

A RESPONSABILIDADE PENAL DO ERRO MÉDICO

Thairine costa Góis de Oliveira¹

Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

O presente trabalho consiste na análise da responsabilidade penal decorrente do erro médico, enfocando também nas inovações desse instituto. Procura também verificar os problemas que ocorrem em relação as provas, na concretização dessa responsabilidade. Para o desenvolvimento da proposta será apresentada uma investigação da legislação, doutrina e jurisprudência, assim como literatura especializada, com a finalidade de identificar os aspectos concernentes à responsabilidade penal dos sujeitos que deviam zelar para que o tratamento de saúde oferecido seja bem-sucedido. O método adotado é o dedutivo, o qual parte de uma situação geral para uma específica.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal. Erro Médico. Lesão. Provas

THE CRIMINAL LIABILITY OF MEDICAL MALPRACTICE

ABSTRACT

The present work consists in a criminal liability analysis due from medical malpractice, also focusing on the institute innovations. It also seeks to verify the problems that occur in relation to the evidence, in fulfillment of this responsibility. For the proposition development will be presented a legislation, doctrine and jurisprudence inquiry, as well as a specialized literature, in order to identify the concerning aspects of criminal liability of the individuals who should ensure the offered health care to be successful. The method used is the deductive, which starts from a general to a specific situation.

Keywords: Criminal Liability. Medical Malpractice. Injury. Evidence

¹ Discente do curso de direito do UNIRN. E-mail: thairinegoes@hotmail.com.

² Docente do curso de direito do UNIRN. E-mail: sandresson1@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa versa responsabilidade penal e, mais especificamente, sobre a sua aplicação nas relações entre médicos e pacientes em decorrência dos erros causados por esse profissional.

A medicina sem qualquer dúvida é uma atividade essencial em uma sociedade, exigindo um grande conhecimento, técnica, habilidade, atenção do profissional que a exerce.

Atualmente, ocorreram grandes mudanças na execução dessa atividade, como o imenso progresso na tecnologia médica, que pode ajudar no tratamento e diagnósticos dos pacientes, mas se não usadas corretamente podem causar grande danos à saúde deste.

Com o aumento gradativo dos procedimentos devido ao degenerado sistema de saúde brasileiro, os profissionais de medicina no exercício de suas funções acabam tendo uma conduta inadequada, agindo de forma negativa ou até mesmo deixando de agir, se omitindo na ação de certos fatos e, conseqüentemente trará um mau resultado ou um resultado adverso ao paciente, dessa forma, fica caracterizado o erro médico, como elucida o Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina:

“a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo”

A responsabilização do erro médico poderá acontecer na seara civil, na penal e também na ético-profissional (através do Conselho Regional ou Federal de Medicina), sem que uma interfira na outra, podendo responder ao mesmo tempo nas três esferas.

Na esfera Penal, o erro médico que decorre de manifestação de uma conduta culposa do médico, caracterizado pela imperícia, imprudência e negligência, se enquadrada como crime, de acordo com o artigo 18, inciso II, do Código Penal.

Sobre esses três aspectos Rogério Greco define:

Imprudente seria a conduta positiva praticada pelo agente que, por não observar o seu dever de cuidado, causasse o resultado lesivo que lhe era previsível.

(...)

A *negligência*, ao contratio, é um deixar de fazer aqui que a diligência normal impunha. É o caso, por exemplo, do motorista que não conserta os freios já gastos do seu automóvel ou o do pai que deixa arma de fogo ao alcance de seus filhos menores.

(...)

Fala-se em *imperícia* quando ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício. (GRECO, 2010, p.54)

Por fim, para que o erro médico seja comprovado é necessário que a vítima tenha provas do acontecimento, através de documento, testemunhas e do exame de corpo de delito feito pela pericia judicial.

Este exame será feito pelo perito judicial e pelo assistente técnico, quando autorizado pelo juiz, mas muitas vezes essa comprovação é feita de forma equivocada por falta de um profissional especializado ou pelo cooperativo médico, fazendo assim, com que o médico fique impune por falta de prova.

1. RESPONSABILIDADE PENAL

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Brasil através do seu Estado democrático de Direito, disciplina um complexo número de normas que estabelecem regras para que os seus indivíduos possam viver em uma sociedade organizada. Esse conjunto de regras é denominado de Direito Positivo e deve ser respeitado por todos integrantes dessa sociedade, pois caso alguns desses preceitos sejam violados, inúmeras consequências irão ocorrer.

Essas normas estão contidas dentro ordenamento jurídico que é dividido em vários ramos, tendo cada um sua especialidade e suas peculiaridades. Nesse contexto, o ramo do direito em que serão aplicadas penas ou medidas de segurança como sanções para quem viole um dos bens jurídicos tutelado, como a vida, a integridade física, a liberdade, a saúde, a paz pública, dentre outros, será chamado de Direito Penal.

As condutas que ofenderem algum desses bens jurídicos serão consideradas como ilícitos jurídicos e poderão ter consequências civis ou sanções penais, como descreve Mirabete em seu livro:

O fato que contraria a norma de Direito, ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade, é um ilícito jurídico, que pode ter consequências meramente civis ou possibilitar a aplicação de sanções penais. (MIRABETE, 2008, p. 3)

Assim, pode-se verificar a existência de dois tipos de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, a civil e a penal. Para que ocorra a responsabilidade civil basta que aconteça um dano a outrem por ação ou omissão e que em decorrência desse dano surja o dever de reparar.

Com relação à ocorrência da responsabilidade penal é necessário que o agente pratique um comportamento omissivo ou comissivo que esteja enquadrado em uma norma jurídica cominada com uma sanção penal, sendo que essa conduta deverá ser antijurídica e o agente culpável, ou seja, reprovada no âmbito do Direito Penal.

Esses comportamentos reprovados e que trazem uma lesividade social serão considerados ilícitos penais (crimes e contravenções), mas o Estado não poderá arbitrariamente sanções a qualquer conduta, pois como se observa o artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”.

Concluindo assim, que o Direito Penal é o ramo que estuda as ações humanas que são reprimidas pelo Estado, sendo também o meio que descreve as infrações penais cometidas pelos agentes com as suas respectivas sanções penais.

Como entende Fernando Capez:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (CAPEZ, 2011, p. 19)

Por fim, após um breve comentário sobre o Direito Penal, ainda se faz necessário abordar vários requisitos para a existência da responsabilidade penal, como, por exemplo, o crime e suas características, o fato típico, culpabilidade, a antijuridicidade, entre outros que serão aludidos adiante.

