

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

RUBIA COUTO DE OLIVERIA

ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

SÃO PAULO

2020

RUBIA COUTO DE OLIVERIA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR(A): Prof<sup>ª</sup>. LIA FELBERG

SÃO PAULO

2020

RUBIA COUTO DE OLIVERIA

ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu fiel ajudador que não me deixa desistir e me deu forças para prosseguir em meus estudos e obter mais uma conquista.

Agradeço minha mãe Rute, por todo amor e apoio prestado na minha caminhada. Graças a ela, hoje realizo meu sonho de concluir minha faculdade.

Agradeço o meu amor, família e amigos por todo carinho e apoio prestados para conclusão de mais esta etapa da minha vida.

A minha orientadora, Professora Lia Felberg agradeço a dedicação e auxílios dispensados.

“Grandes coisas fez o Senhor por nós, e por isso estamos alegres” (Salmos 126:3)

## **RESUMO**

O presente trabalho analisou a eventual responsabilidade penal do médico em casos que o profissional comete erro na prática da sua função, ficando assim sujeito às sanções previstas no Código Penal Brasileiro. Ao cometer esses erros, o profissional será penalizado na sua generalidade na modalidade culposa. Sendo caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência mencionadas no texto do art.18, inc. II do Código Penal Brasileiro. Excepcionalmente, o médico pode ser penalizado na modalidade dolosa, quando há um direcionamento na sua conduta. Para a ilustração do tema foi feita uma pesquisa, a fim de demonstrar como são tratados os erros médicos, na prática, por parte da vítimas. Ainda, para o entendimento do tema a presente monografia se reporta a um breve histórico da medicina e o direito; as espécies de responsabilidades por erro médico; a estrutura do direito penal; e a criminalização por erro médico.

**PALAVRAS CHAVES:** Erro médico; Responsabilidade Penal; Culpa.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. DA MEDICINA E O DIREITO</b> .....	8
1.1. Aspectos históricos .....	8
1.2. O código de ética médica .....	9
1.3. Do conselho federal de medicina .....	10
<b>2. DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES POR ERRO MÉDICO</b> .....	13
2.1. Responsabilidade civil .....	13
2.2. A teoria da culpa .....	15
2.3. A Teoria do risco .....	16
<b>3. A ESTRUTURA DO CRIME NO DIREITO PENAL</b> .....	17
3.1. Direito penal .....	17
3.2. Do crime.....	17
3.3. Da conduta .....	18
3.4. Do dolo e da culpa.....	19
3.5. Da tipicidade.....	20
3.6. Da antijuricidade .....	21
3.7. Da culpabilidade.....	22
3.8. Dos crimes próprios do médico.....	23
<b>4. DA CRIMINALIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO</b> .....	29
4.1. Conceito .....	29
4.2. Dos deveres do médico .....	31
4.3. Responsabilidade penal médica .....	34
4.4. Erro médico: crime culposo ou doloso .....	36
4.5. Pesquisas supostas vítimas: de erro médico .....	38
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	43
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	45

## INTRODUÇÃO

Apesar de todos os avanços da medicina, o erro médico ainda é um ponto sensível que ameaça os profissionais da saúde.

O erro médico pode ser definido como uma falha na relação de prestação de serviço médico-paciente, ou ainda, segundo o Conselho Federal de Medicina, erro médico é:

[...] é o dano provocado no paciente pela ação ou omissão do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. [...] é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem (CRM, 2009).

De acordo com o Tribunal de Justiça de São Paulo, as ações judiciais sobre erro médico aumentaram cinco vezes nos últimos 3 anos. Só no ano de 2019, foram registradas 2.080 enquanto, em 2016, este registro foi de 376 ações. São cerca de 6.000 ações que pleiteiam por indenizações sob alegação de erro médico nos últimos anos.

O presente trabalho tem por objetivo apontar as responsabilidades do erro médico no campo penal. O estudo aborda as consequências penais resultantes do erro, analisando as particularidades dos crimes em que o médico responde por culpa e dos crimes que ele responde por dolo.

O primeiro tópico deste estudo versa sobre o aspecto histórico da medicina e do direito, abordando-se o Código de Ética Médica, crimes que só podem ser cometidos por médicos, a relação médico-paciente e o processo administrativo ético-disciplinar contra médico.

O segundo tópico aborda as espécies de responsabilidade por erro médico no aspecto civil, as teorias de risco e culpa, os deveres do médico e a obrigação de reparar o paciente.

Por fim, o terceiro tópico aborda sobre a criminalização por erro médico, a responsabilidade na modalidade penal sobre o erro culposo e doloso e ainda traz o resultado da pesquisa de campo qualitativa, feita com pessoas que sofreram algum tipo de erro médico, não entraram com uma ação judicial e os motivos que as levaram a não procura do amparo legal.

## 1. DA MEDICINA E O DIREITO

### 1.1 Aspectos históricos

A medicina surgiu há milhares de anos no Egito, porém só foi desenvolver-se na Grécia antiga e refere-se à arte de curar. Por ter surgido em uma época muito religiosa, a medicina estava ligada a rituais e magias. Dessa forma os pajés, curandeiros, feiticeiros e sacerdotes desempenhavam a função do médico.

Com o aperfeiçoamento da Medicina na época, a Grécia tornou-se referência no assunto com a contribuição do mestre Hipócrates, o pai da medicina ocidental, responsável por construir bases da ética médica e princípios de conduta e ação na área, e realizar o primeiro tratado de saúde pública no mundo.

As sanções penais sobre imperícia médica também surgem nos primórdios da medicina, o Código de Hamurabi (2400 a.C.), que foi o primeiro instrumento normativo a prever tais sanções para a relação médico-paciente. No artigo 218, diz: “O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço” (Código de Hamurabi, 2.400 a.C.).

Para o referido código, bastava a participação do médico para comprovar sua culpabilidade.

Nos dias atuais, o erro médico é caracterizado toda vez que ocorre um ato ilícito praticado pelo profissional no exercício da sua função. De acordo o Conselho Federal de Medicina (CFM), esse erro é: “O dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo” (MOREIRA, 2018).

Já o Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina do Estado de Santa Catarina, o define como:

Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso danoso imposto ao paciente 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 (GRISARD, 2013).

Na visão de Genival Veloso França: “Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem,



caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência” (FRANÇA, 2003, p. 29.)

## **1.2 O Código de Ética Médica**

O Código de Ética Médica estabelece os princípios da prática da medicina, além de regular as relações do médico com o paciente, com outro médico, com as instituições de saúde e estabelecer os sigilos da profissão e suas responsabilidades. Esse dispositivo é um dos pilares que norteia a prática da medicina, sendo o responsável pelo respeito aos direitos do médico e paciente, provendo o bem estar social. O CEM determina uma série de regras de total valia para o exercício da profissão, trazendo assim uma segurança e qualidade para o profissional. Os temas abordados no CEM vão desde da atuação médica até as pesquisas científicas, tornando-se um documento completo que protege os doentes e os profissionais. O item mais importante regulado no código é o respeito absoluto ao ser humano, sendo impedido ao médico de realizar qualquer procedimento sem autorização do paciente.

Tal como na Constituição Federal/88, o Código de Ética Médica tem como um dos princípios basilares a dignidade humana, por isso, para cumprí-los, o médico deve exercer suas funções em conformidade com os dispositivos do código, só assim será possível laborar com dignidade humana.

A partir dessa ideia, o médico que se recusa a exercer sua função em concordância com o CEM põe em xeque toda sua formação, que foi pautada em juramentos que preveem o exercício baseado no princípio da dignidade humana.

O primeiro Código de Ética Médica, resolução CFM nº 1.246/88, feito no Brasil teve como influência o código americano e foi lançado em 1988, passando por revisões em 2010. De acordo ele, para descaracterizar o erro médico é fundamental o livre consentimento do paciente, por isso é dever do profissional passar ao doente as informações corretas sobre o diagnóstico, prognóstico, riscos e tratamento, conforme artigo 88 do Código de Ética Médica:

“Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros” (CRM, 2009).

Em sua obra, João Monteiro de Castro expõe quais são os três limites para ater o direito do paciente saber a verdade, que são eles:

1) A sua fragilidade, pois a revelação do diagnóstico e prognóstico pode agravar-lhe seriamente o estado de saúde. Então, um dos limites do direito à verdade devida ao doente é sua capacidade de sabê-la, sem maior prejuízo; 2) A sua inépcia para compreender o diagnóstico; e 3) A sua recusa voluntária, manifestada de forma suficiente clara, quando da celebração do contrato com o médico, em saber a verdade (CASTRO, 2005, p. 99).

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), dispõe que devem ser observados os seguintes direitos do paciente:

O paciente deve receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre hipóteses diagnósticas; diagnósticos realizados; exames solicitados; ações terapêuticas, riscos, benefícios e inconvenientes das medidas propostas e duração prevista do tratamento. No caso de procedimentos diagnósticos e terapêuticos invasivos, deve ser informado da necessidade ou não de anestesia; o tipo de anestesia aplicada; o instrumental a ser utilizado; as partes do corpo afetadas; os exames e as condutas a que será submetido; a finalidade dos materiais coletados no exame; as alternativas, de diagnósticos e terapia existentes, no serviço onde está sendo realizado ou em outros serviços, além do que mais julgar necessário (CREMESP, 2011).

### **1.3 Do Conselho Federal de Medicina**

O decreto-lei nº 7.955 instituiu a criação da autarquia federal e regional do Conselho de Medicina, sendo consolidados em 1957 através da lei nº 3.268. Por serem uma autarquia, ambos possuem autonomia técnica, funcional, administrativa e financeira, sem qualquer vínculo hierárquico com os órgãos da administração pública. Além dos poderes para regulamentar, fiscalizar, disciplinar e aplicar sanções previstas no Código de Ética Médica nos profissionais da medicina. O Conselho atua para reforçar a boa prática médica, o exercício da profissão de forma ética, para garantir um serviço de qualidade para a população.

