



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INFLUÊNCIA DA *LEX ARTIS* COMO FATOR DETERMINANTE DA
RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Thania Verginia Guaycurus

Rio de Janeiro
2017

THANIA VERGINIA GUAYCURUS

A INFLUÊNCIA DA *LEX ARTIS* COMO FATOR DETERMINANTE DA
RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Penal e Processo Penal da Escola de Magistratura
do Rio de Janeiro- EMERJ.

Professora orientadora: Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

A INFLUÊNCIA DA *LEX ARTIS* COMO FATOR DETERMINANTE DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Thania Verginia Guaycurus

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

Resumo - o presente artigo científico tem por objetivo descrever um breve histórico sobre o conceito de erro médico na visão do Direito Penal. Uma análise prévia é realizada sobre a responsabilidade penal por erro médico enfatizando o homicídio culposo devido à imprudência, imperícia ou negligência do profissional da saúde. A pesquisa também tem como meta demonstrar que a conduta do profissional da saúde, em especial o médico, deve estar baseada nas normas estabelecidas pela *Lex artis* e que, em caso de seu descumprimento, cabe à responsabilização penal.

Palavras – chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Erro médico. Responsabilidade penal. *Lex artis*.

Sumário : Introdução. 1. Comparação histórica do conceito de erro médico sob a ótica penal. 2. As controvérsias existentes na responsabilidade penal por erro médico com fundamento jurídico-médico. 3. Um enfoque geral sobre a *Lex artis* e sua relação com a responsabilidade penal por erro médico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade abordar, de modo resumido, sobre a responsabilidade penal por erro médico e a influência da *Lex artis*, levando-se em consideração a relevância do tema para o ordenamento jurídico brasileiro.

A responsabilidade penal do profissional da saúde, especialmente dos médicos, é muito complexa do ponto de vista jurídico e assume um papel de grande relevância para a sociedade, e aqui se destaca o erro médico. Na maioria dos casos, geralmente, a imprudência está envolvida na responsabilidade penal cometida pelo profissional da saúde, principalmente no que se refere ao erro médico.

É importante destacar, também, que a *lex artis*, que é um conjunto de práticas e de procedimentos médicos adequadas para cada paciente, deve estar presente, no dia a dia, do profissional da saúde.

Vale ressaltar, quando se trata da responsabilidade penal ocasionada por erro médico o que leva, dessa forma, ao rompimento da *Lex artis*, vislumbra-se nessa situação que o Poder Judiciário, atualmente, vem enfrentado sérios questionamentos por parte da sociedade, de modo a perceber uma insatisfação generalizada quanto à aplicação de pena.

Neste contexto, o artigo foi separado em três capítulos com o propósito de chamar a atenção do leitor sob uma visão simplista, no que concerne a responsabilidade penal por erro médico e a importância da *Lex artis*.

O primeiro capítulo descreve, resumidamente, o conceito de erro médico e, também, analisa algumas peculiaridades importantes, relacionadas ao tema em contraposição a análise da responsabilidade civil.

O segundo capítulo demonstra a responsabilidade penal proveniente do erro médico, e se esse erro pode ser qualificado como crime de homicídio culposo nos casos em que o paciente chega ao óbito.

O terceiro capítulo examina a *Lex artis*, sua definição e sua influência como fator relevante da responsabilidade penal por erro médico, por meio de uma avaliação jurídico-médica.

Para o desenvolvimento desse trabalho diversas fontes bibliográficas foram consultadas tais como livros; legislações e jurisprudências. Todos esses instrumentos de leitura são usados para a obtenção de informações importantes concernentes ao assunto a ser discutido nesse artigo.

Dessa forma, trata-se de pesquisa bibliográfica parcialmente exploratória e de abordagem qualitativa.

1. A COMPARAÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ERRO MÉDICO SOB A ÓTICA PENAL

Desde, aproximadamente, 1772 a.C. já se tinha conhecimento do erro médico através do Código de Hamurabi¹, que era o conjunto de leis escritas e que em seu artigo 218 descrevia: “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”. Ressaltando aqui, que a expressão "Olho por olho, dente por dente" refere-se à Lei de Talião

¹SANTIAGO, Emerson. *Código de Hamurabi*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>>. Acesso em: 12 jul. 2017

(*lex talionis*)² ou pena de talião que significa retaliação, sendo que por essa Lei a pena não seria uma vingança desmedida, mas proporcional à ofensa cometida pelo ato criminoso que poderia ser aplicada ao médico que cometeu o erro.