1.2 DO CRIME

A legislação não conceituou o que seria crime, dessa forma, a definição desse elemento de grande importância para o Direito Penal ficou a critério da doutrina, com isso, os

doutrinadores após longos anos de estudos formularam três conceitos de crime, o formal, o material e o analítico.

Em relação a essas concepções, Rogério Greco entende que para ser crime sob o caráter formal, é toda conduta que afronte a lei penal que foi editada pelo Estado. E sob o aspecto material, crime é a conduta que afeta um bem jurídico importante, mas também ressalta que “na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime.”. (GRECO, 2010, p. 23)

É bom ressaltar que no conceito formal, os elementos do crime só serão o fato típico e antijuridicidade, tal ótica é defendida por muitos autores, como por exemplo, Mirabete, diz que o crime é fato típico e antijurídico e que a culpabilidade é uma “mera condição para impor a pena pela reprovabilidade da conduta”. (MIRABETTE, 2008, p.85).

O que difere do terceiro e último conceito, o analítico, que busca analisar o crime com todas as suas características e elementos. Mas, define o crime como fato típico, antijurídico e também culpável, sendo que a culpabilidade será um vínculo subjetivo que liga a ação ao resultado, sendo esse o conceito adotado no Brasil, o da visão tripartida.

1.3 DO FATO TÍPICO

Para que se tenha um fato típico é preciso que a situação em concreto se enquadre perfeitamente ao tipo penal. Segundo a visão finalista, o fato típico será composto de quatro elementos: a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade.

A conduta é um comportamento humano omissivo (não fazer) ou comissivo (fazer), pode também ser doloso, quando o agente quer ou assume o risco da produção do resultado, ou culposo, quando o agente não age com o devido cuidado, atuando de forma negligente, imprudente ou com imperícia, que terá uma repercussão externa.

Entretanto, para que exista o crime, a conduta sozinha não é suficiente, é necessário também que se tenha um resultado, ou seja, uma modificação do mundo externo, de acordo com a teoria naturalística.

Pois segundo a teoria jurídica ou normativa a conduta não precisa causar tal modificação, basta que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido pela norma penal, sendo este, um resultado jurídico.

Além da conduta e do resultado, para haver o fato típico é necessário que haja uma relação de causalidade entre esses dois elementos, esta relação é chamada de nexo causal. Vários conflitos surgem na verificação dessa relação, para isso, foram elaboradas muitas teorias

nas quais três se destacaram: a teoria da causalidade adequada, a teoria da relevância jurídica e a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*).

A teoria da causalidade adequada diz que a causa é o meio necessário e adequado para a produção do resultado. Já a teoria da relevância jurídica entende como causa uma condição que vai ser relevante para o resultado.

Por último, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, que defende como causa aquela ação ou omissão que sem a qual o resultado não seria possível, essa teoria é adotada pelo Código Penal Brasileiro, como prever seu artigo 13, caput: “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.”.

Sobre essa teoria Rogério Greco elucida “que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência.” (GRECO, 2010, p.38). Dessa forma, pode-se observar que a teoria da *conditio sine qua non*, tem um problema, que é regresso ao infinito, já que analisa todos os fatos que levarão ao resultado.

Mas, tal problema não tem razão de existir, pois como mesmo o art. 19 do CP, só irá praticar uma conduta típica quem agiu com dolo e culpa. Assim, a adoção dessa teoria é mais relevante para excluir quem não praticou do que incluir quem praticou.

Devem-se observar também nessa teoria a existência das concausas que serão limitadoras do princípio da *conditio sine qua non*, que será outras causas que ligadas à primeira concorrerá para ocorrência do resultado.

Por fim, Mirabete entende que “deve existir sempre o nexo causal para a atribuição de uma conduta típica ao agente. Não havendo nexo causal, não há que se codificar de responsabilidade penal.”. (MIRABETE, 2008, p. 99)

O último elemento do fato típico é a tipicidade, o mesmo está amparado pelo princípio da reserva legal, como consagra a própria Constituição Federal no seu artigo 5º, XXXIX, (BRASIL, 1988) “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, concluído assim, que a lei tem a tarefa de definir o que é crime, ou seja, só será crime o fato que estiver adequado perfeitamente na lei.

Fernando Capez entende tipo penal da seguinte forma:

O tipo é, portanto, como um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, de modo que as pessoas sabem que só cometerão algum delito se vierem a realizar uma conduta idêntica à constante do modelo legal. (CAPEZ, 2011, p. 210)

O tipo penal é composto por alguns elementos: o verbo do tipo, que será o núcleo (matar, subtrair, ofender, etc.); também pode ocorrer que em alguns casos sejam exigidos os elementos elementares, como o sujeito ativo (mãe, etc.), sujeito passivo (recém-nascido, etc.), objeto material (coisa alheia móvel, etc.) ou alguma referência do lugar, do tempo, ou de como se procedeu à execução.

O tipo permissivo e o tipo incriminador são as duas espécies do tipo penal, sendo o primeiro o tipo penal que não descrevem fatos criminosos, mas sim, hipóteses que a lei permite a realização da conduta, um exemplo disso é a legítima defesa prescrita no art. 25 do CP, que é o caso que se o agente preencher todos os requisitos descritos na hipótese a lei permite a realização do fato; já o segundo tipo é o contrário, pois neste o tipo vai descrever condutas proibidas, que será ilícita.

O tipo penal também é composto de elementos objetivos (descritivos), normativos (exigem juízo de valoração jurídico) e subjetivos (internos). Podendo ser norma se só contiver o elemento objetivo e anormal se tiver além do objetivo, também contiver os elementos subjetivos e normativos.

A tipicidade que é a perfeita adequação da conduta com o tipo incriminador, poderá ser formal, que ocorre quando o agente pratica uma ação ou omissão que se enquadra em uma das figuras típicas prevista no Código Penal; e a conglobante que acontece quando o comportamento do agente é contrário a norma penal.

Diante do exposto, um comportamento humano que se adequa a uma figura jurídica descrita em lei (tipo penal) será uma conduta típica.

2.4 DA ANTIJURICIDADE

A antijuridicidade ou ilicitude também faz parte do ilícito penal. Assim, para que ocorra crime, além da conduta ser típica e necessária também seja antijurídica.

Muitos doutrinadores estabelecem a ilicitude como a relação de contradição entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Para que se encontre a ilicitude da conduta é necessário que se faça uma exclusão, ou seja, a conduta será antijurídica se a conduta se a mesma não se enquadrar nas causas de excludente de ilicitude do art. 23 do Código Penal.