Inicialmente, sua competência era limitada em registrar os profissionais da área e aplicar as sanções previstas no CEM; com o passar dos anos, o CFM passou a atuar em defesa da saúde da população e dos interesses da classe.

Os conselhos regionais também funcionam como tribunais e neles são realizados os ritos administrativos, tais como: a instauração de processos ético-profissionais após evidências de infração ética e também apreciam as denúncias apresentadas contra os médicos no Conselho. Esses processos são regidos pelo Código de Processo Ético-Profissional, que estabeleceu as normas processuais, instauração de sindicâncias, processos ético-profissionais e o rito dos julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

Conforme previsão legal:

Art. 1º A sindicância e o processo ético-profissional (PEP) nos Conselhos Regionais de Medicina (CRM) e no Conselho Federal de Medicina (CFM) serão regidos por este Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) e tramitarão em sigilo processual.

Parágrafo único. As sanções confidenciais, previstas no art. 22, letras “a” e “b” da Lei nº 3.268/1957, não poderão ser tornadas públicas, mesmo após a conclusão definitiva do PEP.

Art. 2º A competência para apreciar e julgar infrações éticas é do CRM em que o médico esteja inscrito ao tempo da ocorrência do fato punível.

Parágrafo único. A competência para instaurar sindicância, analisar seu relatório e, se for o caso, instaurar o PEP e sua instrução é do CRM onde o fato punível ocorreu, ainda que o médico não possua inscrição na respectiva circunscrição; ou, tendo sido inscrito, já tenha sido transferido para a circunscrição de outro CRM.

Art. 3º A apreciação de sindicância ou o julgamento do PEP poderá ser desaforada por decisão fundamentada da plenária ou da câmara respectiva, com a remessa dos autos ao Conselho Federal de Medicina.

Comprovada a falha do médico nos casos acima, poderão ser aplicadas as sanções previstas na lei nº 3.268/57, no artigo 22, que são:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional por até 30 (trinta) dias;

Das decisões proferidas nos Conselhos Regionais, cabe recurso ao Conselho Federal, onde a decisão será revista por um corpo de Conselheiros, eleitos por seus pares para mandato sem qualquer remuneração. Conforme artigo 94 e 117 do Código de Processo Ético-Profissional:

Art. 94. Caberá recurso administrativo, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da juntada do comprovante de intimação da decisão nos autos:

I – à câmara de sindicância do CFM contra o arquivamento de sindicância no âmbito do CRM;

II – ao pleno do CRM, de ofício e/ou voluntário, da decisão proferida por sua câmara que aplicar a pena de letra “e” do art. 22, da Lei nº 3.268/1957;

III – à câmara do CFM contra a decisão proferida no PEP pelo CRM que absolver ou que aplicar as penas de letras “a”, “b”, “c” ou “d”, do art. 22, da Lei nº 3.268/1957;

IV – da decisão tomada pela maioria da câmara do CFM, caberá recurso ao pleno do CFM.

V- ao pleno do CFM, de ofício e/ou voluntário, da decisão proferida no PEP pelo pleno CRM; ou por câmara do CFM, que aplicar a pena de letra “e” do art. 22, da Lei nº 3.268/1957;

Art. 117. Caberá a revisão da decisão condenatória, pelo CFM, a qualquer tempo, a partir de sua publicação.

§ 1º A revisão da decisão transitada em julgado será admitida quando forem apresentadas novas provas que possam inocentar o médico condenado, ou ficar demonstrada que a condenação foi baseada em prova falsa.

§ 2º O pedido de revisão deve ser instruído com todos os elementos de prova necessários ao deslinde do feito.

Por fim, o artigo 5º prevê que os processos e julgamentos que ocorrem nos conselhos são independentes, por isso não estão necessariamente vinculados a processos judiciais.

“Art. 5º O processo e julgamento das infrações às disposições previstas no Código de Ética Médica (CEM) são independentes, não estando em regra, vinculado ao processo e julgamento da questão criminal ou cível sobre os mesmos fatos” (CPEP -2016).

Este primeiro capítulo buscou tratar sobre os aspectos históricos da medicina e o direito, trazendo conceitos que terão grande relevância para a abordagem do próximo capítulo, que tratará sobre as espécies de responsabilidades por erro médico.

## **2. DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES POR ERRO MÉDICO**

### **2.1 Responsabilidade civil**

O conceito clássico de responsabilidade civil vem do Direito Romano e está baseado no conceito de culpa, pois a ideia era punir quem causasse dano. No panorama da responsabilidade civil atual, ela sofreu uma modificação de perspectiva. Antes, havia uma intenção punitiva na responsabilidade civil. Hoje, o enfoque deixou de ser sancionador da culpa, passando pela ideia de evitar que alguém tenha um prejuízo injusto ou injustificado. A responsabilidade civil médica é uma intercorrência da responsabilidade civil, com a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do consumidor.

Existem 4 requisitos fundamentais para verificar se há responsabilidade civil: ação (comissiva ou omissiva), dano (dano moral, dano emergente, cessantes), perda de uma chance e nexo de causalidade, os quais sempre estarão presentes.

O último requisito é um requisito variável, ou seja, não é o mesmo. A Lei é que dirá qual é o requisito e qual é o elemento objetivo que se pode utilizar naquele caso.

Por isso se presente os 4 requisitos fundamentais na conduta que originou o erro médico, será passível de que o causador (médico) tenha que reparar o dano causado à vítima (paciente) e aplicar a responsabilidade civil.

É preciso distinguir entre responsabilidade penal e responsabilidade civil. Na penal, há o objetivo de punir condutas sociais indesejáveis e, na civil, o objetivo é a reparação do dano injusto causado.

O enquadramento de um fato na responsabilidade penal já está previsto em lei, diferente do enquadramento na responsabilidade civil, em que não há um enquadramento típico, são as circunstâncias em aberto que enquadrarão o fato à responsabilidade civil.

A responsabilidade civil médica é uma intercorrência da responsabilidade civil, com a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do consumidor.

Os médicos são profissionais liberais, por isso, para essa classe, há responsabilidade subjetiva, onde o dever de indenizar surge apenas se comprovada a culpa no exercício da sua atividade profissional. O ato deverá ser cometido com imprudência, negligência ou imperícia.

A responsabilidade civil decorre da violação de um dever legal que pode estar antecipado contratualmente e que está previsto no artigo 389 do Código Civil, ou extracontratual, que está previsto no artigo 156 do Código Civil. Quando se aponta a responsabilidade contratual, entende-se que há um dever estabelecido em um campo definido e limitado onde ocorre o seu descumprimento. Já os extracontratuais são aqueles que não derivam de contratos, mas sim do vínculo jurídico entre a vítima e o agente causador do dano, nesse caso deve ser infringido.

Contudo, para configurar a responsabilidade nas espécies acima, será necessário a aparição de três condições: a primeira é o dano, a segunda é o descumprimento do dever jurídico ou contratual e a terceira é o nexos de causalidade.

Quando se cita a natureza contratual da responsabilidade do médico é importante lembrar “Responsabilidade Civil do Médico”, escrito por Fabrício *Zamproga Matielo*, que diz:

Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida (1995, p. 42).

Pontes de Miranda fez os seguintes apontamentos em seu livro *Tratado de Direito Privado*: “A responsabilidade dos médicos e cirurgiões é contratual” (1966, p. 439).

Concluindo com a observação feita por Carlos Ferreira de Almeida, no livro *Os Contratos de Prestação de Serviços médicos no Direito Civil Português*:

As chamadas “marcações” de consultas e de análises, feitas pessoalmente ou pelo telefone, pelo doente ou por seu representante perante empregado do médico ou da clínica, envolvem, portanto, celebração de um contrato que, ficando desde logo concluído, obriga ambas as partes (1995, p. 14).

Dessa forma, entende-se, que o médico, ao realizar um contrato com o paciente, incumbe-se da obrigação de meio e todo resultado, devendo atuar de acordo com as regras e métodos de sua profissão.

Para fechar o tema, Fabrício *Zamproga Matielo*, na mesma obra já citada, fez as seguintes considerações:

Essa espécie de contratação não encontra espaço particular na legislação nacional ou como previsão consagrada pela autonomia, sendo, então, figura atípica, inominada, mas nem por isso com menor tutela jurídica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço

e condições de pagamento. A forma, como visto, é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes. Por objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou a administração desse ou daquele medicamento, mas a atividade médica globalmente considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessários e estiverem razoavelmente disponíveis (1995, p. 46).

Um ponto a se discutir é que o médico, civil ou criminalmente, não é necessariamente responsável pela morte de um paciente durante sua atuação. Para que isso ocorra, é imprescindível que haja uma prova concreta de que o médico tenha agido em desconformidade com os ensinamentos da medicina e, a partir disto, será possível avaliar se houve culpa na sua conduta e se ela é passível de punição civil ou criminal. É importante lembrar que o médico pode ser punido na esfera civil e não ser punido na esfera penal por falta de motivos.

## **2.2 A Teoria da Culpa**

A responsabilidade civil funda-se no elemento culpa, que se trata de um requisito variável, por isso a negligência, imprudência ou imperícia são consideradas elementos da variável culpa, sendo a negligência o centro da culpa; a imperícia a ação praticada por quem não tem a capacitação técnica exigida; e a imprudência é o caso onde se deixa de evitar algum prejuízo que se sabia que poderia acontecer.

Na negligência, não há uma tomada de atitude para determinada situação. O agente nesse caso, age com desatenção ou descuido, deixando de tomar as medidas necessárias para prevenir a situação. Aqui, ocorre a inobservância do dever de tomar as precauções necessárias em um determinado procedimento.

