativos, obviar o atendimento médico-hospitalar do paciente que se encontra em condição emergencial, ofendendo assim, os bens jurídicos assistência, saúde e vida humana.

Silente é sobre a modalidade culposa, pelo que se incorrer o agente no tipo descrito por culpa (imprudência, negligência ou imperícia), o fato será atípico.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A posição doutrinária unânime pontifica ser consumado o crime com a simples *exigência*, com o que no presente se concorda.

Como dantes gizado, é prescindível que se tenha omitido no atendimento médico, dès que haja anterior exigência, quer seja de dação de garantia, quer seja para preenchimento de formulários administrativos.

Neste afã, restará consumado o crime, *v.g.*, caso o atendente da unidade hospitalar exija prestação de algum tipo de caução, mudando de ideia prontamente, remetendo a vítima aos desvelos médicos. Não haverá desistência voluntária no caso, pois, em sendo um crime formal, é jurídica e faticamente impossível desistir-se da execução, antes que se consuma o delito.

Parece que o exemplo narrado, afronta os Princípios da Ofensividade e Lesividade, que devem informar o intérprete e o legislador penal. Como aqui se perfila que o crime do art. 135-A é crime de perigo concreto, e por isso, deve ser provado o efetivo perigo a que a vítima foi submetida, convola-se o caso narrado, em fato atípico, ante a inequívoca inexistência de perigo.

A tentativa é inadmissível. Há vozes na dogmática que roboram ser o crime tentado, na hipótese da exigência ser de forma escrita, como placas, cartazes no recinto, etc. Entende-se, no presente trabalho, que não configuraria início da execução a forma escrita, mas *tout court* mera infração administrativa. Diz-se isto, pois a lei 12.653/12 (que veiculou o tipo penal analisado), também trouxe consigo o art. 2º¹¹, que obriga o hospital a ostentar cartaz ou equivalente com a informação de que constitui crime a conduta estatuída no art. 135-A, Código Penal. Logo, não o fazendo, ou fazendo-o de forma insatisfatória, incorre o sujeito, não em crime, mas em infração na seara administrativa.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Trata-se de crime comissivo, formal, previsto unicamente na forma dolosa, unissubjetivo e unissubsistente.

A doutrina divide-se em entendê-lo como crime comum ou próprio, fundamentada esta última, pela ordem de exigência só poder ser emanada por gerentes, chefes ou que ocupam cargo de direção. No presente, parece mais correto entendê-lo como comum, pois nada impede que a ordem parta diretamente do funcionário subalterno do hospital. Clara hipótese é, *e.g.*, aquele que trabalha em determinado centro médico, quando percebe que seu inimigo adentra o local, notadamente,

¹¹ Dispõe o art. 2º, lei 12.653/2012: "Art. 2º. 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, nos termos do art. 135-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.'" Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2013.

com sinais de infarto. Mesmo que ninguém o tenha mandado, ele exige caução para o atendimento daquele em estado emergencial, intencionando causar aborrecimentos ao seu desafeto. Inconscusa, portanto, a possibilidade de ser crime comum.

Outrossim, há grande dissidência em classificá-lo como crime de perigo concreto ou abstrato. Como já dito, melhor se afigura classificá-lo como crime de perigo concreto, sob pena de afrontar-se as bases mais comezinhas do Direito Penal, como é a ínsita ofensividade que sua norma deve encerrar.

FIGURA MAJORANTE

Apercebe-se a atecnia do legislador quando, diversamente do que fez no *caput*, inova no parágrafo único, já que só incorrerá na majorante se houver, também, conduta omissiva do agente. Logo, a causa de aumento pressupõe, obrigatoriamente, que haja: 1) ato (exigência); 2) omissão (não atender o enfermo). Aqui sim, pode-se dizer-se em crime omissivo *sui generis*, como o faz Cezar Roberto Bitencourt¹², pois mira-se uma omissão por meio de ações (exigência).