Sobre tal pensamento Rogério Greco elucida:

A ilicitude, expressão sinônima de antijuridicidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e

o ordenamento jurídico. A ilicitude ou a juridicidade da conduta pratica é encontrada por exclusão, ou seja, somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. (GRECO, 2010, p. 24)

As causas legais de excludente de antijuridicidade prevista no art. 23 do Código Penal define em seus incisos que não há crime se o agente agir em estado de necessidade (art. 23, I e 24 do CP), em legítima defesa (art. 23, II e 25 do CP), estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito (art. 23, III do CP).

O conceito do estado de necessidade está previsto no art. 24 do CP, descrevendo que: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”.

A legítima defesa que é a segunda causa de excludente de ilicitude está prevista no art. 25 do CP: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”.

E a última causa prevista no art. 23 do CP é o estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito que não estão conceituadas em nenhum artigo, mas são explicadas pela doutrina. Sendo que, o estrito cumprimento do dever legal, como explica Nucci, “trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro.”. (NUCCI, 2009, p.247)

Sobre o exercício regular do direito, haverá a exclusão da ilicitude quando a conduta praticada pelo agente for amparada por regulamentação legal, tornando um fato típico lícito.

Uma das hipóteses que se adéqua ao exercício regular do direito é o da intervenção médica ou cirúrgica quando autorizadas por lei, ou seja, autorizadas pelo Estado. Nos casos das intervenções sem o consentimento do paciente em casos de risco de vida, Mirabete entende que haverá estado de necessidade em favor de terceiro (MIRABETE, 2008, p. 188), já Nucci considera que será um excludente de ilicitude. (NUCCI, 2008, p.248)

Mas, sempre deverá observar que em ambos os casos não será excluído a tipicidade ou a antijuridicidade, se o médico agir com imprudência, negligência ou imperícia, “respondendo por este delito culposos se não se tratar de simples erro profissional.” (MIRABETE, 2008, P.188).

Por fim, além das causas legais de excludente de ilicitude existem também as supralegais, que será o consentimento do ofendido. Para que ocorra a exclusão se faz necessário que alguns requisitos sejam preenchidos, como dispõe Greco:

Contudo, para que possa ter o condão de excluir a ilicitude, é preciso, quando ao consentimento:

- a) que o ofendido tenha capacidade para consentir;
- b) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível;
- c) que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente. Ausente um desses requisitos, o consentimento do ofendido não poderá afastar a ilicitude do fato. (GRECO, 2010, p. 24)

1.4 DA CULPABILIDADE

O último elemento do crime, a culpabilidade, é o juízo de reprovabilidade e de censura sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Dessa forma, toda vez que o agente praticar uma conduta típica e antijurídica o mesmo será submetido por uma cesura estatal, através do seu poder punitivo, verificando assim se ele será responsabilizado ou não criminalmente sobre a sua conduta.

Segundo a concepção finalista, a culpabilidade possui três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta adversa.

A imputabilidade é a capacidade de o agente entender o caráter ilícito da conduta que está prestes a praticar. Segundo o entendimento de Fernando Capez:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. (CAPEZ, 2011, p. 331)

Entende-se assim, que para o agente possa ser responsabilizado penalmente é necessário que ele seja plenamente capaz.

Em regra, todo agente é imputável (capaz), entretanto, se o agente sofrer de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, for menor de 18 ou sofre de embriaguez fortuita completa estará enquadrado em um dos casos de excludente de culpabilidade o que o tornando inimputável, ou seja, não poderá responder criminalmente.

A potencial consciência da ilicitude é um caráter objetivo no qual será verificado se o agente tinha ou não possibilidade de saber sobre a ilicitude do fato, pois o desconhecimento da lei, como é previsto no art. 21 do Código Penal, é inescusável.

Entretanto, se o agente não tinha condições de conhecer a ilicitude do fato devido às circunstâncias em que caso concreto se encontrava, configurando assim, o erro de proibição, a culpabilidade do agente será afastada, sendo totalmente isento de pena.

Porém, se o erro for evitável, ou seja, se o agente atua ou se omite sem consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias ter ou atingir essa consciência, como prever o art.21, parágrafo único do Código Penal, a pena será diminuída de 1/6 a 1/3.

O último elemento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta adversa, a mesma se baseia no fato em que só poderão ser punidas as condutas que poderiam ter sido evitadas.

Fernando Capez entende como exigibilidade de conduta adversa a “expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma.” (CAPEZ, 2011, p. 352)

Como nos outros elementos a lei também prever causas que excluem a exigibilidade de conduta adversa. A primeira será a coação moral irresistível que acontece nos casos que agente faz ou deixa de fazer alguma coisa, pois está sob o emprego de força física ou de grave ameaça. A doutrina chama de inexigibilidade de conduta diversa.

A segunda causa de exclusão é a obediência hierárquica, que de acordo com Fernando Capez “é a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa.” (CAPEZ, 2011, p. 355)

Para que se configure obediência hierárquica e a culpabilidade seja afastada é que o caso tenha um superior; um subordinado; uma relação de direito público entre ambos estando excluídas da hipótese de obediência hierárquica as relações de direito privado; ilegalidade da ordem, visto que a ordem legal exclui a ilicitude pelo estrito cumprimento do dever legal; aparente legalidade da ordem, pois o agente não poderá saber da ilegalidade, se não responderá pelo crime praticado.

1.5 DO DOLO E DA CULPA

Segundo a visão finalista adotada no Brasil, o dolo e a culpa são elementos subjetivos da conduta e estão estabelecidos nos incisos do art. 18 do CP. O crime doloso ocorre nos casos em que o agente agiu com vontade e consciência para que o resultado desejado fosse alcançado, já o crime culposos é aquele em que o autor gera um resultado que não era da sua vontade.

Ainda tem o crime preterdoloso que é uma mistura do crime doloso e culposo, onde o agente age dolosamente pretendendo um resultado, porém acaba causado um outro resultado culposamente, sendo este, além do que por ele desejado.

1.5.1 DO DOLO

O crime doloso é aquele em que o agente dirige uma vontade, uma intenção, de praticar uma conduta que está prevista no tipo penal incriminador. Esta vontade na realização do tipo penal será denominada de dolo, sendo este um elemento subjetivo na prática do crime doloso.

Fernando Capez define dolo como sendo “a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta.” (CAPEZ, 2011, p. 223)

O dolo também é composto por dois elementos, a voluntariedade e a consciência, a vontade é elemento volitivo de realizar esse fato e a consciência é o conhecimento do fato que constitui a ação típica. Sobre esses elementos Capez ensina que:

A consciência do autor deve referir-se a todos os componentes do tipo, prevendo ele os dados essenciais dos elementos típicos futuros, em especial o resultado e o processo causal. A vontade consiste em resolver executar a ação típica, estendendo-se a todos os elementos objetivos conhecidos pelo autor que servem de base à sua decisão em praticá-la. Ressalte-se que o dolo abrange também os meios empregados e as consequências secundárias de sua atuação. (CAPEZ, 2011, p. 223)

A doutrina distingue o dolo em indireto e direto. No primeiro, é a vontade do agente em realizar a conduta que irá produzir o resultado; no segundo o conteúdo do dolo não definido. Assim, poderá existir o dolo alternativo, que ocorre quando o agente quer um resultado, mas não define o qual, se satisfazendo com qualquer um deles, ou o dolo eventual em que o agente assume o risco da produção do resultado.