Na Medicina Mesopotâmica³:

[...] Os honorários médicos eram regidos por lei como também as penalidades caso algum tratamento causasse morte ou danos ao paciente. Se uma operação causasse a perda de um olho, o médico teria as mãos cortadas. Em caso de morte de paciente nobre, o médico também perderia a vida.

Os egípcios puniam os médicos que não cumpriam ou que se distanciavam das normas, já entre os gregos as leis eram mais rigorosas em caso de um possível erro médico.

Vale evidenciar que no Juramento de Hipócrates⁴ na qual consta (...) “aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar danos a alguém” esse texto já se referia ao erro médico.

Na época do Império, em Roma, quando ocorria a morte de um cidadão romano, e caso o médico fosse considerado culpado, por imperícia, e pela aplicação da *Lex Aquilia* ou *Roman Law* o mesmo era condenado com a pena de morte, e se ocorresse à morte de escravo o médico tinha que pagar indenização.

Nos dias atuais, quando um tratamento médico ou procedimento cirúrgico realizado em um paciente não apresenta os resultados esperados, geralmente, o paciente e/ou familiares questionam se foi decorrente de erro médico.

O manual de orientação ética disciplinar do Conselho Federal de Medicina⁵ define que:

[...] o erro médico é descrito como sendo 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.

De acordo com Castro⁶ “o erro médico consiste no ato ilícito ou falha do médico no exercício da profissão decorrente de um resultado adverso de ação delituosa ou da omissão do médico, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais”.

²DUARTE, Melina. *A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel*. Disponível em: <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>. Acesso em: 10 de ago.2017

³GOMES, Júlio Cezar Meirelles. *Erro Médico: Reflexões*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>. Acesso em: 25 jun. 2017

⁴REZENDE, Joffre Marcondes de. *O juramento de Hipócrates*. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-04.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2017

⁵BRASIL. *Código de Ética Médico*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 25 de junho de 2017.

Pela definição realizada por Moraes⁷ o erro médico, na visão da Justiça, é determinado quando comprovado o nexo causal entre a conduta ilícita e o resultado lesivo ao doente, e de que o procedimento adotado pelo médico apresente um dos seguintes componentes imperícia, imprudência e negligência.

Segundo o autor Genival Veloso de França⁸ o erro médico pode ocorrer por três principais vias. O primeiro caminho é o da imprudência o erro surge quando o médico por ação ou omissão assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico ou sem esclarecimentos à parte interessada. A segunda via é a imperícia decorrente da falta de observação das normas técnicas, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimento. O terceiro caminho é o da negligência, quando o médico trata com descaso ou pouco interesse os deveres e compromissos éticos com o paciente e até com a instituição.

Frisa-se que quanto ao médico ser imperito isso é discutível, pois de acordo com o parecer do Conselho Federal de Medicina na Ementa n 21/10⁹ :

[...] o médico devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina está apto ao exercício legal da medicina, em qualquer de seus ramos; no entanto, só é lícito o anúncio de especialidade médica àquele que registrou seu título de especialista no Conselho.

Destaca-se que no caso de ocorrer por parte do médico negligência, quase sempre é de caráter omissivo, enquanto a imprudência e a imperícia ocorrem por comissão.

É importante frisar que sobre o conceito de erro médico devem ser excluídos os acidentes decorrentes de caso fortuito ou de força maior que não poderiam ser previstos ou evitados pelo médico. E também, deve-se considerar como excludente de responsabilidade médica, as condutas ocasionadas exclusivamente pelo paciente como exemplo à retirada, sem autorização do médico, de drenos, ataduras, pontos entre outras atitudes comprometedoras.

O autor Júlio César Meirelles Gomes¹⁰ coloca algumas peculiaridades referentes ao erro médico tais como a irreversibilidade do dano; o imediatismo do resultado adverso; o desamparo ou a escassez institucional de recursos como fator de indução do erro médico e o erro institucional médico-hospitalar que é o erro médico sem culpa.

⁶CASTRO, Laércio. *Erro médico o que?* Disponível em: <http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=184>. Acesso em: 25 de junho de 2017

⁷MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.425

⁸FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico - Doutrina, Legislação e Jurisprudência Atinentes à Profissão Médica*. 14. ed. Local: GEN – Forense, 2017, p.16

⁹BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Ementa nº 21/10*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2010/21_2010.htm. Acesso em: 25 de junho de 2017.

¹⁰GOMES, Júlio Cezar Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 3. ed. Montes Claros: Unimontes, 2001, p.7.