Na imprudência, ocorre uma ação precipitada imprudente, o agente tem uma ação, porém seu resultado é diverso do esperado. Fica evidente a falta de previdência, pois o resultado deveria ter sido previsto.

Na imperícia, é identificado no agente sua inaptidão, ou seja, falta de conhecimento para realizar aquela ação. Um exemplo seriam os casos em que médicos sem especialização em cirurgia plástica realizam as cirurgias no paciente e causam deformidades. Nota-se a falta técnica para realização do ato.

Outro elemento importante para a identificação da culpa é a previsibilidade. Ou seja, a culpa decorre do fato de se saber que o comportamento adotado poderia ter como resultado o que ocorreu. Quem prevê tem discernimento para compreender os fatos da realidade, bem como

o efeito de sua conduta. Por isso, quando se fala de culpa, fala-se da responsabilidade subjetiva.

Explica José de Aguiar Dias:

A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por VON IHERING, na fórmula “sem culpa, nenhuma reparação”, satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insígnies aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma (DIAS, 2006, p. 16).

### **2.3 Teoria do Risco**

O risco é aquele que causa uma maior perspectiva de suportar danos. Esta é uma possibilidade que pode ser de um dano físico ou meramente patrimonial. A teoria do risco pode ser definida como a do risco criado e a do risco proveito. A teoria do risco criado é a de que basta criar o risco que a associação irá responder por eventuais danos. Já na teoria do risco proveito, este é criado para tirar proveito, ou seja, visando o lucro.

Esse legislador adotou a teoria do risco criado, como se pode ver no artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Ao explicar a teoria do risco, Rui Stoco observa que “a doutrina objetiva encontra maior supedâneo na doutrina do risco” (2004).

Este segundo capítulo buscou tratar sobre as espécies de responsabilidade em relação ao erro médico. Abordando conceitos para elucidar a temática erro médico. O próximo capítulo, irá realizar uma introdução ao direito penal.



### **3. A ESTRUTURA DO CRIME NO DIREITO PENAL**

#### **3.1 Direito Penal**

O Direito Penal é o ramo do direito que protege os bens jurídicos individuais relevantes, além de aplicar sanções para comportamentos reprováveis para o convívio em sociedade, e as definições dos que são comportamentos reprováveis previstos no Código Penal. Conforme discorre Cezar Roberto Bitencourt em seu livro “Tratado de Direito Penal: Parte Geral”:

O Direito Penal apresenta, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes- penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça (2012, p. 57).

Rogério Greco ensina que o direito penal: “...depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal” (2016, p. 102).

#### **3.2 Do Crime**

O Código Penal não definiu o conceito de crime. Sendo assim, a doutrina deve desempenhar esse papel, chegando em três definições para crime, que são: material, formal e analítico.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou como definição de crime o conceito analítico. Esta linha apresenta que, para ser crime, o fato dever típico, antijurídico e culpável, sendo assim chega-se ao conceito tripartido do crime.

Luiz Regis Prado conceitua:

Decompõe-se o delito em suas partes constitutivas, estruturadas axiologicamente em uma relação lógica (análise lógico-abstrata). A questão aqui é metodológica: emprega-se o método analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes. Assim concebido, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável (2008, p. 241).

Guilherme de Souza Nucci ensina que o conceito analítico:

É a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. Na realidade, é o conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência. Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (2011, p. 188).

### 3.3 Da Conduta

A conduta são as ações voluntárias coordenadas para uma finalidade, definida antecipadamente pelo agente. Dessa forma, a conduta define os comportamentos das pessoas no seu meio em busca de um resultado já arquitetado.

Fernando Capez, no Curso de Direito Penal, define: “conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime” (2007, p. 117).

Existem três grandes teorias sobre a conduta, que são: teoria naturalística, teoria social e teoria finalista.

Na teoria naturalística, a conduta do agente é classificada como algo voluntário, ou seja, algo natural e essa ação natural modifica o mundo em sua volta. Segundo Franz Von Liszt em seu Tratado de Direito Penal Alemão:

[...] ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível a vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: cogitationis poenam nemo patitur. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado (1899, p. 193).

A mudança do mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos resultado da comissão ou omissão. Como toda mudança do mundo exterior acarreta consigo outras mudanças, deve-se distinguir entre o resultado próximo e o remoto. Para saber se qual o resultado que deva ser tomado em consideração, porque a ele se refere a cominação penal cumpre consultar as definições do Código Penal. Para a idéia do homicídio em direito penal somente tem importância a morte da vítima, e não o ferimento mortal, nem também aos efeitos quicá muito extensos que da morte resultem para a família do morto (1899, p. 194, 195).

A ideia é reforçada por Rogério Greco no Curso de Direito Penal:

Quanto a concepção causalista, devemos analisar o conceito de ação em dois momentos diferentes. O primeiro, proposto inicialmente pela teoria clássica, no sistema causal-naturalista criado por Liszt e Beling, diz ser a ação o movimento humano voluntário produtor de uma modificação no mundo exterior. Ainda de acordo com a concepção causalista mas agora em um momento posterior, segundo a teoria neoclássica, a ação nas lições de Paz Aguado, deixa de ser absolutamente natural para estar inspirada de um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como a omissão. Agora a ação se define como o comportamento humano voluntário manifestado no mundo exterior (2008, p.148).

Na teoria social, a conduta do agente é dominada pela vontade e, nessa teoria, toda ação humana social é relevante juridicamente.

Em primeiro lugar, ela não deixa de ser causal, merecendo os mesmos reparos que a doutrina fez à teoria mecanicista: não resolve satisfatoriamente o problema da tentativa e do crime omissivo. Por outro lado, se a ação é a causação de um resultado socialmente importante, como se define a conduta nos crimes de mero comportamento?

Essa teoria, como a causal propriamente dita, dá muita importância ao desvalor do resultado, quando o que importa é o desvalor da conduta. Se a ação é a causação de um resultado socialmente relevante, então não há diferença entre uma conduta de homicídio doloso e um comportamento de homicídio culposo, já que o resultado é idêntico nos dois casos (JESUS, 2003, 4 v., p. 233).

Por fim, há a teoria finalística, que é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a qual surge com a ideia de que a finalidade é um elemento que atua em conjunto com a conduta, pois, para analisar se o fato é típico ou não, é necessário que o fato tenha sido praticado com uma finalidade. A partir dessa análise, nota-se que não há como separar dolo e culpa da conduta típica.

Assim a finalidade ou caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado a realização desses fins. Sua especificidade está na finalidade, isto é, o atuar orientando conscientemente a um objetivo previamente determinado. O que caracteriza a conduta humana vem a ser a sua dirigibilidade – finalidade -, isto é, a ação, também em seu curso externo, é um acontecer dirigido pela vontade, por conseguinte, uma unidade de vontade interna e fato externo. Assim um determinado fato (acontecer externo) só pode ser qualificado como obra de um agente quando resultado de vontade (REGIS PRADO, 2008, p. 262)

### **3.4 Do Dolo e da Culpa**

A principal diferença entre o dolo e a culpa é a vontade do agente em praticar o ato ilícito. Entende-se por vontade a intenção que o agente tem em atingir o resultado certo.

Dolo se trata de uma conduta intencionada, voluntária, objetivando auferir o resultado

ilícito. O dolo pode ser configurado no agir ou no deixar de agir, desde que fica caracterizada à vontade em realizar tal prática. Francisco Muñoz Conde afirma que “para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica” (MUÑOS CONDE, 1988, p. 57).

Há três teorias alusivas ao dolo: teoria da vontade, teoria da representação e a teoria do assentimento. Na primeira teoria, o agente precisa ter a vontade de causar o resultado ilícito; na segunda teoria, o agente tem previsão de qual será resultado e, mesmo assim, insiste em praticar a ação; e, na terceira teoria, o agente prevê o resultado, porém há um consentimento do agente em produzir aquele possível resultado.

O ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar a teoria da vontade e do assentimento. Portanto, terá agido com dolo o agente que atua com vontade livre e consciente de produzir um resultado lesivo, ou que pelo menos tenha assumido o risco de produzi-lo.

A conduta culposa é aquela em que o agente não está intencionado na produção daquele resultado. Desta forma, essa modalidade se divide em três tipos diferentes, a negligência, a imprudência e a imperícia. Portanto para cometer um crime na modalidade culposa, deve-se ter uma conduta voluntária que gerou um dano indesejado. Neste caso, a vontade aparece apenas na prática do ato, diferente do dolo em que a vontade está no objetivo do resultado.

Nota-se que os crimes cometidos por médicos, em sua grande maioria, serão enquadrados na modalidade culposa, de culpa. Pois, de acordo com Genival Veloso de França “o erro médico é uma conduta profissional imprópria que supõe uma inobservância técnica capaz de causar um dano à vida ou a saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência e negligência” (2013, p. 755).

O elemento crucial para a caracterização da conduta culposa é a leviandade no cuidado com o objetivo, manifestando assim a imprudência, negligência ou pela imperícia. Na culpa, a previsibilidade do agente pode ser consciente ou inconsciente. Quando existe a culpa consciente, o agente consegue prever o resultado, mas acredita que este não acontecerá. E, na culpa inconsciente, o resultado é previsível, mas não pelo agente responsável pela conduta causadora do resultado.

### **3.5 Da Tipicidade**

Como exposto acima, crime é todo fato típico, antijurídico e culpável. Sendo a tipicidade

um dos elementos do fato típico. A tipicidade se divide em formal, que é a junção de um fato concreto e a lei penal; a material, que é a lesão ou a ameaça de lesão de um bem jurídico tutelado. Dessa forma, a tipicidade está respalda no princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal/88:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Por isso, a descrição de crime deve estar estritamente prevista em lei. Fernando Capez define o tipo penal 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. O tipo penal é composto dos elementos: o núcleo, que é o verbo do tipo e tem-se como exemplo matar, subtrair, ofender, etc. e os elementares, que são certos requisitos exigidos em alguns casos como o sujeito ativo (funcionário público) e o sujeito passivo (alguém) ou referência ao tempo, lugar, ocasião ou modo de execução e possui duas espécies: o tipo permissivo, que são os tipos penais que não descrevem fatos criminosos e o tipo incriminador, que são os tipos penais que descrevem as condutas proibidas (CAPEZ, 2007, p 172).