Poderá o dolo ser também natural, exteriorizado por apenas sua vontade e consciência sem necessidade do resultado ser lícito ou ilícito; ou dolo normativo quando o agente quer um resultado, mas um resultado que seja contrário a norma penal, caracterizando o *dolus malus*.

1.5.2 DA CULPA

O outro elemento normativo da conduta é a culpa. De acordo com o art. 18, II, do Código Penal, será crime “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”. Conclui-se assim, que o agente não queria produzir um resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu sem observar o dever de cuidado de agir, ou seja, não agiu com cautela, o que resultou em um crime.

Nucci define culpa como “o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza um resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado.”. (NUCCI, 2009, p. 206)

O crime culposo também possui alguns elementos para que seja caracterizado como tal, são eles: a conduta humana voluntária; inobservância do dever de cuidado objetivo; o resultado lesivo involuntário, o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; a previsibilidade e a tipicidade.

Um dos principais elementos é a inobservância do dever de cuidado objetivo de agir, a qual se manifesta por três modalidades: a imprudência, negligência e a imperícia. Tais modalidades estão descritas no art. 18, II do CP.

A imprudência é aquela ação praticada pelo agente sem o cuidado necessário, sem cautela, que provoca um resultado previsível, mas não querido. Uma das características da imprudência é a que nela a culpa se desenvolve conjuntamente com a ação. Sobre tal característica Fernando Capez esclarece:

Uma característica fundamental da imprudência é a de que nela a culpa se desenvolve paralelamente à ação. Desse modo, enquanto o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo simultaneamente a imprudência. Exemplos: ultrapassagem proibida, excesso de velocidade, trafegar na contramão, manejar arma carregada etc. Em todos esses casos, a culpa ocorre no mesmo instante em que se desenvolve a ação. (CAPEZ, 2011, p. 233)

Já a negligência é originada pela omissão do agente, ou seja, a falta de cuidado antes de começar a agir, quando o agente assumiu “uma atitude passiva, inerte, material e psiquicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário.”. (NUCCI, 2009, p. 208)

São exemplos de negligência: deixar substâncias tóxicas ou armas de fogo ao alcance de crianças, não verificar os freios gastos do carro não sinalizar devidamente perigoso cruzamento, etc.

A última modalidade é a imperícia que ocorre quando há incapacidade ou falta de conhecimentos técnicos no exercício da profissão ou de determinada atividade. Assim, caracteriza imperícia quando médico vai curar uma ferida e amputa a perna, atirador de elite que mata a vítima, em vez de acertar o criminoso, entre outros casos.

Deve-se lembrar de que a imperícia sempre deve está ligada a um profissional, pois caso não tiver o caso será de imprudência. Dessa forma, quando um curandeiro que tenta fazer uma operação espiritual, no lugar de um médico, incorre em imprudência, e não em imperícia.

A doutrina divide a culpa em duas espécies, a culpa inconsciente e a culpa consciente. A culpa inconsciente é aquela que embora o resultado fosse previsível o agente não conseguiu prever, porém a culpa consciente acontece nos casos em que o agente prever o resultado, mas acredita sinceramente espera que o mesmo não aconteça.

Sobre esse entendimento, leciona Rogério Greco:

A culpa inconsciente distingue-se da culpa consciente no que diz respeito à previsão do resultado; naquela, o resultado embora previsível, não foi previsto pelo agente; nesta, o resultado é previsto, mas o agente, confiando em si mesmo, nas suas habilidades, acredita sinceramente que este não venha a ocorrer. A culpa inconsciente é a culpa sem previsão e a culpa consciente é a culpa com previsão. (GRECO, 2010, p 54-55)

A culpa consciente pode parecer com o dolo eventual, mas com ele não se confunde, pois na culpa consciente o agente espera sinceramente que o resultado não aconteça, acreditando que poderá evitar; já no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo e se este vier a acontecer pouco vai importar para o agente.

Por fim, ainda é importante ressaltar que só será responsabilizado por crime culposo se a conduta se houver previsão legal para isso, pois sua falta, a punição dar-se somente por dolo.

5.2.3 CRIME PRETERDOLOSO

O crime preterdoloso é aquele em que o agente pratica uma conduta dolosa, mas ocorre um resultado agravador culposos, ou seja, o autor pratica uma ação visando uma determinada finalidade, mas o resultado que acontece é além do esperado, derivado este da culpa.

Fernando Capez em seu livro enquadra o crime preterdoloso como uma das quatro espécies do crime qualificado pelo resultado que “é aquele em que o legislador, após descrever uma conduta típica, com todos os seus elementos, acrescenta-lhe um resultado, cuja ocorrência acarreta um agravamento da sanção penal.”. (CAPEZ, 2011, p. 239)

Não há tentativa nos crimes preterdoloso e a responsabilidade do agente se funda no resultado mais grave, pois é este que tipifica o crime. Desse modo, a pena aplicada será a maior em face do resultado mais grave produzido culposamente.

2. DO ERRO MÉDICO

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A medicina é uma profissão bastante antiga. Na antiguidade, os egípcios já realizavam operações um tanto complexas como, por exemplo, a trepanação, cirurgia esta praticada também pelo povo mesopotâmico.

Outro povo pioneiro no estudo da medicina foram os gregos, o qual teve como mestre Hipócrates, que é até hoje considerado o pai da medicina e também o escritor do juramento feito pelos estudantes de medicina quando se formam.

Com a evolução da humanidade, a medicina também foi evoluindo, sendo que em algumas épocas mais e em outras menos. Atualmente, a evolução continua só que agora com a ajuda dos avanços tecnológicos, facilitando nos diagnóstico de doença e cura das mesmas.

Tão antigo como a medicina, são as práticas inadequadas que geram o erro médico é tanto que o seu disciplinamento já estava presente no Código de Hamurabi, como pontua Guilherme Martins Malufe em seu artigo:

O primeiro documento histórico que faz referência ao erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que trazia também algumas normas sobre a profissão médica na época.