Conforme é colocado por Oscar Freire¹¹ o erro médico pode-se apresentar sob três tipos: primeiramente como erro de tratamento; seguido do erro de diagnóstico e finalmente como erro na dosagem de medicamentos.

Os danos causados pelo erro levam a uma responsabilidade do médico, que em muitos casos está na esfera penal sendo que o mesmo pode responder, por crimes culposos tais como o homicídio e a lesão corporal.

Do ponto de vista jurídico, portanto, o erro médico mostra-se como relevante com base no artigo 18, II do Código Penal Brasileiro¹² “diz-se o crime [...] II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

No contexto geral pode-se verificar que no passado já se previa punição para o erro médico na esfera individual, o que veio denotar no presente como a responsabilidade penal.

2. AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES NA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO COM FUNDAMENTO JURÍDICO-MÉDICO

Torna-se relevante que, inicialmente, se diferencie a responsabilidade penal da responsabilidade civil, pois ambas originam-se de um mesmo tipo ofensivo ao doente praticado pelo médico, sendo que com base na natureza jurídica as consequências são diferentes. A responsabilidade civil gera o dever de indenizar, enquanto na responsabilidade penal atinge a esfera individual da liberdade do médico.

A responsabilidade penal é subjetiva, ou seja, reincide somente sobre o médico que ocasionou alguma espécie de dano ao paciente, que pode ter sido ocasionado, ao doente, através de uma conduta culposa. Ressalta-se, portanto, que não se pode falar em responsabilidade objetiva no Direito Penal.

O doutrinador Cavaliere Filho¹³ enfatiza que “a responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico”.

Para a certificação de que possa ter ocorrido erro médico, e que isso venha a constituir uma responsabilidade penal, alguns elementos tornam-se necessários tais como: a presença de um agente que nesse caso é o médico; a conduta com manifestação da vontade do

¹¹FREIRE Oscar. *Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1935, p.30.

¹²BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 jun. 2017.

¹³CAVALIERE FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. Local: Atlas, 2015, p.194.

médico; o resultado com a finalidade de responsabilizar o médico pelo seu erro, aqui, nesse item, caso ocorra à morte do doente o delito poderá ser caracterizado como o homicídio culposo; e em caso do médico lesionar o paciente, poderá responder por lesão corporal. Entretanto, para que isso seja comprovado deve se ter a presença do nexo de causalidade em relação de causa e efeito.

Vale lembrar que a responsabilidade penal por erro médico está relacionada com a conduta culposa do profissional, e nesse contexto elementos do delito culposos são compostos pelos seguintes itens: um resultado indesejado, previsível, e a inobservância do dever de cuidado que pode ser classificada nas três modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia.

O doutrinador Capez¹⁴ descreve que em caso de crime culposos a conduta do agente é voluntária, comissiva ou omissiva, sendo que não era a pretensão do agente em produzir o resultado não lícito mesmo que houvesse previsão para que tal ocorresse, mas se o agente tivesse atuado de maneira cuidadosa o fato poderia ter sido evitado.

Frisa-se que na conduta culposa o agente não quer o resultado adverso, mas não adotou as precauções necessárias, já na conduta dolosa o agente quis o resultado ou assumiu o risco, e nesse último caso se tem a configuração de dolo eventual.

De acordo com a colocação de Moraes¹⁵ a responsabilidade penal devido a erro médico, sob o ponto de vista jurídico, está configurada pelo dano ocasionado ao paciente sendo que deve se ter a comprovação do vínculo de causa e efeito, e que o médico, também, tenha cometido um ou mais dos componentes da culpa, imprudência, negligência e imperícia.

O autor França¹⁶ descreve, na sua publicação, que a responsabilidade penal, por erro médico, está relacionada como desvio no comportamento do médico durante a realização de sua atividade, pois caso o médico tivesse agido corretamente e conforme especificado na doutrina e na ciência médica, não teria provocado prejuízo à saúde e até mesmo ter colocado em risco a vida do paciente.

O mesmo autor tem como concepção que a responsabilidade penal decorrente do erro médico pode conduzir ao homicídio que geralmente é do tipo culposos pelo fato de se caracterizar pela quebra do dever de cuidado, e também de que o médico poderia ter atuado de maneira que o paciente não ficasse exposto a um problema maior do que aquele que já o acometia o que evitaria, dessa forma, a morte do mesmo.

¹⁴CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1* – 21. ed. Local: Saraiva, 2017, p.274.

¹⁵MORAES, Op.cit. p. 427.