### **3.6 Da Antijuricidade**

A antijuricidade compõe a estrutura do conceito de crime e define-se como antijurídico aquilo que não é admitido pelo direito. Deste modo para o fato típico ser antijurídico, será necessário que, sobre o ato praticado, recaia o juízo de reprovação, pois o agente teve a opção de agir dentro da norma jurídica, mas agiu na vontade consciente de contrariedade a essa norma.

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, “o conceito de antijuridicidade é o oposto ao de juridicidade: assim como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito” (2002, p. 127).

A norma jurídica, ao descrever as circunstâncias em que ocorre a conduta de antijuridicidade, amparou-se nas causas que excluem a antijuricidade e justificam a conduta do agente. Criando assim as excludentes de ilicitude, que estão previstas no artigo 23 do Código

Penal.

“Artigo 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

René Ariel Dotti explica que: “segundo alguns escritores, a ilicitude comportaria a divisão em: a) formal; b) material. A ilicitude seria formal posto revelar a contrariedade entre a conduta e a norma; e seria material ao tomar em consideração o bem jurídico protegido pela norma protetiva” (2001, p 333).

### **3.7 Da Culpabilidade**

A culpabilidade é forma de imputar uma pena ao agente que é inimputável, pois o inimputável não tem discernimento para compreender o ato ilícito da conduta praticada. No momento em que ocorrem essas situações, o agente poderá ser responsabilizado por sua conduta e está passível de punição.

O Código Penal adotou a teoria normativa para a culpabilidade e os três elementos que compõem a culpabilidade são: imputabilidade; potencial de consciência de ilicitude; exigibilidade de conduta adversa.

A imputabilidade para Júlio Fabbrini Mirabete “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se segundo esse entendimento” (2005, p. 197).

Para Luiz Regis Prado, a chamada potencial consciência de ilicitude “é o elemento intelectual da reprovabilidade, sendo a consciência ou o conhecimento atual ou possível da ilicitude” (2002, p. 353).

O artigo 21º do Código Penal prevê o erro de proibição e esse elemento exclui a culpabilidade, pois, neste momento do ato, o agente acredita estar executando uma conduta lícita, isso não significa não ter conhecimento dos artigos, leis, entre outros.

Por fim, há a exigibilidade que são os casos em que se pode exigir do agente uma conduta diversa da praticada.

Nesse entendimento, Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

É necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do sujeito um

comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tomam inexigível conduta diversa do agente. É o que se determina exigibilidade de conduta diversa (2005, p. 197).

### **3.8 Dos crimes próprios de médico**

O Código Penal Brasileiro tipifica alguns crimes de acordo com o sujeito ativo da conduta, por isso é possível classificar os crimes como próprios ou comuns.

De acordo com o jurista Damásio de Jesus, “O crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa. Crime próprio é o que só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal” (JESUS, 2005, p. 188).

No crime próprio do médico, a conduta praticada pelo agente está ligada ao exercício da sua função e atividade profissional. Além do erro médico, existem outros crimes ligados à profissão da medicina.

Nos casos em que há erro médico, prova-se que houve culpa do médico no resultado da lesão ou morte do paciente. Para configuração desses crimes, fica evidenciado que na conduta médica houve imprudência, imperícia ou negligência. Podendo assim, o médico ser responsabilizado administrativamente, civilmente ou criminalmente. Na esfera penal, o erro médico pode ensejar as responsabilizações nos crimes:

Crime de lesão corporal culposa, artigo 129 § 6º do Código Penal Brasileiro, “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 6º Se a lesão é culposa: Pena - detenção, de dois meses a um ano”.

O Fernando Capez esclarece sobre o tema:

Ao contrário das lesões corporais dolosas, o Código Penal não faz distinção quanto à gravidade das lesões, ou seja, se leves, graves ou gravíssimas. Assim, aquele que culposamente provoca um pequeno machucado no braço da vítima, deverá sujeitar-se às mesmas penas de quem deu causa à amputação do braço. A gravidade das lesões deverá ser levada em conta no momento da fixação da pena base pelo juiz, pois dizem respeito às consequências do crime (CAPEZ, p. 135).

Nesse crime, a conduta praticada modifica a anatomia corporal da vítima. A lesão corporal admite na modalidade culposa e dolosa. Quando enquadrada como dolosa, divide-se

em: leve, grave e gravíssima. Podendo ser enquadrada na forma qualificada. Na modalidade culposa, o código não faz divisão do grau da lesão igual na forma dolosa. Os procedimentos realizados no exercício da medicina são invasivos por envolverem lesão corporal como prática de sua atividade, em casos que a cirurgia é uma forma de alcançar o resultado positivo para o tratamento do paciente.

Dessa forma, não há configuração do crime de lesão corporal nesses casos. Mas, é importante ter o consentimento do paciente para excluir o enquadramento desse crime. A exceção é no caso em que a vítima está desacordada.

O crime de lesão corporal seguida de morte está previsto no artigo 129, §3º do CP: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos”. Nesses crimes, o agente tinha a intenção de lesionar a vítima, mas não de matá-la.

O crime de homicídio culposo é previsto no artigo 121, § 3º do CP: “Matar alguém: § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos”.

No homicídio culposo, o agente, ao cometer esse crime, pratica uma conduta voluntária e indevida que resulta na consumação da morte da vítima. O profissional da medicina, por lidar com vidas humanas, fica mais suscetível a cometer crimes como homicídio e lesão corporal na modalidade culposa.

O crime de omissão de socorro está previsto no artigo 135 do CP:

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

A omissão de socorro é algo que todos podem praticar, pois trata-se de um dever moral socorrer vítimas em situação de perigo de forma segura. Quando praticado por médico, Jurandir Sebastião discorre:

Em relação ao delito de omissão de socorro, quando praticado por médico, mais que dever legal de socorrer o ferido, na Medicina é conduta institucional. (...) Nesse quadro, em processo judicial criminal preenchido os requisitos da materialidade, da autoria e da imputabilidade, e havendo alegação de impossibilidade de assistência à vítima, mas sem prova desse fato e, ao contrário disso, existindo nos autos elementos razoáveis de prova da omissão, a punição se imporá, com elevada dosagem da pena (SEBASTIÃO, p. 225 e 227).



O Artigo 135 do Código Penal converte o dever moral de socorrer alguém em um dever legal com pena de detenção de um a seis meses, ou multa.

Sobre o a omissão de socorro, Fernando Capez explica:

O Código penal prevê uma espécie de crime de perigo em seu artigo 135, o crime de omissão de socorro. Cuida o dispositivo de um dever a todos imposto de prestar mútua assistência. Antes de constituir um dever jurídico, constitui, sobretudo, um dever ético de solidariedade. Quem se omite em prestar assistência àqueles que correm perigo, quando lhe seja possível fazê-lo, responde pelo crime em tela (CAPEZ, p. 205 a 237.)

Percebe-se que será considerada uma conduta típica quando a omissão de socorro colocar em risco a vida de um terceiro, porém o código não faz alusão ao risco pessoal de terceiro. Então para caracterização do crime, o agente deve deixar de prestar a assistência a alguém que tem o dever legal de assistir. O Código de ética médica também regula a essa conduta no artigo 56: “Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

Há também o crime de omissão de notificação de doença, previsto no artigo 269 do Código Penal: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Esse crime prevê uma conduta omissiva por parte do médico ao deixar de comunicar à autoridade sanitária as doenças que constam na lista de notificação compulsória. Essa previsão legal se dá para ajudar na prevenção de proliferação de doenças infectocontagiosas, ajudando a saúde pública a controlar o contágio dessas enfermidades.

Fernando Capez expõe:

Trata-se de um crime omissivo próprio, a conduta típica do médico consiste em deixar de denunciar, isto é, não comunicar, à autoridade pública competente, geralmente a autoridade sanitária, doença cuja notificação é compulsória, como cólera, febre amarela, varíola, difteria, entre outras (CAPEZ; PRADO, 2012, p. 699).

Existem crimes que não são decorrentes de erro médico, mas são exclusivos do exercício da função médica. O artigo 154 do CP: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

O crime de violação do segredo profissional é aquele que reforça o dever do médico em manter o sigilo das informações de seus pacientes e seus dados não podem ser divulgados a terceiros pelo profissional da saúde. Caso o médico cometa esse crime, sua punição se dará de forma dolosa, se comprovada a intenção.

O artigo 302 do CP: “Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena - detenção, de um mês a um ano. Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”. Este artigo tipifica o crime de falsidade de atestado médico. O médico está vedado de fornecer atestado com informações distorcidas com a realidade e, caso faça, poderá ser punido com uma pena de um mês a um ano de detenção. É um crime contra a fé pública, como explica o Guilherme de Souza Nucci:

A fé pública trata-se da confiança estabelecida pela sociedade em certos símbolos ou signos, que, com o decurso do tempo, ganham determinada significação, muitas das vezes impostas pelo Estado. Esse é o papel, por exemplo, da moeda, que possui um valor econômico a ela atrelado. Os signos gozam de crédito público e são, também, meios de prova. Sem a fé pública não se poderia desenvolver a contento os negócios jurídicos em geral (NUCCI, 2016, p. 1154).