O Código dizia, por exemplo, que nas operações difíceis de serem realizadas, haveria uma compensação pelo trabalho. Por outro lado, era exigida muita atenção e perícia por parte dos médicos, pois caso algo saísse errado, penas severas eram impostas a eles. (MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1867/responsabilidade-civil-dos-medicos#ixzz20BjY0sfk>> Acesso em: 10 Jul. 2012).

Mais especificamente no seu artigo 218: “Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o

olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.”. O que se baseia na Lei do Talião, do olho por olho e dente por dente.

Os gregos, além de serem os pioneiros no estudo na medicina, também disciplinavam sobre o erro médico, quando estabeleciam que o médico, de um acampamento militar, ao tratar de um general ou um auxiliar favorito não conseguisse ter sucesso com o tratamento, o mesmo pagaria com a vida.

Também é importante ressaltar que o Juramento de Hipócrates já orientava os médicos gregos, como descreve esta parte do juramento: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.”.

A *Lex Aquilia*, uma lei romana que disciplinava sobre a responsabilidade civil, instruiu que o médico que cometesse uma falha profissional deveria ser morto ou deportado, quando o caso fosse menos grave.

Nos países árabes que tinham a religião mulçumana defendiam que quando houvesse erro médico, o médico deveria ser penalizado com a morte, a prisão ou açoite.

Na idade média as penas continuaram bastante severas, só passando a diminuir tal severidade a partir do Iluminismo, quando Montesquieu, passou a reconhecer a necessidade da tolerância do erro médico, pois começou a perceber imperfeição da ciência.

No Brasil, a história da medicina é dividida em três fases, a primeira é a pré-científica, a segunda é a fase de transição e a última é a fase positiva que dura até os dias atuais. Porém, sobre o erro médico no Brasil, não se sabe quando ocorreram as primeiras ações judiciais, mas sabe-se que sua expansão ocorreu após a Constituição de 1988.

Sobre a história da medicina no Brasil, Luiz Augusto Coutinho leciona:

(...) história da medicina no Brasil, que se divide em três períodos: fase pré-científica -(dos primórdios da colonização até a vida da família real) – momento de exercício indiscriminado da arte curativa; fase de transição (inicia-se em 1808 com a chegada de D. João ao Brasil e coincide com a criação do 1º curso de medicina do Brasil, durando um breve espaço até 1841, com a criação do hospital de doentes mentais do Rio de Janeiro); e finalmente a fase positiva que se caracteriza pela adoção do conhecimento científico e sistematizado que perdura até os nossos dias, não existindo dados seguros das primeiras ações judiciais por erro médico, contudo, seguramente sua expansão ocorre em momento posterior à promulgação da Carta Constitucional de 1988. (COUTINHO, 2006, p.24)

Ainda sobre a análise da responsabilidade do erro médico, foi na França durante o século XIX que a doutrina sobre esse tema começou a ter força, principalmente devida a grande atuação do Procurador M. Dupin, como discorre Coutinho:

Daí em diante, a jurisprudência francesa de 1832 passa a analisar juridicamente essa responsabilidade penal do médico, sendo de fundamental importância a atuação do Procurador M. Dupin, o qual doutrinou com mestria sobre o tema em questão. Dá a pujança do seu pensamento ainda nos dias atuais como se deduz do seguinte:

(...) do momento em que houve a negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de u médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houver de sua parte intenção culposa. (COUTINHO, 2006, p. 25)

Diante do exposto, pode-se observar que o erro médico e suas sanções são disciplinados desde os primeiros livros sagrados como também das constituições mais antigas, ou seja, desde o início da prática da medicina, passando por toda história da humanidade, porém ainda é importante saber sobre sua conjuntura nos dias atuais.

2.2 CONCEITO

O Erro Médico é uma falha do profissional da medicina no exercício de sua profissão gerando assim, um mau resultado, capaz de produzir um dano à vida ou agravo à saúde do paciente, tal conduta poderá ter ocorrido mediante imperícia, imprudência ou negligência. Para que ocorra o erro médico é necessário que ocorra um dano ou um agravo a saúde de uma terceira pessoa.

A natureza do contrato entre o Médico e o Paciente é de meio e não de fim, dessa forma, o médico fica obrigado a cuidar dele, mas não curá-lo, mas ao cuidar do paciente é necessário que faça com os meios adequados e com o melhor que a medicina atual pode oferecer.

Porém, se o médico agiu de forma adequada e mesmo assim o paciente não conseguiu se curar, o insucesso das medidas tomadas pelo médico não podem se caracterizar erro médico, pois o Código de Ética Médica deixa claro que atos que ter sido praticados com culpa, ou seja, de forma imprudente, negligente ou com imperícia como elucida o seu artigo 1º: “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.”.

O Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina também conceitua erro médico:

“a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo”.

2.3 FATORES QUE INFLUENCIAM NA CONFIGURAÇÃO DO ERRO MÉDICO

É impossível falar de erro médico sem mencionar algumas causas que levam ao seu acontecimento. Como, por exemplo, alguns fatores de risco que podem ocasionar a lesão, são os fatores de risco:

1. A má formação médica pelas universidades do país, que são inapropriadas e deficientes por falta de recursos. Ou a acomodação dos profissionais em não quererem se especializar ou atualizar.
2. Com a vida capitalista, os médicos estão cada vez mais vendo seus pacientes como simples forma de ganhar de dinheiro, sem se lembrar de colocar em prática o juramento feito no ato do recebimento do diploma.
3. Os salários abaixo da média dado aos médicos que trabalham na rede pública.
4. A falta de condições dos hospitais públicos, como falta de equipamentos ou o grande número de paciente para serem atendidos.
5. A falta do comprometimento do médico com sua profissão.
6. Uma fiscalização frágil por parte da entidade de classe em relação ao exercício do profissional da medicina.
7. A falta de capacitação médica na utilização de novos recursos tecnológicos.

Esses são alguns fatores que podem acarretar o erro médico, porém sob a análise de sua responsabilidade é necessário observar se o fator que ocasionou a lesão foi meramente negligente, imprudente ou por imperícia, ou, se existiu outros fatores que não somente a culpa do médico.

As condutas praticadas por médico que já possuem mais de 10 anos de experiência; tem múltiplas funções; caem na falsa segurança criada pela experiência e não valorizam a formação continuada e se afastam dela também influencia para a grande incidência de erro médico, também são considerados fatores de risco para o acontecimento do erro médico.

Pois são estes os médicos os que mais são alvos de acusação como afirma o Professor Duarte Nuno Vieira, do Instituto Nacional de Medicina Legal de Portugal, em 04.10.2003, no IPO do Porto, quando realizou o 2º Colóquio do Jornal Eletrónico **O papel do Médico**, citado por Luiz Augusto Coutinho em sua obra. (COUTINHO, 2006, p.34)

2.4 RESPONSABILIDADE LEGAL DO ERRO MÉDICO

O médico que agir de forma imprudente, negligente ou com imperícia causando dano a vida ou saúde de outrem, deverá ser responsabilizado. Esta responsabilidade poderá ser ética, civil ou penal.