¹⁶FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico - Doutrina, Legislação e Jurisprudência Atinentes à Profissão Médica*. 14. ed.Local: GEN – Forense, 2017, p. 187.

Para o doutrinador Mirabete¹⁷:

[...] a imprudência é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores.

[...] A negligência é a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental. [...] A imperícia é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos no exercício da arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber.

Em termos de crimes culposos relacionados à responsabilidade penal por erro médico se tem, basicamente, o homicídio culposo e a lesão corporal culposa que estão dispostos no Código Penal Brasileiro¹⁸.

O homicídio culposo está tipificado no artigo 121, parágrafo 3º do Código Penal Brasileiro¹⁹ e o parágrafo 4º prevê o aumento da pena de 1/3 quando resulta ou no descumprimento de técnicas médico-científica, ou quando o profissional deixa de prestar socorro ao paciente.

A Ementa do Processo-Consulta CFM Nº 7.401-A/98 PC/CFM/Nº 19/1999 segundo o Conselho Federal de Medicina²⁰ destaca que:

[...] somente o Poder Judiciário (magistratura) e os Conselhos Regionais de Medicina têm competência para, firmando o convencimento, julgar - aquele a existência da culpa, estes o delito ético que envolve também a ação ou omissão culposas. Sendo assim, "exorbita competência" o médico legista emitir parecer, ainda que por indícios, da existência ou não, de negligência, imperícia ou imprudência praticadas por médico, pois isto é um julgamento, missão privativa de juiz ou dos Conselhos Regionais de Medicina.

Na hipótese de homicídio culposo, uma perícia específica e esclarecedora, utilizando-se de elementos técnicos e metodológicos eficazes e eficientes, deve ser solicitada ao tempo do óbito, ou até mesmo posterior à morte visando, dessa forma, à obtenção decisiva da apuração da causa *mortis*.

A comprovação da morte de um doente por erro médico, originando consequentemente a responsabilidade penal do médico por homicídio culposo, é um assunto muito debatido e controverso para a jurisprudência e doutrina brasileira, e isso se deve ao fato de que, muitas vezes, os resultados periciais são tidos como inconclusos ou confusos ou não detectam a causa exata que levou o paciente ao óbito.

¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 32. ed. São Paulo, Atlas, 2016, p.345.

¹⁸BRASIL. Op.cit., note 6.

¹⁹Ibid.

²⁰BRASIL. Processo-Consulta CFM Nº 7.401-A/98 PC/CFM/Nº 19/1999. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CFM/1999/19_1999.htm>. Acesso em: 25 jul.2017

A verificação se o erro médico realmente se deu e, por conseguinte a responsabilidade penal é uma tarefa árdua, complexa e minuciosa na área da legispericial, pois compete apenas aos Conselhos Regionais de Medicina constatar a ocorrência do erro médico. Portanto, deve se levar em consideração os seguintes critérios: as circunstâncias que a prática médica foi realizada pelo profissional; a extensão do dano ao paciente; o estabelecimento do nexu causal; a existência e a formação de um padrão médico-legal.

Em alguns casos, mesmo quando o laudo pericial não apresenta dúvida o médico sofre apenas sanções pecuniárias como exemplo se pode citar a *Apelação Criminal APR 10382130069653001 MG (TJ-MG)*²¹ com data de publicação de 28/07/2017:

[...] o laudo pericial, confeccionado e delimitado em uma análise objetiva de critérios técnicos metódicos e eficazes, validado sob o contraditório e a ampla defesa, constitui significativo elemento de prova para analisar a conduta criminosa culposa de profissional médico. [...] ao realizar o atendimento diagnóstico, atuou de forma inapta e não diligente dispensando o tratamento pertinente, e por essa razão, concorrendo preponderantemente no óbito paciente/vítima [...] é de rigor a condenação por homicídio culposo por inobservância de norma técnica de profissão. A prestação pecuniária, como penalidade substitutiva que é, deve ser aplicada em patamar suficiente à reprovação e prevenção da prática de novos delitos; [...]

Dessa forma é interessante reforçar que quando ocorre erro, e para que o médico seja responsabilizado na esfera penal, torna-se necessário à comprovação que é geralmente efetuada através de perícias sendo que em várias ocasiões apresentam os laudos com muitas falhas, ou seja, ou não são conclusivos ou os resultados devem ser repetidos o que é mais complicado, pois ocorre, em muitas situações, ou a falta de material a ser periciado; ou o perito deve ser trocado, ou os laudos são impugnados.