De qualquer modo, o parágrafo único do tipo penal traz a hipótese do crime preterdoloso (art. 19, CP), em que se da negativa de atendimento resultar lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1º e 2º, Código Penal) a pena será dobrada. Em resultando morte advinda da omissão do agente, será sua pena triplicada.

Ressalte-se que em havendo *animus necandi*, não responderá o sujeito por esse cri-

¹² Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/07/24/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial/#more-60>>. Acesso em: 08 de maio de 2013.

me, mas pelo homicídio, dependendo do caso, qualificado (§ 2º).

ACÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada. Admite transação penal – JECRIM –, salvante a hipótese de morte prevista no parágrafo único (art. 61 c.c. art. 76, Lei 9.099/95).

Cabe, não obstante, a suspensão condicional do processo nos termos do art. 89, Lei 9.099/95.

MOTIVOS PARA A SUPERVENIÊNCIA DO NOVO TIPO PENAL

A origem do artigo 135-A do Código Penal remete a fatos curiosos, especificamente a morte de Duvanier Paiva Santos¹³, secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, em 19 de janeiro de 2012 e de Marcelo Dino¹⁴, filho de Flávio Dino, presidente do Instituto Brasileiro de Turismo (EMBRATUR), em 14 de fevereiro de 2012, ambos após suposta recusa de atendimento médico sem a emissão prévia de cheque caução.

Informações veiculadas à época davam conta de que a presidente da República, Dilma Rousseff, solicitou ao ministro da Saúde, Alexandre Padilha, a apuração de suposta negligência no atendimento ao secretário e pediu “*providências exemplares*”. Coincidentemente ou não, ocorre que em 29 de maio de 2012 o Projeto de Lei 3.331/2012, apresentado em 6 (seis) de março de 2012, pelo Ministro da Saúde

¹³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/02/filho-de-presidente-da-embratur-tinha-quadro-grave-de-asma-diz-hospital.html>>. Acesso em: 05 de maio de 2013.

¹⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/01/policia-abre-inquerito-para-apurar-suposta-negligencia-em-atendimento.html>>. Acesso em: 05 de maio de 2013.

de Alexandre Rocha Santos Padilha e pelo Ministro da Justiça José Eduardo Martins Cardozo, já havia sido transformado na Lei Ordinária 12.653/2012; esta que veio a alterar o Código Penal de forma a acrescentar o artigo 135-A.

A exposição de motivos do Projeto de Lei¹⁵ em comento justificou a necessidade da inserção do presente artigo nos seguintes termos:

“5. Portanto, a inviolabilidade do direito à vida, a proteção à saúde e a dignidade humana, são garantias fundamentais de qualquer pessoa, cabendo ao Estado assegurar sua efetivação, intervindo não apenas para garantir os serviços públicos necessários à sua concretização, mas também para afastar qualquer forma de agressão.

6. Nesse sentido, a exigência de cheque caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial afronta diretamente os direitos e garantias em questão.

7. Embora tais condutas já estejam abrangidas pelo crime previsto no art. 135 do Código Penal, a amplitude de sua ofensa ao conjunto de valores que norteiam a sociedade e o grau de reprovabilidade que encontra perante a coletividade torna necessária a criação de um tipo penal específico que permita ao Estado reprimi-la com maior rigor que aquele estabelecido no dispositivo mencionado.” (grifou-se)

¹⁵ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS – EMI n. 00022 MJ/MS de 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=535948>>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

Aliás, intrigante é o parecer exarado pelo deputado Arnaldo Faria de Sá¹⁶, por citar os casos noticiados:

“Sr. Presidente, essa proposta é extremamente importante.

Em vários casos, temos conhecimento de que deixou de ocorrer o atendimento porque não foi dado cheque caução, nota promissória ou outra garantia, como aconteceu recentemente com o Duvanier e com o filho do nosso Presidente da EMBRATUR, Flávio Dino.