A responsabilidade ética será feita pelos Conselhos de Medicina (regulamentados pelo Dec. nº 44.045/58). Estes Conselhos seguem as normas contidas no Código de Processual Ético Profissional.

Após a denúncia ser feita ao Conselho Regional o qual o médico está inscrito é garantido ao mesmo o contraditório e ampla defesa, porém se o médico for declarado culpado sofrerá algumas das penalidades contidas no art. 17 do Dec. nº 44.045/58:

Art. 17º - As penas disciplinares aplicáveis aos infratores da ética profissional 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
- e) cassação do exercício profissional.

A responsabilidade civil é feita na esfera civil, sendo que esta é mais restrita só alcançando o paciente e sua família. A sanção tem natureza patrimonial, ou seja, indenizatória. Sendo esta a esfera do direito mais procurada pelas vítimas do erro médico.

A responsabilidade penal, que é a estudada no presente trabalho, acontece quando o dano causado tem uma grande repercussão ou gravidade, que ultrapassa o da vontade do paciente ou da sua família, interessando também ao Estado.

Para que ocorram essas responsabilidades é necessário que haja um nexo de causalidade entre a ação do médico e o resultado ocasionado, pois caso não for comprovado o médico não poderá sofrer qualquer sanção.

2.5 RESPONSABILIDADE PENAL DO ERRO MÉDICO

Como já foi citado, para que aconteça a responsabilidade penal é necessário que exista o nexo de causalidade entre a ação e resultado, entretanto, também é preciso que a conduta esteja expressa no tipo penal, pois se não o erro cometido pelo médico só poderá ter uma responsabilidade civil ou ética, mas nunca criminal.

Para que se configure crime, o erro médico terá que se enquadrar na teoria finalista, a qual diz que o crime deverá ser um fato típico, antijurídico e culpável, como já foi disciplinado anteriormente.

Dessa forma, para que o erro médico se ajuste ao fato típico é necessário que o mesmo seja proveniente de uma conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, que esta gere um resultado e que entre eles haja um nexo de causalidade, e ainda é preciso que essa conduta se enquadre perfeitamente em um tipo penal incriminador.

Os erros médicos mais comuns podem causar lesões corporais como também a morte do paciente, sendo assim, o tipo penal incriminador que se adéqua ao erro médico será dos arts. 129 e 121, § 3º do CP, como se pode verificar a seguir:

Lesão corporal

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

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Art.121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos

Porém, é importante ressaltar que o erro médico doloso é um tanto ilógico, porque se o procedimento adotado pelo médico é executado com a intenção de causar algum dano a vida ou a saúde do doente, esse resultado deixa de ser erro, pois tal palavra significa equivocar-se, enganar-se e não querer.

Sobre esse pensamento Irany Novah Moraes elucida:

(...) do ponto de vista legal, falar em erro doloso é uma contradição em termos. Importa distinguir o seguinte: se o procedimento médico é executado com a intenção de causar dano ao doente, deixa esse resultado de ser erro, v.g., ato culposo, para configurar uma conduta dolosa, sendo, porém, ambos considerados crimes, mas com avaliações, pela Justiça, muito diferente. Afastando as hipóteses de conduta intencional ou, eventualmente, de

comportamento fruto de doença mental ou perturbação da saúde mental, o que ocorre é erro derivado de culpa. (MORAES, 2003, p.438)

Já a antijuridicidade é quando inexistem as causas de excludentes de ilicitude, prevista no art. 23 do CP. Luiz Augusto Coutinho, ainda entende que “a antijuridicidade é um juízo de desvalor que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico.”. (COUTINHO, 2006, p.50) Sendo assim, o médico que ocasionou o erro médico não pode ter agido com essas excludentes.

Para que o erro médico seja culpável, o médico que praticou a conduta lesiva tem que ser imputável, ou seja, capaz de entender o caráter ilícito da conduta; também tinha que saber a potencial consciência da ilicitude e por último, a conduta praticada por ele não poderia ser evitada caracterizando a exigibilidade de conduta adversa.

Em relação a exigibilidade de conduta adversa, o resultado do erro médico é derivado da negligência, imprudência e imperícia e em ambos os casos a o resultado poderia ser evitado, pois são consequência da não observância do dever geral de cuidado. Dessa forma, conclui-se que o erro médico não poderá sem enquadrar nessa característica.

Por fim, a responsabilidade do erro médico no Direito Penal se enquadra na responsabilidade subjetiva, como defende Irany Novah Moraes:

(...) o erro médico enquadra-se, de um lado, no campo da responsabilidade subjetiva, pois corresponde à ação voluntária; de outro, caracteriza sempre a culpa, uma vez que neste campo encaixam-se os comportamentos em que, por omissão ou ação, sendo a ocorrência do resultado danoso previsível, o procedimento não foi acompanhado da observância do dever geral de cuidado que o devia cercar, ainda que a ação praticada pelo agente, e que resultou o dano, não tenha sido dirigida à produção dele. (MORAES, 2003, p.238)

2.5.1 DOGMÁTICA DA CULPA NO ERRO MÉDICO

Como já foi abordado o erro médico só poderá se derivar da culpa, através da negligência, imprudência e imperícia, caracterizando assim o crime culposos, como está descrito no art. 18, II do CP: “Diz-se o crime: culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”.

O crime culposos já foi discutido no capítulo anterior, mas é importante lembrar que o mesmo é composto por alguns elementos: a conduta humana voluntária; inobservância do

dever de cuidado objetivo; o resultado lesivo involuntário, o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; a presivibilidade e a tipicidade.

Na inobservância do dever de cuidado objetivo estão presentes as três modalidades da culpa: a imprudência, negligência e a imperícia.

O erro médico proveniente da imprudência acontece quando o médico age perigosamente, sem precaução, não tomando os devidos cuidados. Um exemplo de imprudência, é quando o médico faz uma intervenção cirúrgica sem os equipamentos necessário para atender uma emergência.

A negligência no erro médico é quando o profissional da medicina não observa os procedimentos que deveriam ser feitos antes da prática de uma conduta, agindo com desleixo, com falta de diligência. Será um exemplo de negligência, o médico que não faz a assepsia das mãos ou equipamentos, fazendo assim, que o paciente contraísse uma infecção e posteriormente vindo a óbito.