Com base no exposto as demandas judiciais, a cada dia, na área jurídico-médica vão se tornando mais demoradas pelo fato dos juízes, muitas vezes, ficarem indecisos ao prolatar as sentenças em face dos resultados periciais obtidos no decurso do processo, pois nas mãos dos magistrados está em jogo dignidade da pessoa humana.

No caso do médico, que em sua atuação causa uma lesão ao doente, como exemplo, em uma cirurgia plástica o médico ocasiona um resultado de ofensa à integridade física do paciente o médico deverá responder por lesão corporal culposa cuja tipificação está descrita no artigo 129, parágrafo 6º do Código Penal Brasileiro²².

²¹BRASIL. TJ-MG - *Apelação Criminal APR 10382130069653001 MG (TJ-MG)*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HOMIC%C3%8DDIO+CULPOSO.+TRATAMENTO+M%C3%89DICO&l=7dias>>. Acesso em 31 jul.2017

²²BRASIL. Op.cit., note 6

Ressalta-se que além do Código Penal Brasileiro a responsabilidade penal por erro médico está prevista, também, no artigo 66 inciso II da Lei das Contravenções Penais²³.

No contexto geral torna-se relevante ressaltar que no caso do erro médico com responsabilização penal do profissional da saúde ocorreu, por parte do médico, a desconsideração ou descumprimento da *Lex artis*.

3. UM ENFOQUE GERAL SOBRE A *LEX ARTIS* E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Segundo Pizón²⁴ a expressão *Lex artis* é proveniente do latim e significa lei da arte, e no entendimento geral, consiste na aplicação correta de técnicas essenciais para o desenvolvimento de uma determinada atividade profissional.

Assim o termo *Lex artis* tem sido empregado para um conjunto de normas adequadas que devem ser disciplinadas pela conduta técnica de um profissional, e, nesse contexto, destaca-se o médico.

É importante frisar que para que o médico obedeça aos padrões da *Lex artis* deve ser levado em consideração três pontos básicos: o médico, o paciente e a parte científica.

O autor Gómez²⁵ coloca que a denominação da *Lex artis* refere-se aos profissionais da saúde, especialmente os médicos, qualificados por sua especialização e preparação técnica quanto ao exercício de suas funções, e que se baseiam em regras que estejam em consonância com os devidos conhecimentos e procedimentos adquiridos devendo ser corretamente aplicáveis a um determinado paciente.

Conforme descreve Lima²⁶ o Direito Criminal se aplica a um caso concreto, e em se tratando da questão médica deve se ter em conta o que se é projetado como correto pela reunião de regras básicas da denominada *Lex artis*.

Para o doutrinador espanhol Martínez-Calcerrada²⁷, a *Lex artis* é o critério valorativo da correção de uma conduta médica, ou seja, ciência e arte, sendo que o objetivo da *Lex artis*

²³BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 20 jul.2017.

²⁴PINZÓN, Giovanni Valencia. *La Lex artis*. Disponível em: <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf> Acesso em: 05 ago.2017.

²⁵GÓMEZ, Pedro Montañó. *La responsabilidad penal de los médicos*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1986, p.120.

²⁶LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do médico e a *Lex artis*. *Revista Jurídica do Uniaraxá*, v. 2, n. 2 1998, p.188.

é avaliar ou não se o resultado de certo ato médico está em conformidade com a técnica normalmente exigida, e se a atuação do médico está adequada ou correspondente com as condutas de profissionais que atuam em casos similares.

De acordo com Fragoso²⁸, a conduta criminosa não incidirá quando o médico, primeiramente, obedecer a *Lex artis* aplicável a cada caso e, segundo, quando o mesmo não violar o cuidado objetivo que atende às regras da arte (*Legis artis*).

O trabalho de Lima²⁹ descreve que, “os juristas em seus compêndios admitem a existência e a elevada significação da *Lex*, a questões médicas, porém, raramente buscam desenvolver o tema de maneira a propiciar maior proveito ao Direito”.

O mesmo autor enfatiza que na *Lex artis* o que se divulga é apenas uma alusão no sentido de reconhecer que para a área médica existem regras próprias.

Conforme colocado por Hernandez³⁰, em seu trabalho científico, não cabe à aplicação da *Lex artis* nas situações que não são estudadas ou que não são conhecidas ou que são imprevistas na ciência médica. Segundo o autor é pela *Lex artis* que se pode aplicar o binômio risco e benefício previsível para o doente, e com base nisso é que o médico deve realizar a conduta médica que pode ser preventiva e/ou profilática e/ou cirúrgica, e também aplicar o tratamento adequado. Como exemplo, cita-se o tipo e a dose de um determinado medicamento para certa de doença.