(...)

Nós somos a favor da aprovação desse projeto que já vem tarde, Sr. Presidente.”

A conclusão que se chega é de que, o artigo 135-A do Código Penal foi elaborado visando punir a conduta dos hospitais que negam o atendimento emergencial devido à *intensa pressão midiática*¹⁷ quanto ao tema, e não necessariamente por sua ausência de regulamentação, haja vista que a própria Exposição de Motivos afirmou claramente que a conduta em questão já era abarcada pelo artigo 135 do Código Penal, como a seguir se reportará.

INOCUIDADE DO TIPO: OUTRAS PREVISÕES LEGAIS SOBRE O TEMA

SEARA PENAL

Antes da inserção do artigo 135-A ao Código Penal, a conduta de quem se negava a prestar o atendimento médico emergencial

¹⁶ Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/leonardomachado/2012/06/09/artigo-135-a-do-cp-condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial-parte-i-tramitacao-legislativa/>>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

¹⁷ A respeito, o vídeo disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=snKrbwuxAPY>>. Acesso em: 08 de maio de 2013.

sem o preenchimento de formulários administrativos ou o oferecimento de qualquer caução era punida pelo art. 135 ou art. 13, § 2º, ambos do Código Penal.

O artigo 135 prevê que em não prestando, o agente, assistência à pessoa ferida ou em grave e iminente perigo, ressalvada a hipótese de perigo pessoal, incorrerá em pena de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Já o art. 13, § 2º, “a”, CP, prevê o chamado crime omissivo impróprio. Dispõe que a omissão será penalmente relevante quando o agente devia e podia evitar o resultado: é a famigerada figura do garante. A alínea “a” preceitua sobre aqueles que têm o dever legal de cuidado, proteção ou vigilância, como o é o médico, se negar a atender ao paciente, e em decorrência de sua conduta negativa, resultar-lhe a morte, responderia o médico pelo art. 121 c.c. art. 13, § 2º, “a”, todos do Código Penal.

A incoerência decorrente da inserção do novo dispositivo torna-se ainda mais tangível ao vislumbrar a seguinte hipótese: caso o médico, diretor, ou funcionário do hospital, decida negar o atendimento emergencial sem motivo algum, responderá por omissão (seja pelo art. 135 ou pelo art. 13, § 2º, CP – se da omissão advir resultado); por outro lado, caso condicione a aceitação à apresentação de caução, responderá pelo novo crime.

SEARA CONSUMERISTA

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma série de inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles, o rol de vedações aos fornecedores de produtos e serviços previstas em seu artigo 39.

No caso da exigência prévia de garantia ou do preenchimento de formulários administrativos para possibilitar o atendimento hospitalar, dois incisos do referido artigo destacam-se:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;”

Dessa forma, o diploma consumerista é claro no sentido de vedar tanto o preenchimento dos formulários administrativos ou de condicionar o atendimento à prestação de garantia, bem como afasta a possibilidade da cobrança de valor manifestamente excessivo.

RESOLUÇÃO NORMATIVA 44/03 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS)

A resolução normativa 44/03¹⁸, elaborada pela Agência Nacional de Saúde (ANS), veda em seu artigo 1º, a exigência de qualquer garantia no ato ou anteriormente à prestação do serviço médico-hospitalar.

Cria também a Comissão Especial Permanente que recebe e investiga as denúncias feitas por quaisquer dos lesados com a negativa do atendimento, enviando ao Ministério Público todas as informações pertinentes para a apuração da conduta.

¹⁸ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&cid=561>. Acesso em: 09 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1028264/lei-14471-11-sao-paulo-sp>>. Acesso em: 09 de maio de 2013.

LEI ESTADUAL 14.471/11 – SÃO PAULO

A Lei Estadual 14.471/11¹⁹, de autoria de Fernando Capez, proíbe em seu artigo 1º a exigência de qualquer caução para a internação de doentes em hospitais ou clínicas da rede privada do Estado de São Paulo, nas hipóteses de emergência ou de urgência.