Luiz Coutinho ressalta que “a negligência é a forma mais frequente de erro médico no serviço público, quando o profissional, muitas vezes pela sobrecarga de serviços, se esquece do juramento de Hipócrates e trata os pacientes com descaso ou pouco interesse aos deveres e compromissos éticos.” (COUTINHO, 2006, p. 58)

A última modalidade, a imperícia, se caracteriza pela falta de prática ou pela ausência de conhecimentos técnicos na hora do exercício de alguma intervenção médica. A imperícia médica ocorre quando o médico analisa o paciente e se equívoca ao diagnosticar o resultado ou na hora de passar o tratamento adequando, ocasionando óbito do doente.

2.5.2 NATUREZA DA CULPA MÉDICA

A culpa médica tem um tratamento diferenciado no direito penal brasileiro, como se pode observar, se a lesão corporal ou o homicídio ocorrerem decorrente de uma falha profissional será aplicado à causa de aumento de pena previsto no § 7º do art. 129 quando se tratar de lesão corporal ou a do § 4º do art. 121 do CP.

Lesão corporal

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

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 7º - Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

Art.121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Nem todos os eventos envolvendo os médicos são penalmente puníveis, dessa forma, para que o médico seja responsabilizado é necessário que em uma das etapas do serviço médico, como na formulação do diagnóstico, na escolha e na execução do tratamento, o mesmo adote um procedimento culposo. Sobre esse entendimento, Luiz Coutinho esclarece:

Para um procedimento culposo existir podem ocorrer equívocos na formulação 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 sua sanidade ou até para sua vida. (COUTINHO, 2006, p.59)

Durante essas etapas, poderá ocorrer vários tipos de erro médico, como o erro de diagnóstico, o erro grosseiro e o erro de tratamento.

O erro de diagnóstico poderá ocorrer em duas hipóteses, a primeira delas é quando o médico ao analisar os sintomas não tem capacidade de identificar a doença do paciente, a segunda é quando o médico analisa o doente e dá um diagnóstico errado.

Esse erro poderá provir de várias maneiras como a falta de cautela na escolha do diagnóstico, a negligência na hora de analisar o paciente e seus sintomas como, por exemplo, não verificando a temperatura, a pressão, entre outros. E também de uma atitude afoita do médico em diagnosticar sem fazer exames ou esperar o caso clínico evoluir e demonstrar novos sintomas.

Porém, o diagnóstico a primeira análise não gera responsabilidade, pois é uma operação bastante delicada e muitas vezes o médico não tem verdadeiras condições de fazê-lo sem que haja erro, assim, ao se deparar com um este tipo de erro é necessário verificar se o médico agiu com culpa.

Um grande exemplo desse tipo de erro são os diagnósticos de virose dado pelos médicos da urgência dos hospitais, muitas vezes eles não verificam corretamente os sintomas

ou não fazem nenhum exame mais detalhado é já dão esse diagnóstico que em inúmeros casos está errado.

O Erro grosseiro poderá acontecer em várias fases do procedimento médico, como no próprio diagnóstico que geralmente é quando realmente pode-se identificar a culpa do médico, mas também poderá ocorrer na hora de uma intervenção cirúrgica.

Esse erro é tido como imperdoável, porque não se admite que profissional de medicina preparado opere a perna errada, tire o rim bom ao invés do que estava com problema, entre muitos e outros erros.

O último erro é o de tratamento, este erro está correlacionado com tratamento que o médico irá utilizar com o paciente, desde a prescrição de medicamento até a intervenção cirúrgica.

O acontecimento deste erro acontecerá quando o médico, por negligência, imprudência ou imperícia, escolher um tratamento inadequado, como a prescrição de um remédio errado para paciente.

A intervenção cirúrgica escolhida também deve ser adequada e, além disso, o médico, concentrado, capacitado, e preparado para imprevistos que possam acontecer no decorrer da cirurgia.

Luiz Augusto Coutinho defende que para que ocorra a responsabilidade penal nessa hipótese é necessário que o erro seja culpável e que ele seja danoso, pois se faltar qualquer um desses elementos o médico não sofrerá sanção penal. (COUTINHO, 2006, p.65)

É importante lembrar que a responsabilidade do médico não acaba com final da cirurgia, ou seja, é fundamental que o médico acompanhe o paciente no pós-operatório, verificando sua evolução, pois é nesta hora que o paciente se encontra mais fragilizado e necessitando do seu acompanhamento para que sejam evitadas complicações, que podem ocasionar a morte ou sequelas.

3. AS PROVAS NO ERRO MÉDICO E AS SUAS DIFICULDADES

Para que ocorra a instauração de um processo para apuração de erro médico, seja ele civil, ético ou penal, é necessário que o réu e o autor busquem o maior número de provas que demonstrem que o fato alegado por si é verdadeiro, pois a finalidade desse meio é o convencimento do juiz, como pode ser observado no art. 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No processo penal, se a ação deixou vestígios é necessário que seja feito o exame de corpo e de delito, que será feito por um perito oficial, como ressalta os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior

No erro médico a prova pericial é de extrema importância, pois é a partir da avaliação pericial que é possível estabelecer o nexo de causalidade entre a ação e o resultado.

Os responsáveis pela perícia como um todo serão os Peritos Judiciais ou o Assistente Técnico (se autorizado pelo juiz), no erro médico não é diferente, entretanto, é importante que o perito que for analisar o caso seja especialista naquele problema discutido, para não haja interferência na questão, pois como defende Irany Novah Moraes:

(...) só um especialista da matéria, que se mantenha atualizado, pode visualizar eventuais erros e responsabilidades, bem como discutir as medidas tomadas para preveni-los ou corrigi-lo e, assim, negar ou confirmar a existência, bem como estabelecer, como os procedimentos médicos, o nexo de causa e efeito. (MORAES, 2003, p. 459)

Porém, a falta de profissionais especializados nos tribunais brasileiros causa uma dificuldade na comprovação do nexo de causalidade.

Outro problema concorrente é o cooperativismo médico, que devido a um grande protecionismo da classe médica, os mesmos não gostam de elaborar laudo que incriminem seus colegas.

Sobre esse comportamento Irany Novah Moraes ressalta:

É conveniente ressaltar a importância de se dar o adequado valor ao sentimento de proteção mútua, não o deformando com proteção

indiscriminada ao comprovadamente omissa, ao faltosa, ao incompetente, ao negligente. (MORAES, 2003, p. 458)

Dessa forma, a falta de provas que comprovem o erro por falta de peritos especializados ou devido cooperativismo médico dificultam a comprovação da autoria e a materialidade do crime, fazendo assim com que o juiz aplique o princípio do *in dubio pro reo*.