Assim, para que o médico atue em concordância com a *Lex artis* o mesmo deve dominar as matérias que são estudadas na área de especialização de sua carreira e adquirir um vasto conhecimento tanto teórico quanto prático.

É importante destacar que o profissional da medicina não trabalha com a promessa de sucesso total e isso se deve ao fato de se ter, em algumas situações, a influência de fatores externos, como a reação do paciente a um determinado tratamento e/ou intervenção entre outros acontecimentos.

E nesse sentido Moraes Filho³¹ relata que, “a medicina encontra-se em estado permanente de experimentação não se podendo dela exigir que sempre triunfe sobre algumas leis fatais da natureza”.

²⁷MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La nueva inseminación artificial: Estudio ley 22 de noviembre 1988*. Madrid: Central de Artes Gráficas, 1989, p.473

²⁸FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.232.

²⁹LIMA, Op.cit. p.134.

³⁰HERNANDEZ, Tomas Garcia. *Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales*. Local: La ley actualidad S.A., 1999, p123.

³¹MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. Aspectos da responsabilidade penal do médico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, 1996, p.45.

Segundo Pizón³², o médico para ter uma atuação em conformidade a *Lex artis* alguns elementos tornam-se necessários tais como: ser profissional idôneo; ter efetuado uma análise prévia do doente; dominar o diagnóstico; ter um conhecimento da doença que acomete o enfermo; empregar técnicas compatíveis e com aceitação no meio científico; ter o consentimento e/ou autorização do paciente e/ou familiares no caso de tratamentos e/ou intervenção cirúrgica que coloque a vida do paciente em risco.

O doutrinador Casabona³³, que define a *Lex artis* como regras em consonância com o estágio de atuação da ciência médica, adverte que, “a *Lex artis* não é imutável e nem é única, devendo ser conciliada com a liberdade de método e a abertura para novas técnicas e/ou procedimentos que tenham uma mínima aceitação na comunidade científica”. Assim, o médico pode ter a liberdade de atuar ou de adotar um tratamento ou um protocolo desde que esteja em aquiescência com a *Lex artis*.

Para o jurista Martinez-Calcerrada³⁴ cada conduta é uma *Lex*, referindo-se ao ato médico. E nesse contexto pode-se acrescentar que cada conduta médica compreende a aplicação de uma *Lex artis*, ou seja, o médico emprega ou sugere um procedimento ou tratamento ou cirurgia que é aplicável para um determinado caso concreto levando-se em consideração as limitações do paciente. Aqui, de acordo com Figueiredo Dias e Monteiro³⁵ é importante que o doente ou familiar relate todas as informações pertinentes para que o médico possa exercer uma conduta mais apropriada e satisfatória para a cura do paciente.

A *Lex artis* empregada para a área médica é atribuída à atuação do profissional e é um assunto que vem sendo debatido no âmbito do Direito Penal quando o médico por imprudência, negligência ou imperícia comete um erro ocasionando ou lesão ou morte do paciente, e nesse caso, o profissional pode ser responsabilizado penalmente.

O artigo de Schreiber³⁶ destaca que a *Lex artis* serve como parâmetro para a verificação dos elementos formais do crime, ou seja, se o médico atuou em conformidade com a *Lex artis*, está excluída a ilicitude. A mesma autora relata, também, em seu artigo, que para a averiguação de excludente de culpabilidade deve-se levar em consideração as circunstâncias

³²PINZÓN, Giovanni Valencia. *La Lex Artis*. Disponível em: http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf. Acesso em: 05 ago.2017.

³³CASABONA, Carlos Maria. *La actividad curativa* : Licitud y Responsabilidad Penal, Local: Boch, Casa Editorial, S.A.,1981, p.71.

³⁴MARTINEZ-CALCERRADA, Op. cit. p. 474

³⁵FIGUEIREDO DIAS, Jorge; MONTERIO, Jorge Sinde. *Responsabilidade médica em Portugal*. Separata do Boletim, do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, p.58

³⁶SCHREIBER, Simone *Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7271/reflexoes-acerca-da-responsabilidade-penal-do-medico/2>>. Acesso em: 20 ago.2017

adversas tais como: a disponibilização de equipamentos; a esterilização adequada de um recinto cirúrgico, a situação de emergência onde o médico conduziu o procedimento como era exigido e se baseou nas normas e técnicas da *Lex artis*, mas obteve um resultado adverso.