Trata-se de um documento assinado por um médico que tem fé pública. Dessa forma se esse documento não for verdade, o médico enseja no crime de falsidade de atestado médico. A Resolução CFM nº10 de 199015 dispõe sobre o atestado médico:

Atestado é o instrumento utilizado para se afirmar a veracidade de certo fato ou a existência de certa obrigação. É o documento destinado a produzir, com idoneidade uma certa manifestação do pensamento. Assim o atestado passado por um médico presta-se a consignar o quanto resultou do exame por ele feito em seu paciente, sua sanidade, e as suas consequências. É um documento que traduz, portanto, o ato médico praticado pelo profissional que se reveste de todos os requisitos que lhe conferem validade, vale dizer, emana de profissional competente para a sua edição – médico habilitado – atesta a realidade da constatação por ele feita para as finalidades previstas em Lei, posto que o médico no exercício de sua profissão não deve abster-se de dizer a verdade sob pena de infringir dispositivos éticos, penais, etc. O atestado médico, portanto, não deve "a priori", ter sua validade recusada porquanto estarão sempre presentes no procedimento do médico que o forneceu a presunção de lisura e perícia técnica, exceto se for reconhecido favorecimento ou falsidade na sua elaboração, quando então, além da recusa, é acertado requisitar a instauração do competente inquérito policial e, também, a representação ao Conselho Regional de Medicina para instauração do indispensável procedimento administrativo disciplinar (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 10/1990).

Genival Veloso França destaca que o crime de falsidade do atestado médico:

(...) está na sua falsidade ideológica. Está fraudado na sua substância, no seu conteúdo. A sua irregularidade, portanto, está no seu teor, na sua natureza intelectual, praticada por um agente especial que é o médico, quando subverte o exercício regular de um direito. Na sua essência material ele pode até ser correto, pois foi firmado por alguém habilitado a fazê-lo. A falsidade material diz respeito apenas à sua falsificação, quando, por exemplo, ele é expedido por alguém que não possui habilitação legal nem habilitação profissional, ou seja, por alguém que não é médico. A falsidade pode ser na existência ou na inexistência de uma enfermidade, na falsa condição de higidez pretérita ou atual, num tipo de patologia, na causa mortis e no seu agente causador, ou em qualquer informação dessa ordem que não seja verdade (FRANÇA, 2013, p. 146.)

O autor segue afirmando:

O que se pune nessa forma de crime é tão somente a não veracidade que o documento pretende provar. Se a falsidade, no entanto, incide sobre circunstâncias secundárias, não se configura o delito. Assim se o médico, ante uma enfermidade real, afirmar que seu paciente necessita de trinta dias para convalescer, quando, na verdade, apenas cinco ou dez dias são necessários, a antijuridicidade torna-se insustentável, pois o que o atestado deseja provar, antes de tudo, é a enfermidade do paciente. A falsidade, portanto, recai sempre sobre um fato que se quer provar, e não sobre uma convicção ou juízo de circunstâncias acidentais daquele (FRANÇA, 2013, p. 148).

Já o artigo 282 do CP rege que: “Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa”. O artigo apresenta o crime de exercício ilegal da medicina e reza que o profissional dessa área deve ter o CRM ativo para exercer suas atividades profissionais, bem como ter especialização na área de atuação. Dessa forma, médicos que atuam como cirurgiões plásticos sem especialização na área estão incidindo no crime do artigo 282 do CP.

Genival Veloso de França explica sobre o crime do artigo 282 do CP:

Por exercer entende-se praticar, exercitar, levar a efeito, dedicar-se, desempenhar. Esse ato, é claro, há de ser contínuo, tendo como princípio a mesma sistemática da profissão, que no caso em foco é a medicina. Essa habitualidade não está condicionada apenas à pluralidade de pacientes, mas, da mesma forma, aos sucessivos atos de tratamento em uma só pessoa. Não se pode considerar infração delituosa quando a prática está justificada pelo estado de necessidade. Sendo assim, se um indivíduo, com certa vivência em serviços médico-hospitalares, tentasse salvar um paciente em iminente perigo de vida, usando de meios médicos, não poderia tal situação ter a característica de crime. (FRANÇA, 2013, p. 76.)

Irany Novah Moraes também expõe sobre a conduta do médico no exercício ilegal da medicina, ao citar que

(..) não é só o leigo que pode exercer ilegalmente a Medicina, podendo também o médico incorrer em tal condição, bastando, para tanto, não ter completada a regularização de sua documentação, como no caso daquele que, embora tenha o diploma de médico, esteja exercendo a profissão sem registrar-se no Conselho Regional de Medicina” (MORAES, 2003, p. 161).

Com exceção dos crimes descritos acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente também tem previsto em seus artigos crimes cometidos por médicos. O artigo 229 do estatuto prevê que o médico deve “identificar corretamente o neonato e a parturiente por ocasião do parto”. Este artigo serve para evitar que ocorra a troca de nascituros na maternidade. Já o artigo 228 prevê como crime o médico que “deixar de fornecer declaração de nascimento devidamente preenchida ou deixar de manter registros dos prontuários das parturientes”.

Este terceiro capítulo focou-se em tratar dos elementos do crime em termos gerais, trazendo conceitos que terão grande relevância para abordagem do próximo capítulo, que tratará do erro médico e suas responsabilidades penais.

## 4. DA CRIMINALIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO

### 4.1 Conceito

Após expor a análise das espécies de responsabilidade civil do médico e realizar a introdução ao direito penal, iniciamos neste capítulo a criminalização por erro médico.

A atividade profissional médica ocupa uma posição de respeito perante a sociedade, pois eles cuidam do bem jurídico tutelado pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, que é a vida. Dessa forma ao se procurar esses profissionais, gera-se uma grande expectativa de que o atendimento será excelente, o que nem sempre acontece. O primeiro ponto que se deve abordar é a diferença entre o erro profissional e o erro técnico.

Para João Monteiro de Castro, o erro médico que gerou uma incerteza na sua apuração, não deve ser debatido no âmbito da responsabilidade penal, mesmo nos casos que a ação praticada pelo profissional não seja a mais indicada, porém é a mais usada na medicina. Segundo o autor, apenas os erros técnicos na execução do médico, em que ficarem comprovada a culpa, podem ser discutidos no âmbito penal.

Os erros ocorridos nos casos duvidosos ou controvertidos não podem pura e simplesmente, ser colocados no rol dos cometidos por imperícia, imprudência ou negligência. O profissional, tendo escolhido a técnica que não se mostrou boa para aquele caso específico, e foi zeloso e criterioso na aplicação, terá cometido erro profissional, não culposos, pois não poderia antecipar a reação do organismo do paciente, pelo qual não responde. Erro profissional é escusável quando se trata de técnica conhecida, usual e aceita. Por outro lado haverá imperícia quando a técnica é adequada, mas a sua aplicação for desastrosa, ou deficiente (CASTRO, 2005, p.139).

O Conselho Federal de Medicina definiu o erro médico como a falha no exercício do profissional, ou seja, o resultado diverso do pretendido decorrente de uma ação ou inação do médico, por transgressão de uma conduta técnica.

Pode-se definir erro médico como uma falha na atuação do médico, em outras palavras, erro técnico na prestação de serviço medicinal, podendo enquadrar essa falha em negligência, imprudência ou imperícia do profissional da medicina.

Para Júlio Meirelles Gomes e Genival Veloso França, o “erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência” (GOMES; FRANÇA, 1999, p. 25).

O Manual de Orientação de Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina afirma que:

Erro médico é 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. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior (GRISARD, 2013, p. 110).

Salienta-se que nem todo resultado adverso deve ser considerado uma falha na execução do médico. É preciso levar em consideração se a técnica utilizada pelo profissional é cientificamente válida, ou seja, se há a indicação técnica por ter o reconhecimento da ciência médica. Nesses casos se o paciente não obtém o resultado pretendido no tratamento, o médico não poderá ser responsabilizado.

A responsabilidade no erro médico para Genival Veloso de França pode ser:

De ordem pessoal ou de ordem estrutural. É considerado pessoal quando o ato lesivo se deu na ação e na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais relacionados às suas condições físicas ou emocionais. No que diz respeito à ordem estrutural, o erro pode ser proveniente de falhas, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta positiva (FRANÇA, 2013 p. 755).

Jurandir Sebastião expõe que o erro médico é:

A conduta voluntária ou involuntária, direta ou indireta, caracterizada como conduta profissional imperita, imprudente ou negligente, que cause dano ao paciente. Em caso de erro médico, três consequências distintas, concomitantes ou isoladas, poderão ocorrer, a saber: (a) punição administrativa; (b) reparação civil; (c) punição criminal (SEBASTIÃO, 2003).

A caracterização da conduta praticada pelo médico como erro trata de uma tarefa árdua, devido às limitações presentes na profissão. Portanto, a insatisfação do paciente em não alcançar o resultado almejado em seu tratamento o leva a crer que houve falha na prestação de serviço do médico, o que nem sempre é verdade, pois há outros fatores que contribuem para o insucesso no tratamento.

## 4.2 Dos Deveres do Médico

O princípio da autonomia do paciente é que conduz a relação médico paciente em conjunto com o Código de Ética Médica. Dessa forma, o médico tem o dever de informar ao paciente tudo sobre sua doença, dos riscos e possíveis tratamentos. Aos pacientes que serão submetidos a cirurgias, o médico deve informar dos riscos do procedimento cirúrgico, antes do procedimento, para que o paciente possa decidir ou não em realizar tal procedimento, conforme artigo 34 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

“Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Nota-se que, é obrigação do médico elucidar todos os aspectos da doença contraída e, através das informações recebidas, cabe ao paciente decidir quais serão os próximos passos.

Por isso, o artigo 56 do Código de Ética Médica impõe ser direito do paciente:

“É vedado ao médico: Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.

O Código de Ética Médica também dispõe:

É vedado ao médico: [...] Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. [...]

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la. [...]

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. [...]

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

O médico que descumpre qualquer um dos deveres previstos do Código de Ética Médica cometerá infração administrativa que poderá acarretar em um processo administrativo

disciplinar junto ao Conselho de Medicina ou medidas judiciais.

José de Aguiar Dias discorre em seu livro, que um dos maiores deveres do médico é aconselhar o paciente:

[...] na obtenção do consentimento esclarecido; não abuso de poder; sigilo; aprimoramento dos conhecimentos e uso do progresso científico; prescrição clara; atendimento de pacientes em estado urgente; e informação do paciente sobre os riscos e objetivos da atividade médica (DIAS, 2006, p. 337).

Dessa forma, pode-se classificar o cuidado como uma obrigação do médico orientar corretamente todas as precauções que o paciente deve tomar de acordo com seu estado de saúde. Por isso, todos os detalhes sobre sua doença e tratamento devem ser prestados e ele deve participar das escolhas. Conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1035346:

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso” (BRASIL, STJ, 2008).

Outro dever do médico é a obrigação de reparar o dano causado ao paciente, conforme artigo 927 do Código Civil:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

O Código Civil, no artigo 942, expõe: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.



Esse artigo, pode ser aplicado na responsabilidade civil do hospital, em conjunto com o artigo 949 e 950.

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Além dos artigos citados acima, o Código civil possui diversos artigos com previsões que podem ser aplicadas nos erros decorrentes da atividade médica, como o artigo 186 que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A obrigação de indenizar nascerá toda vez que houver um dano que gere um prejuízo, podendo a atitude ilícita ser ignorada nesse campo. Logo, a indenização tem como finalidade reparar o dano causado por uma conduta ilícita do agente. A indenização por erro médico pode ser cumulada em até três tipos de indenizações diferentes oriundas de uma única conduta, são os casos em que o paciente sofre mais de um dano.

Maria Helena Diniz, acerca do assunto, observa que a reparação consiste em: “[...] medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (2005, p. 42).

Para Silvio de Salvo Venosa, a responsabilidade consiste na:

[...] configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e culpa. Ao analisarmos especificamente a culpa, lembramos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar (2004, p. 14).

São passíveis de indenização de danos materiais os pacientes que tiverem custos

referentes ao dano sofrido em seu tratamento ou procedimento, assim como os pacientes que deixaram de exercer suas atividades laborais por erro médico, ou seja, os lucros cessantes. Os danos morais também podem ser indenizados, pois o paciente sofreu uma dor após a falha e, por fim, existem os danos estéticos, nos casos do procedimento causar alguma deformidade na aparência do paciente. Esse tipo de dano ocorre mais em cirurgias plásticas.

### 4.3 Responsabilidade Penal Médica

Como exposto, a falha praticada pelo médico pode ser responsabilizada penalmente, conforme previsão do Código Penal brasileiro. Ao enquadrar a responsabilidade penal na ação praticada pelo médico, deve-se ter muita cautela por tratar de uma ciência cheia de peculiaridades, em que há uma assunção de riscos inerentes à profissão.

Denomina-se *lex artis* a conduta regular do médico no exercício da função realizada em consonância com as normas que regem o exercício atual da medicina.

As condutas que ocorrem em completa consonância com as diretrizes do exercício da medicina, em conjunto com a *lex artis*, são condições suficientes para a exclusão da responsabilidade penal do médico. Dessa forma, a apuração no caso concreto, se há ou não a responsabilidade penal, torna-se algo complexo. Para definir se a conduta está em conformidade com a *lex artis*, podem-se enfrentar contrariedades, dado às peculiaridades da profissão e o mero descumprimento desses regulamentos, por si só, não caracteriza a responsabilidade penal, por não estabelecer o nexo causalidade necessário para criar o vínculo entre a conduta e o resultado.

Irani Novah Moraes entende que o erro médico está “caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência” (2003, p. 425).

Para Sergio Cavalieri Filho, há casos em que o médico age com clareza de que o ato praticado vai contra a *lex artis*, conforme explica:

A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente procura o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para a responsabilidade médica extracontratual, como,

por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender o paciente nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas, etc. Há, ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, desligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receitam tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente etc (2000, p. 272).

Dessa forma, é possível encontrar casos concretos em que o médico agiu consciente de que aquele ato praticado é ilícito, facilitando assim análise de conduta para enquadramento na responsabilidade penal. Imputar ação criminal ao médico é um direito da sociedade e um dever do Estado.

Para caracterizar a responsabilidade penal do médico, a prova é um elemento fundamental nesse momento, pois há diversas decisões de juízes em que o mérito não foi julgado por falta de elementos que comprovem o erro médico.

Roberto Parentoni observa que:

O erro médico é difícil de ser apurado. Todas as provas, as evidências e todos os documentos que auxiliem na sua análise devem ser buscados. [...] O trabalho do advogado nesta fase é muito importante. Ele terá de ser muito hábil nesta fase de aparelhamento do processo, fazendo um papel investigatório que pode levar ao sucesso ou ao fracasso da lide (2016).

A convicção do juiz é formada pela prova dos fatos alegados no processo. Podendo ser utilizados como prova o depoimento pessoal do médico, testemunhas, prova pericial e o prontuário médico. É importante salientar que os prontuários médicos nem sempre são robustos, ou seja, com riqueza de detalhes, grande maioria é superficial, escritos com letras ilegíveis o que dificulta mais ainda a produção de provas. Os profissionais do direito nem sempre possuem conhecimentos técnicos sobre a medicina, por isso o descuido dos médicos ao elaborar esses documentos cria uma barreira no momento de compor o conjunto probatório na ação penal contra o médico.

Rubenita de Andrade Lessa P. Gomes observa que:

Essas violações aos deveres médicos dão-se por meio da imprudência, imperícia e negligência que resultam em erros médicos, podendo daí surgir o homicídio culposo. [...] O que se observa pelo que foi exposto, é que nas duas primeiras modalidades, imprudência e imperícia, há um agir, uma ação. Mas, a negligência é modalidade que supera seu caráter colaborador de obtenção do resultado morte. A negligência chega a ser mais cruel das três modalidades, porque o paciente que encontra-se acamado, totalmente dependente da atuação médica, indefeso, à espera de procedimento que possa salvar sua vida ou reduzir seu sofrimento (2011).

A maior parte da doutrina, compreende que se o paciente finar-se devido ao um erro médico, este poderá ser responsabilizado por tal ato, sendo indiciado pelo crime previsto no artigo 121§§ 3º e 4º, do Código Penal, podendo ser acrescida de 1/3 pela não observância da regra técnica inerente a profissão, além da quebra do dever de cuidado.

Em casos que ocorre falha médica que resulta em homicídio ou lesão corporal culposa, a instauração do processo penal pode ser feita por ofício por manifestação de vontade do paciente (vítima), por representação ou pelas autoridades.

#### **4.4 Erro Médico: Crime Culposo ou Doloso**

A resposanbilização do médico por cometer um erro no exercício de sua atividade profissional abrange todas formas de culpa e de dolo.

O artigo 18 do Código Penal brasileiro que define crime doloso e culposo:

Art. 18 - Diz-se o crime:  
Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;  
Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.  
Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Em grande parte dos casos, o médico responde pelo crime que lhe é imputado de forma culposa, pois fica caracterizada sua falta de intenção e sua imprudência, negligência ou imperícia, que geram a produção de resultado não almejado. Ao se versar sobre dolo, o Código Penal trata o dolo direito com a teoria da vontade e o dolo eventual com a teoria do consentimento.

O médico, ao se formar, assume o risco de lidar com vidas humanas, esse risco é o de que ele poderá errar e produzir um resultado indesejável caso não aja de acordo com as técnicas previstas na medicina.

Irany Novah Moraes expõe sobre a atuação do médico:

[...] o que ele fez e não deveria ter feito, o que ele não fez e deveria ter feito, o que ele não disse e deveria ter dito, e ainda, o que disse e não deveria ter dito. Acrescente-se a isso tudo a oportunidade do momento certo de fazer, de esperar, de falar ou de silenciar. [...] Não se apele para as condições de trabalho, a quantidade maior de doentes a serem atendidos ou qualquer outro dos fatores já referidos. Nem sequer atribua-se a culpa à escola que não preparou o profissional adequadamente, pois, no ato que envolve o atendimento médico, está o homem que se encontra dentro do médico e que, seja qual for seu conhecimento técnico, deve ter o sentimento de

respeito humano. Nesse ponto, a responsabilidade do médico deve ser igual à de qualquer um, acrescida do fato de que ele deve saber, de antemão, a importância do tempo na tomada de certas decisões, bem como o grau de sofrimento do paciente e ainda das sequelas do retardo do socorro (2003, p. 419).

Sendo assim, é preciso cobrar dos profissionais da área médica o absoluto respeito à vida humana e que os mesmos saibam cumprir rigorosamente a tarefa a que se propuseram.

Roberto Parentoni observa que:

O médico não pode errar, tem, sobretudo, a obrigação de acertar. Quando ocorre, como resultado de atos médicos, a lei prevê a reparação de dano, restrições impostas ao exercício profissional e a punição penal, pois o erro pode ser evitável ou inevitável: o primeiro dá lugar à culpa e o inevitável, ao caso fortuito (2016).

Expostos todos apontamentos até aqui, pode-se concluir que o erro médico é um crime culposo, sendo possível o enquadramento no crime do dolo eventual, nos casos em que o médico assumiu o risco de produzir aquele resultado.

Por cuidar de vidas, o médico não poderia errar, visto os anos e anos de preparo para exercer essa bela profissão. No entanto, os erros acontecem e, para amparar os pacientes, é que a lei prevê sanções para saná-los.

Falha no diagnóstico é também um erro médico e, quando cometida, cabe ao juiz analisar se a conduta que procedeu o diagnóstico foi culposa ou dolosa.

Miguel Kfourri Neto explica que:

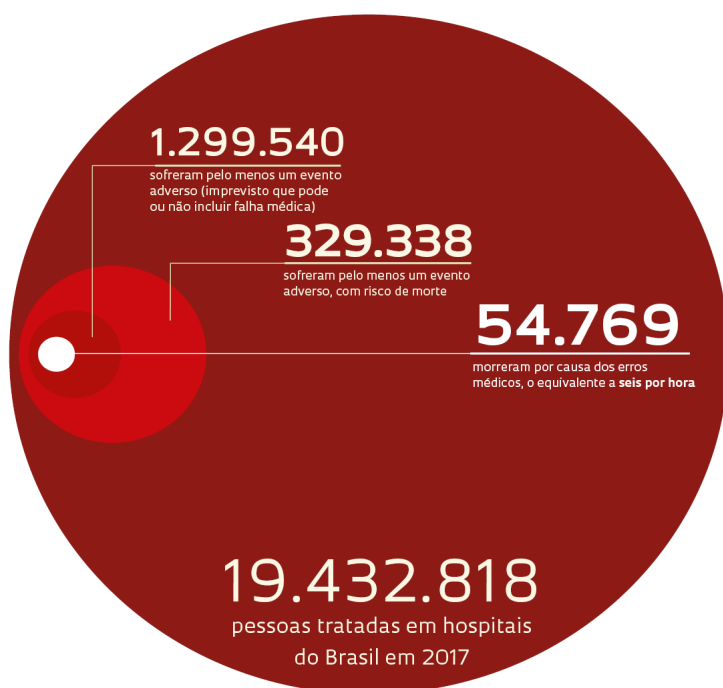
Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática (1998, p. 76-77).

Neste capítulo, elucidou-se como funciona a criminalização do médico, concluindo-se que existem os crimes próprios praticados por médico, que são aqueles que ele deve estar no exercício de sua função e os crimes comuns em que a conduta praticada pelo médico no exercício da sua função se enquadra ao tipo penal.

#### **4.5 Pesquisas Com Supostas Vítimas de Erro Médico**

De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos de Saúde Complementar da Universidade Federal de Minas e publicada em 2020, cerca de 55 mil pessoas morrem no país vítimas de erro médico. A pesquisa foi realizada com base de 182 hospitais do país, de março de 2017 até março de 2018.

A mesma pesquisa colheu os seguintes dados:



Fonte: Revista Pesquisa FAPESP.

Isabel de Fátima Alvim Braga, Laila Zelkovicz Ertler, Rodrigo Moreira de Aquino, Bruno de Avilla da Fonseca e Silva e Renata Bastos Mello Pereira realizaram uma pesquisa sobre a Responsabilização penal do médico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual foram analisadas todas as decisões proferidas de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2016. Foram encontrados 35 processos sobre erro médico na esfera penal, dentre os quais 73,5% dos profissionais foram condenados em primeira instância contra 26,5% de absolvidos. Ainda de acordo com a pesquisa:

Dentre as especialidades, encontraram-se, em ordem de frequência de processos: 29,4% eram emergencista clínico; 23,5% eram casos de ginecologia-obstetrícia; 20,5% de cirurgia (cinco casos de cirurgia geral, uma plástica e um caso de cirurgia urológica); 8,8% eram pediatras (sendo que um deles envolveu o obstetra conjuntamente, não estando este listado no item anterior); 5,9%, ortopedistas; 5,9%

envolviam diretores clínicos; 2,9% eram anestesistas; e 2,9% eram clínicos não emergencistas.

Foi analisada também a taxa de condenação dos médicos, chegando na seguinte conclusão:

Observamos, surpreendentemente, grande taxa de condenação de médicos no presente estudo. Em razão da morosidade do sistema judiciário e da enorme quantidade de recursos possíveis para trancamento da ação penal, optamos por avaliar somente a primeira instância de cada processo selecionado para esta variável. Salientamos ainda que, como a base de dados das jurisprudências utilizadas no presente se refere à segunda instância e a partir dela é que analisamos a primeira instância, este valor pode ser, em parte, explicado pelo fato de o réu recorrer quando é considerado culpado, gerando um viés de seleção e de detecção em nossos dados. A análise do perfil das demandas cíveis em ginecologia e obstetrícia do Estado de São Paulo evidenciou contingente menor de condenações que o presente artigo científico. (16) Estudos envolvendo os Conselhos Regionais de Medicina (CRM) de Santa Catarina, (17,18) Bahia, (12) e Sergipe (11) também encontraram maiores taxas de absolvição.

A pesquisa realizada por eles, chegou à conclusão de que os profissionais da medicina que trabalham com demandas de emergência estão mais sujeitos a cometer erros médicos.

Destacamos que as situações de emergência, quais sejam aquelas em que se esperava o atendimento rápido ou quase imediato do médico, com o propósito de salvar a vida do paciente, corresponderam às descritas na maioria dos processos. Sabidamente, existe sobrecarga dos serviços de urgência/emergência, causado, em parte, pela insuficiente estruturação da rede de serviços de saúde.<sup>(20)</sup> Embora a resolução 1.451/1945<sup>(21)</sup> e resolução CFM 2.077/2014<sup>(22)</sup> tenham estruturado o contingente mínimo de médicos e suas especialidades para o funcionamento de uma emergência, na prática, estes números são desrespeitados.

Os tipos penais mais encontrados na pesquisa foram:

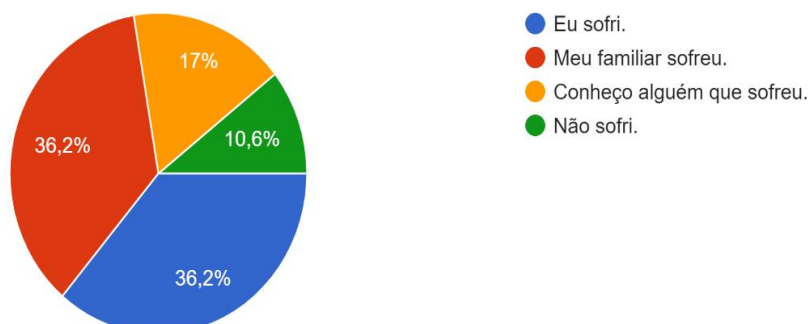
Dentre os tipos penais, 5,9% dos processos se referiam a crime de desobediência; 17,6% à lesão corporal e 76,4% a homicídio. Não encontramos dados referentes aos crimes de aborto e nem à omissão de notificação de doença e falsidade de atestado médico. Silva et al., realizaram estudo no CRM do Pará, em que também se destacaram as acusações de homicídio, lesão corporal e danos de interesse da sociedade.<sup>(15)</sup> Já Maia et al., encontraram a lesão corporal culposa como o crime com maior número de processos na Promotoria de Justiça Especializada na Defesa da Saúde,<sup>(23)</sup> contrapondo-se diretamente aos nossos dados.

Em 13 de outubro de 2020, realizou-se uma pesquisa nas redes sociais pessoais do autor desta monografia através do formulário google. O intuito da pesquisa era quantificar a quantidade de pessoas no seu círculo social que já sofreram erro médico ou conhecem alguém próximo que sofreu.

De 47 respostas obtidas, 89,4% sofreu ou conhece alguém vítima de falha médica, conforme gráfico abaixo:

Já sofreu algum erro médico?

47 respostas

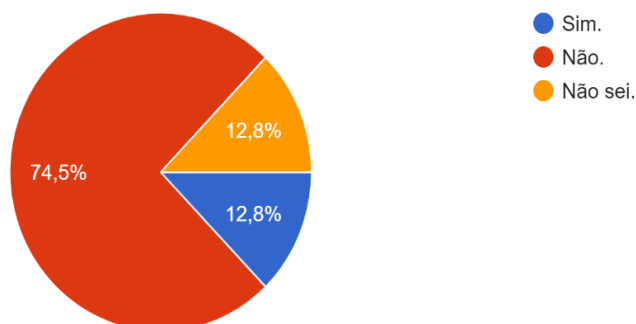


Fonte: a autora.

Desses 86,4%, apenas 12,8% procuram o judiciário para repossibilizar o médico, seja na via civil ou penal, conforme gráfico abaixo:

Se sim, o médico foi processado?

47 respostas



Fonte: a autora.

É importante saçar que o artigo 1.525 do Código Civil dispõe: "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime". Quando houver decisão penal condenatória transitada em julgado, ela poderá ser utilizada na área civil como título executivo.

O Conselho Nacional de Justiça informou que, em 2017, o número de novas ações sobre erro médico no país chegaram ao marco de 26 mil ações. Mesmo com esse aumento, ele não



acompanha a quantidade de erros médicos ocorridos, conforme apresentado acima de 2017 até 2018, onde foram 55 mil casos em apenas 182 hospitais. Como pode-se observar nessa pesquisa própria, 74,5% não acionaram a justiça por motivos diversos, mas o motivo mais utilizado foi o “deixei pra lá!”. Dos poucos que processaram, obteve-se o retorno de que médico foi absolvido.

A falta de dialogar sobre o tema faz com menos vítimas procurem seus direitos, de acordo com Isabel de Fátima Alvim Braga: “No Brasil, a tendência ainda é esconder o erro, em vez de entendê-lo como parte do processo de trabalho” (FIORAVANTI, 2020).

Dentre os motivos expostos na pesquisa, houveram muito relatos sobre erro no diagnóstico. O diagnóstico é a conclusão do médico após a investigação dos sintomas dos pacientes e ele será responsável por determinar quais serão os tratamentos necessários para a causa das queixas dos doentes. Por conta disso, o erro no diagnóstico se encaixa no erro médico. Sobre esse erro, afirma Carlos Roberto Gonçalves que:

[...] se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso (2010).

Quando ocorre o erro no diagnóstico, para sua comprovação faz-se necessária a realização de perícia médica, pois é preciso saber se o médico cometeu mesmo o erro e se esse erro foi com culpa ou não. Dessa forma, cabe ao Magistrado verificar caso a caso, a fim de identificar se o médico agiu de forma culposa.

De acordo com a citação acima, em casos de erro no diagnóstico compete ao juiz verificar a existência de culpa ou não. Suzana Lisbôa Lumertz destaca sobre a culpa no livro do Genival Veloso França:

Não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. Tem que haver certeza na presença de culpa, no agir do médico como, também, assevera o acórdão [...] A atribuição de responsabilidade e condenação por erro médico exige elementos objetivos e seguros e não meras possibilidades ou conjecturas de que males que surgem após a intervenção médica sejam frutos dessa intervenção (2003, p. 201-202).

O objetivo deste capítulo e das pesquisas era mostrar um pouco da realidade das pessoas que sofrem erro médico e se elas realmente vão em busca de penalizar os médicos pelas falhas

causadas. Como observado, são poucas as pessoas que ingressam com processo judicial ou administrativo contra o médico e essa baixa procura pelos direitos faz com que se encontrem mais médicos com falta de profissionalismo na sociedade.

## 5. CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente trabalho, foi possível reafirmar a importância que o profissional da medicina tem para a sociedade e como essa atividade exige que a execução das técnicas apreendidas durante sua formação sejam aplicadas com perfeição no dia a dia do profissional. Por outro lado, entendeu-se que a falha cometida pelo médico pode acarretar consequências dolorosas ao paciente e seus familiares. Essa atividade profissional exige total excelência na sua execução e, dessa forma, o médico deve buscar sempre estar atualizado, assim como outros profissionais, como os do direito.

Importante lembrar que todos estão sujeitos a erro, como disse o poeta londrino Alexander Pope: “Errar é humano; perdoar, divino”. Porém, o médico que se atenta em adquirir novos conhecimentos e conhecer seus próprios limites profissionais será um médico diferenciado. A baixa qualidade na prestação de serviço médico e centro hospitalares com infraestruturas precárias colocam a vida da sociedade em risco. Um exame obrigatório para recém-formados nas faculdades de medicina também ajudaria a combater as falhas médicas. O CREMESP iniciou uma campanha em 2018 para impulsionar o governo a tornar os exames para recém-formados obrigatórios.

Agora sob o aspecto penal, a responsabilidade penal do médico ocorre quando, no exercício de sua função, ele pratica um crime. Como exposto no trabalho, o médico possui crimes próprios de sua profissão, mas, para enquadrá-los em crimes comuns nas condutas dolosas e culposas, o ato praticado deve corresponder, ou seja, se encaixar ao tipo penal. Vale ressaltar que a conduta que foi responsabilizada criminalmente será passível de sofrer condenação na esfera civil e vice versa.

Notou-se também que a maior dos crimes praticados pelos médicos é enquadrada na modalidade culposa, pelo fato de terem sido ocasionados por negligência, imperícia ou imprudência, sendo a parte mais difícil comprovar a falha do médico, pois é uma tarefa complexa obter provas contra o profissional. Essa dificuldade não pode servir para desmotivar as vítimas ou seus familiares de procurar seus direitos e deixar mais médicos impunes. Por esse motivo, o juiz deve solicitar a prova pericial para fundamentar melhor sua decisão.

Por fim, através da pesquisa feita nas redes sociais particulares do autor deste trabalho e a pesquisa encontrada no google acadêmico, notou-se que o número de pessoas vítimas de erro médico é muito grande em comparação com o número de processos existentes no judiciário sobre essa temática. Isso evidencia quatro grandes possíveis problemas: no primeiro, as pessoas

não devem saber quais são os seus direitos ao realizar um tratamento ou cirurgia com um médico; no segundo, elas até conhecem seus direitos na relação médico-paciente, mas o trauma foi tão grande que não querem mais tocar no caso. O terceiro foi bastante citado na pesquisa particular, mostrando que os indivíduos consideram o sistema judiciário muito lento e, por fim, há as pessoas que se tratam no sistema único de saúde e, por acharem que o serviço é gratuito, aceitam o erro, pois, na percepção delas, não pagaram por aquele serviço médico e, portanto, não possuem direito a denunciar ou entrar com algum tipo de processo contra o médico ou unidade hospitalar em que aconteceu a falha contra elas. É provável que este caso é o mais grave.

O erro médico não é um assunto muito debatido na sociedade, pois são poucos os casos que chegam nas grandes mídias. Sendo assim, a falta de divulgação auxilia no fato de as pessoas não possuírem o conhecimento adequado e suficiente dos deveres dos médicos e, muito menos, de seus direitos como pacientes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira. Os Contratos de Prestação de Serviços médicos no Direito Civil. Português. 2. Ed. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAGA, Isabel de Fátima Alvim; ERTLER, Laila Zelkovicz; AQUINO, Rodrigo Moreira de; SILVA, Bruno de Avilla da Fonseca e; PEREIRA, Renata Bastos Mello. Responsabilização penal do médico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S167945082018000100202&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S167945082018000100202&script=sci_arttext&tlng=pt)>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Conselho Federal da Medicina. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. <[https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=11](https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=11)>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Portal Conselho Federal de Medicina. Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27920:2018-10-15-15-0918&catid=46#:~:text=Segundo%20o%20Conselho%20Federal%20de,a%20inten%C3%A7%C3%A3o%20de%20comet%C3%AA%2Dlo](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27920:2018-10-15-15-0918&catid=46#:~:text=Segundo%20o%20Conselho%20Federal%20de,a%20inten%C3%A7%C3%A3o%20de%20comet%C3%AA%2Dlo). Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 10/1990, que dispõe sobre o atestado médico e outras disposições.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1035346. Publicação em 24.03.2008. Relator Ministro Francisco Falcão.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial. V2. 7. ed. ver atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal comentado. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, João Monteiro de. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CÓDIGO de Ética Médica. Disponível em: <<https://rcem.cfm.org.br/index.php/cem-actual>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CÓDIGO de Hamurabi. Disponível em: <<https://www.pravaler.com.br/wp-files/download/codigo-de-hamurabi-idioma-portugues-download-pdf.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

CONDE, Francisco Muños. Teoria geral do delito. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.

FIORAVANTI, Carlos. Um diagnóstico do erro médico. Revista Pesquisa Fapesp. Edição 287, jan. 2020, atualizado em 14 de maio de 2020. Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/um-diagnostico-do-erro-medico/#:~:text=Todo%20ano%2C%20dos%2019%2C4,imprud%C3%Aancia%20durante%20o%20tratamento%20m%C3%A9dico.>>>. Acesso em: 27 out. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. São Paulo: Fundo Editorial, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOMES, Júlio César M.; FRANÇA, Genival Veloso de. Erro médico: um enfoque sobre sua origem e suas consequências. Montes Claros, MG: Ed. UNIMONTES, 1999, p. 25.

GOMES, Rubenita de Andrade Lessa P. O médico como réu: um enfoque jurídico-penal acerca do homicídio culposo decorrente de erro médico. Jus Navigandi. (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18665/o-medico-como-reu-um-enfoque-juridico-penal-acerca-dohomicidio-culposo-decorrente-de-erro-medico#ixzz2Q5wjrKGp>>. Acesso em: 22 out. 2020.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral. Vol 1. Ed. 2016.

GRECO, Rogério. Curso De Direito Penal - Parte Especial - Vol. IV – 4. Ed. 2008.

GRISARD, Dr. Nelson. Coordenador. MANUAL DE ORIENTAÇÃO ÉTICA E DISCIPLINAR. 5. Ed. rev. e atual. Florianópolis: CODAME, 2013, p. 110. Disponível em: <[http://arquivos.cremesc.org.br/publicacao/MANUAL\\_ORIENTACAO\\_ETICA/HTML/files/assets/common/downloads/publication.pdf](http://arquivos.cremesc.org.br/publicacao/MANUAL_ORIENTACAO_ETICA/HTML/files/assets/common/downloads/publication.pdf)>. Acesso em: 20 de out. 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal: parte geral. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 4 v.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

MATIELO, Fabrício Zamproga. Responsabilidade civil do médico. 10. Ed. Porto Alegre: Sagrada Luzzato, 1995.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Irany Novah. Erro médico e a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 425.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rubia Couto de. Formulário de Pesquisa criado em 13 de outubro de 2020. Disponível em: <[https://docs.google.com/forms/d/1FBSejeAcTByaxyQngiSgDYB\\_o19lsZGy6GOLn49f1Yo/edit](https://docs.google.com/forms/d/1FBSejeAcTByaxyQngiSgDYB_o19lsZGy6GOLn49f1Yo/edit)>.

PARENTONI, Roberto B. O erro médico é culposo ou doloso? (2016). Disponível em: <<https://www.parentoni.com/o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso/>>. Acesso em: 22 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética: comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

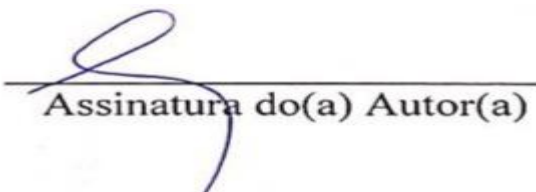
VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. São Paulo: Atlas, 2004.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, RUBIA COUTO DE OLIVEIRA Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31630464, Período MANHÃ, Turma B, tendo realizado o TCC com o título: ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIIS sob a orientação do(a) professor(a): LIA FELBERG declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2020 .

  
Assinatura do(a) Autor(a)

\_\_\_\_\_  
Assinatura do discente





## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, *Rumay Couto de Oliveira*

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº *21630464*, Período *março*, Turma *10ºB*


tendo realizado o TCC com o título: *Essa medicina e suas Implicações Sociais*

sob a orientação do(a) professor(a): *Luiz Felício*

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de *março* de *2020*

  
\_\_\_\_\_  
Assinatura do discente