O *in dubio pro reo* é um princípio do Processo Penal que aconselha ao juiz a absorver o réu, se o mesmo tiver dúvida sobre a materialidade do crime ou da autoria da infração, prestigiando também outro princípio o da presunção de inocência, todos são inocentes até que se prove o contrário.

Muitas absolvições acontecem também com base no art.386 do CPP:

Art. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Sobre essa questão é importante analisar alguns julgados:

PENAL. PROCESSUAL. APELAÇÃO. ERRO MÉDICO. LESÃO CORPORAL. NEGLIGÊNCIA EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DECISÃO QUE RECONHECE CONDUTA CULPOSA. AUTORIA INCONFIGURADA. ABSOLVIÇÃO. IMPERATIVIDADE. I - A CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO DECORRENTE DE CONDUTA CULPOSA ESTÁ A EXIGIR, NECESSARIAMENTE, COMPROVAÇÃO TÉCNICO-LEGAL DE AUTORIA CERTA, INSUFICIENTE SENDO, POIS, A SUSTENTAR O EDITO CONDENATÓRIO, A SIMPLES NARRATIVA DOS FATOS. II - SE DO CONJUNTO CIRCUNSTANCIAL PROBATÓRIO CARREADO NÃO RESTAR POR COMPROVADA CONVERGÊNCIA SUFICIENTE E CAPAZ DE POSSIBILITAR NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO ACUSADO E O RESULTADO VERIFICADO, SOBRETUDO DE FORMA CLARA, OBJETIVA E EXTREME DE DÚVIDAS, A ABSOLVIÇÃO É DE SE IMPOR EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INTELIGÊNCIA DO INCISO VI, DO ART. 386, DO CPP. III - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA ABSOLVER A RÉ, POR INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE A SUSTENTAR CONDENAÇÃO. UNANIMIDADE. (Apelação Criminal nº

106662002, 1º Câmara Criminal do TJMA, Rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo, DJ: 23.12.2002)

EMENTA: HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. CULPA NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE SEGURO NEXO CAUSAL ENTRE O IMPUTADO AGIR CULPOSO DA RÉ E A MORTE DA VÍTIMA. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. PROVA INSUFICIENTE. 2. PROVA. CPP-386 INC-IV. INTERPRETAÇÃO. JULGADORA DE 1º GRAU: DANIELA FERRARI (Apelação Criminal nº 70012030441, 1º Câmara Criminal do TJRS, Rel. Marcel Esquivel Hoppe, DJ: 05.10.2005)

Diante do exposto, verifica-se a ausência de punibilidade os profissionais de medicina que agiram de forma negligente, imprudente e com imperícia, fazendo assim, com que a leiga sociedade fique exposta ao perigo de serem vítimas de futuros erro.

CONCLUSÃO

No decurso deste trabalho, pretendeu-se demonstrar a responsabilidade penal com relação aos casos de erro médico, devido a negligência, imprudência e imperícia, e também evidenciar um dos seus problemas quanto a sua responsabilização.

O estudo da responsabilidade penal do erro médico é importante, pois visa esclarecer quando o médico pode ser responsabilizado e acima de tudo que ele pode sim ser responsabilizado na seara penal, já que muitas pessoas não tem conhecimento desta responsabilização e só procuram a seara civil, por ser esta a área que mais tem esclarecimentos pelos doutrinadores e juristas.

Poucos são os doutrinadores e juristas que se especializam na seara penal, isso pode ser verificado quando se busca livro ou artigo que falam sobre este tema, enquanto a responsabilidade civil há um maior esclarecimento, devido a grande parte de livros e artigos, ocasionando assim, a maior incidência de casos na justiça civil.

Mas quando justiça criminal é acionada, embora com menor incidência, surge outro problema que é a comprovação da negligência, imprudência e imperícia por parte do médico.

A comprovação do nexo de causalidade entre a ação e o resultado está nas provas, só que muitas vezes a vítima não consegue obtê-las, fazendo assim, com que os médicos sejam absorvidos por falta de prova.

Uma das provas que mais tem problemas é a prova pericial que é feita pelo perito judicial, o problema ocorre quando o médico não é especializado para analisar aquele caso específico de erro médico.

É importante ressaltar que a prova pericial também sofre com o grande cooperativismo médico, que é a proteção entre os médicos, só que isso faz com que a classe médica se nivele por baixo, pois são coniventes com crime cometidos por eles.

Uma forma de solucionar o problema que ocorre com a prova pericial é contratando peritos especializados para que eles possam analisar o caso de forma mais precisa e que os mesmo utilizassem uma linguagem mais acessível e como menos termos técnicos para melhor entendimento dos juízes e promotores.

Em relação ao cooperativismo médico é bastante complicado quebrar essa proteção mútua, é tanto que mesmo o art. 342 do Código Penal impor uma pena de reclusão de um a três anos e multa para o perito que fizer laudo falso, como está disposto a seguir:

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 um a três anos, e multa

Os médicos continuam a se proteger, pois sabem que é muito difícil para o juiz identificar que tal laudo foge da verdade dos fatos. Sendo assim, o juiz terá que utilizar do seu senso de justiça para todas as provas minuciosamente e não somente priorizar a perícia devido ao grande número de casos de cooperativismo.

Diante do exposto, a pesquisa elaborada não aponta uma solução definitiva, mas indica alguns mecanismos para se encontrar uma melhor forma de garantir e proteger os direitos dos pacientes.

Conclui-se assim, que o erro médico é um grande problema na área da saúde, assim, necessita de uma atenção maior do que é geralmente dada, para soluções dos conflitos entre ao médico errôneo e a responsabilidade penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120)**. 15ª ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1931 de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 2010. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>

COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade Penal do Médico - Teoria, Jurisprudência, Prática**. 1ªed. São Paulo: Juruá: 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A perícia do erro médico**. Disponível em: <http://www.erromedico.org/genival_pericia.htm> Acesso em: 12 Jul. 2012

GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro Médico: Reflexões**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342> Acesso em: 10 Jul. 2012

GONÇALVES, Flávia Rigoni. **Responsabilidade Criminal na Atividade Médica**. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), 2006.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. 4ªed. Niterói: Impetus: 2010.

MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1867/responsabilidade-civil-dos-medicos#ixzz20BjY0sfk>> Acesso em: 10 Jul. 2012.

MENDES, Nelson Figueiredo. **Responsabilidade Ética, Civil e Penal do Médico**. 1ªed. São Paulo: Savier: 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral; arts. 1º a 120 do CP**. 24ªed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9º Ed. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. APR. nº. 106662002. Relator: Des. Antonio Fernando Bayma Araujo. Publicado no DJ de 23/12/2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. APR. nº. 70012030441. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Publicado no DJ de 05/10/2005.