Segundo Moraes Filho³⁷ quando um erro médico que lesiona o paciente é proveniente de protocolos que são objetos de discussões científicas, o magistrado deve se nortear quanto a adequação da conduta do profissional com à *Lex artis* e assim levar em conta se considera ou não uma responsabilização penal ou abster-se de prolatar uma sentença condenatória.

E em conformidade com Schreiber³⁸ no que se refere ao descumprimento da *Lex artis* quanto à inobservância de regulamentos, mesmo sendo considerado um ato ilícito, não justifica aplicar uma responsabilidade penal para o médico caso não seja comprovado o nexo causal entre a conduta ilícita e o resultado lesivo.

Nos dias atuais os juristas desconhecem o aumento do número de processos criminais envolvendo principalmente homicídio culposo e lesão corporal, imputados aos médicos devido ao erro. E nesse diapasão, tais processos têm gerado um descontentamento para muitos médicos, pois muitas vezes apesar de seguirem as técnicas, instruções e procedimentos descritos nas bibliografias médicas, podem surtir resultados desfavoráveis, sem que para isso o profissional tenha contribuído.

É relevante frisar que na maioria dos casos em que ocorre a não obediência da *Lex artis*, configurando uma infração cometida pelo médico, o fato delituoso deverá ser comprovado diante de uma perícia apropriada e que seja elaborada por um especialista e aqui é importante acentuar que, para o Judiciário, muitas vezes, os laudos periciais são inconclusos ou sem efeito legal.

Um dos grandes problemas encontrados, a cada dia, na área médica, é a responsabilização penal por erro médico e que deve ser levado em conta pelos juristas ao proferirem suas decisões, como o descumprimento da *Lex artis*. Mas, para que os magistrados prolatem uma sentença de condenação à perícia deve ser clara e precisa.

Portanto é de grande relevância, tanto para Medicina quanto para o Direito, que ocorram mais debates com respeito à existência da relação entre a responsabilidade penal por erro médico e a *Lex artis*.

³⁷MORAES FILHO, Op.cit. p. 46.

³⁸SCHREIBER Op.cit. p. 11

CONCLUSÃO

O artigo científico baseou-se na elaboração de um panorama geral referente a grande problemática da atualidade que é a responsabilidade penal por erro médico proveniente do descumprimento da *Lex artis*.

Assim, para o desenvolvimento deste estudo fez-se imprescindível à exposição do instituto jurídico da responsabilidade penal, realizando uma análise histórica acerca da origem e de alguns pontos relevantes do erro médico propriamente dito e de suas particularidades.

De forma eficiente, abordou-se o conceito, o desenvolvimento e importância da *Lex artis* para o profissional que atua na área médica e evidenciou-se que a *Lex artis* impõe ao profissional médico o dever de atualização constante.

E, nesse contexto destacou-se o aspecto relevante quanto da apuração do dever objetivo de cuidado e a obediência à *Lex artis* pelo profissional da área médica.

Na presente pesquisa verificou-se a polêmica em torno da responsabilização penal do médico que ao causar um erro seja por imprudência, imperícia ou negligência ocasiona o óbito do paciente, esse profissional poderá ser condenado por homicídio culposo.

Frisa-se que no âmbito penal o médico somente é responsabilizado quando há provas concretas e contundentes de que houve um dos pressupostos da culpa.

Uma vez confirmada a morte de um paciente, que se encontrava sob os cuidados médicos e cujo óbito tenha decorrido devido a um erro, e caso seja constatado o nexos causal, inicia-se a jornada de averiguação de como adveio o erro médico utilizando-se de provas periciais, já que sem uma confirmação exata do fato delituoso extingue-se a responsabilidade penal do médico.

É relevante se evidenciar que sempre surge uma dificuldade natural para a obtenção de provas periciais técnicas e científicas que apontem para a responsabilização do médico pelo crime de homicídio. No entanto, cabe aqui ressaltar que isso não pode servir de base para encobrir várias mortes que poderiam ser evitadas e que um profissional que não cumpriu com as normas e técnicas definidas pela *Lex artis* não seja condenado e ficando assim impune.

Torna-se interessante assinalar que a responsabilidade penal não exclui outras responsabilidades de cunho patrimonial na esfera cível.

Destacou-se que a distância real que existe entre o avanço tecnológico e científico, da realidade de cada paciente deve ser levada em conta do ponto de vista jurídico-médico, para que possa ser determinada a responsabilidade ou não criminal do profissional da saúde, especialmente o médico.

Observou-se, durante o desenvolvimento do trabalho e pelas buscas bibliográficas que no Brasil pouco se tem escrito sobre a importância da *Lex artis* nos julgados dos Tribunais principalmente no que se refere à responsabilidade penal por erro médico, e isso deve ser revisto e discutido visto que a *Lex artis* que é um conjunto de normas e práticas corretas deve ser adotada e aplicada nas decisões jurídicas proferidas.

A responsabilidade penal proveniente de erro médico é um assunto tormentoso para o Judiciário cabendo assim ao juiz aplicar as orientações técnicas-doutrinárias para julgar um caso concreto, e especificamente no que tange ao homicídio culposo, levando-se em conta se o profissional obedeceu ou não a *Lex artis* e assim o magistrado pode proferir uma sentença condenatória ou não, com maior conhecimento.

A despeito de todo o exposto, em que se tem a composição médico-paciente muitas vezes essa relação pode se tornar uma tragédia quando por um erro do médico causado pela ruptura da *Lex artis* através dos elementos da imprudência, negligência e imperícia, leva a morte prematura do paciente.

Dessa forma, na seara jurídica, um número crescente de demandas judiciais a respeito da responsabilização penal médica vem ocorrendo, e isso se deve ao fato de que as provas periciais que constam no processo ou não são suficientes ou não conclusivas.

Vale frisar que, nesse cenário, existem profissionais que exercem criteriosamente a medicina e em conformidade com a *Lex artis* cumprindo, de forma brilhante, com *O Juramento de Hipócrates*.

Finalizando o artigo científico conclui-se que as falhas fazem parte do atuar do ser humano, sendo que na medicina os erros são mais agravantes pelo fato de ferir um dos princípios constitucionais mais importantes que é o princípio da dignidade da pessoa humana e também por se tratar do bem jurídico mais precioso que é a vida.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm>. Acesso em: 20 jul.2017.
- _____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 30 jun. 2017.
- _____. *Código de Ética Médica* Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 25 de junho de 2017.
- _____. Conselho Federal de Medicina. *Ementa nº 21/10*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2010/21_2010.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2017.
- _____. TJ-MG - *Apelação Criminal APR 10382130069653001* MG (TJ-MG). Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HOMIC%C3%8DDIO+CULPOS O.+TRATAMENTO+M%C3%89DICO&l=7dias>>. Acesso em 31 jul.2017
- _____. Processo-Consulta *CFM Nº 7.401-A/98* PC/CFM/Nº 19/1999. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/1999/19_1999.htm>. Acesso em: 25 jul.2017
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 20. ed. v. 1, Local: Saraiva, 2016.
- CASABONA, Carlos Maria. *La actividad curativa :Licitud y Responsabilidad Penal*. Local: Boch Casa Editorial, S.A. 1981.
- CASTRO, Laércio. *Erro médico o que?* Disponível em: <http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=184>. Acesso em: 25 jun. 2017
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. Local: Atlas, 2015.
- DUARTE, Melina. *A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel*. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>>. Acesso em: 10 de ago.2017.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; MONTERIO, Jorge Sinde. *Responsabilidade médica em Portugal*. Separata do Boletim, do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico - Doutrina, Legislação e Jurisprudência Atinentes à Profissão Médica*. 14. ed. Local: GEN – Forense, 2017.
- FREIRE Oscar. *Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1935.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. *Erro Médico: Reflexões*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>. Acesso em: 25 jun. 2017.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 3. ed. Montes Claros: Unimontes, 2001.

GÓMEZ, Pedro Montaña. *La responsabilidad penal de los médicos*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1986.

HENANDEZ, Tomas Garcia. *Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales*. Local: La ley actualidad S.A., 1999.

LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do médico e a *Lex artis*. *Revista Jurídica do Uniaraxá*, v. 2, n. 2, 1998.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La nueva inseminación artificial* Estudio: ley 22 de noviembre 1988, Madrid: Central de Artes Gráficas, 1989.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 32. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

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

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. Aspectos da responsabilidade penal do médico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, 1996.

PINZÓN, Giovanni Valencia. *La Lex Artis*. Disponível em: <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf>. Acesso em: 05 ago.2017.

REZENDE, Joffre Marcondes de. *O juramento de Hipócrates*. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-04.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

ROMEO-CASABONA, Carlos Maria. Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 13, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Espanha, 2007.

SANTIAGO, Emerson. *Código de Hamurabi*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SCHREIBER, Simone. *Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7271/reflexoes-acerca-da-responsabilidade-penal-do-medico/2>>. Acesso em : Acesso em: 20 ago.2017.