Além disso, em seu artigo 2º prevê que, no caso de descumprimento de seu artigo 1º, ficará o hospital ou a clínica obrigado a devolver o valor em dobro ao depositante e pagar multa de 1.000 (mil) a 10.000 (dez mil) UFESP'S (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), conforme a gravidade da infração, da vantagem auferida e da condição econômica do infrator, sendo que a verba em questão deverá ser revertida ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

CONCLUSÃO

Conforme todo o exposto, resta cristalino o entendimento de que a criação do artigo 135-A do Código Penal em nada acrescenta ao sistema penal brasileiro, pois a conduta já era abrangida, inclusive, por outros tipos penais a que se fez menção. Além disso, fora da ótica penal, diversas são as regulamentações quanto ao tema, de forma que o novo tipo penal mostra-se completamente anódino.

Percebe-se que, na inserção do novo tipo, o legislador penal brasileiro apenas seguiu a tendência que vem sendo constante nos últimos anos: a de elaborar novas leis penais após a intensa exploração midiática de casos emblemáticos, conforme ressaltam Luis Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida (GOMES e ALMEIDA, 2012:159/160):

¹⁹ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1028264/lei-14471-11-sao-paulo-sp>>. Acesso em: 09 de maio de 2013.

“De 1940 (data do nosso Código Penal) a 2011 o legislador brasileiro aprovou 136 leis penais, que alteraram o sistema penal, sendo que 104 leis foram mais gravosas, 19 mais benéficas e 13 apresentaram conteúdo misto ou indiferente. Em geral são leis emergenciais, ou seja, aprovadas após eclosão de uma grave crise de medo e de insegurança, explorada pela mídia. Logo depois de um grande caso midiático, nova lei penal (para acalmar a ira da população).

(...)

A grande demonstração ocorre que apenas entre 2003 a 2011 (apenas 9 anos) 30 leis penais foram aprovadas.”

E prosseguem os doutrinadores asseverando que “(...) resultado dessa

política no nosso país: em 1980 tínhamos 11,7 mortes para cada 100 mil pessoas contra 27,3 em 2010. O Brasil se tornou o campeão mundial em encarceramento (de 1990 a 2011 472% de aumento) e a violência só cresceu”. (idem, 2012:163/164)

Percebe-se, assim que, a pressão midiática pelo endurecimento das penas após a ocorrência de um caso emblemático, como ocorre com o artigo 135-A do Código Penal, não surte os efeitos que visa alcançar. Os índices de violência, mesmo após as constantes modificações sofridas pelo Código Penal, apenas aumentaram. Ou seja, o alcunhado simbolismo ou populismo penal midiático é completamente ineficaz, quer seja na prevenção, quer seja na repressão dos crimes cometidos.

BIBLIOGRAFIA

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
2. _____. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
3. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
4. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
5. GOMES, Luis Flávio e ALMEIDA, Debora de Souza. **Populismo Penal Midiático**. São Paulo: Saraiva, 2012.
6. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
7. HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.5.
8. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** – volume 2. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
9. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
10. PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
11. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SITES UTILIZADOS

- http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&cid=561
- <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/07/24/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial/#more-60>
- <http://atualidadesdodireito.com.br/leonardomachado/2012/06/09/artigo-135-a-do-cp-condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial-parte-i-tramitacao-legislativa/>
- http://forumcriminal.com.br/discussion/93/condicionamento-de-atendimento-medico-hospitalar-emergencial-por-rogerio-greco#Item_1
- <http://jus.com.br/revista/texto/21929/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-artigo-135-a-do-codigo-penal-criado-pela-lei-no-12-653-12>
- <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1028264/lei-14471-11-sao-paulo-sp>
- <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=535948>
- <http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-ao-novo-art-135-do-codigo.html>
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm