



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS DESAFIOS DA CONDENAÇÃO PENAL POR ERRO MÉDICO: QUAIS SÃO E O
QUE FAZER PARA SUPLANTÁ-LOS?

Renata Wolter

Rio de Janeiro
2019

RENATA WOLTER

OS DESAFIOS DA CONDENAÇÃO PENAL POR ERRO MÉDICO: QUAIS SÃO E O
QUE FAZER PARA SUPLANTÁ-LOS?

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

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Néli Luíza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

OS DESAFIOS DA CONDENAÇÃO PENAL POR ERRO MÉDICO: QUAIS SÃO E O QUE FAZER PARA SUPLANTÁ-LOS?

Renata Wolter

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito da Tecnologia pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Administração de Empresas pelo IBMEC.

Resumo – A responsabilização penal no caso de erro médico é pautada na culpa em sentido estrito. Isso quer dizer que não basta a comprovação da autoria e materialidade do crime, sendo imprescindível a comprovação do elemento subjetivo culpa, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia. É um tema de destaque, pois envolve o bem jurídico mais precioso do ser humano, a vida, sendo crescente o número de denúncias nesse sentido. Visando encontrar a solução para o problema, o presente trabalho foi desenvolvido com a utilização do método dedutivo, onde se buscou entender as causas desse aumento e quando deve o médico ser punido. Abordou-se a responsabilidade penal de maneira geral e a responsabilidade penal médica. Por fim, verificou-se que apesar de ser um tema recorrente, as ações e condenações penais não são tão comuns, pois a comprovação da conduta delituosa não é tarefa fácil. No mais, argumentou-se que a solução para esses conflitos, não deve ser pautada apenas na condenação ou na majoração das penas cominadas, e sim na melhora da relação médico-paciente, na melhoria das condições de trabalho, assim como na observação dos deveres gerais de cuidado, previstos nas regras estabelecidas no Código de Ética Médica, Código Penal e demais legislação correlata.

Palavras-chave – Direito Penal. Responsabilidade Penal Médica. Crime culposo.

Sumário – Introdução. 1. Definição, modalidades e características do crime culposo com ênfase no contexto do erro médico 2. Responsabilidade penal médica: em que se baseia e por que é tão difícil prová-la? 3. O que pode ser feito na ocorrência de um erro médico? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a falta de condenações criminais diante de um número significativamente alto de erros médicos. Procura-se demonstrar que essa falta de condenações criminais gera um sentimento de impunidade bastante nocivo e, talvez, responsável por tantas mortes causadas pela negligência, imperícia ou imprudência médica, tão recorrentes nos hospitais do nosso país.

Para tanto, são analisados julgados, além das posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir estabelecer se a falta de condenações é, ou não, um dos motivos pelos quais o número de mortes por erro médico é tão alto.

A análise de estatísticas recentes, divulgadas em pesquisa realizada pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pelo Instituto de Estudos de

Saúde Suplementar (IESS)¹, demonstra que, em 2015, os chamados "eventos adversos" – erros gerados por negligência, imperícia ou imprudência - causaram 434.000 óbitos, o equivalente a mais de 1.000 mortes por dia. Tais números colocam esses eventos como a primeira ou segunda causa de óbitos no país, à frente das doenças cardiovasculares, que mataram 339.672 pessoas, ou câncer, com 196.954 óbitos, nesse mesmo período.

Parece claro que, na essência do exercício da Medicina, está a liberdade técnica do profissional de atuar com a discricionariedade necessária para encontrar sempre as soluções mais adequadas a cada caso. No entanto, o médico tem o dever ético-profissional de atuar com prudência, diligência e competência para tratar seu paciente, empenhando-se na luta pela saúde contra a doença, pela vida contra a morte.

É importante ressaltar que responsabilizar criminalmente o médico infrator não significa perseguir profissionais, nem tampouco reprimir erros humanos compreensíveis e escusáveis. Significa, na verdade, um direito da sociedade e um dever do Estado.

Nesse contexto, cumpre lembrar que, no Brasil, a teoria adotada pelo Código Penal em relação à função da pena é a mista ou unificadora, segundo a qual o magistrado, ao decidir pela pena a ser aplicada ao caso concreto, deve ter por base dois objetivos: a reprovação e a prevenção do crime.

O tema, portanto, merece atenção, uma vez que a situação que se apresenta, com tantos óbitos decorrentes de má prática médica, é um problema social grave, o qual precisa ser corretamente identificado e combatido.

Para melhor compreensão, busca-se entender, por meio da análise de um determinado número de sentenças absolutórias, as razões que levam o Judiciário a condenar tão poucos médicos na esfera criminal. Pretende-se, portanto, identificar quais razões podem ser responsáveis por obstar as condenações, sendo certo que a condenação criminal talvez seja a peça que falta para coibir esse tipo de conduta.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as características do crime culposo e suas modalidades no contexto do erro médico.

No segundo capítulo, pesquisa-se em que consiste a responsabilidade penal médica e busca-se entender, através da análise dos vastos julgados absolutórios, os motivos pelos quais ela é tão difícil de provar.

¹ COUTO, Renato Camargos e outros. *Erros acontecem – A força da transparência para o enfrentamento dos eventos adversos assistenciais em pacientes hospitalizados*. Disponível em <https://www.iess.org.br/?p=publicacoes&id=806&id_tipo=15>. Acesso em: 31 jul. 2019.

Já no terceiro capítulo, pondera-se que o bem jurídico afetado é o bem jurídico tutelado mais importante do ordenamento jurídico brasileiro. Tanto a Constituição da República de 1988, quanto o Código Penal Brasileiro estipulam a proteção à vida como direito indisponível e universal. Ademais, procura-se esmiuçar as possibilidades de responsabilização do profissional em caso de erro médico.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora gerou uma hipótese - a de que a falta de condenações criminais provoca um sentimento de impunidade bastante nocivo e, talvez, responsável por tantas mortes causadas pela negligência, imperícia ou imprudência nos hospitais de todo o país - a qual acredita ser viável e adequada para analisar o objeto da pesquisa, em busca de sustentação para os casos concretos.

Para isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese em estudo.

1. DEFINIÇÃO, MODALIDADES E CARACTERÍSTICAS DO CRIME CULPOSO COM ÊNFASE NO CONTEXTO DO ERRO MÉDICO

Dispõe a Lei de Introdução² ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei n° 3.914/41) que:

considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa e cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

Ou seja, o Código Penal vigente não define “crime”, o que fez com que tal tarefa coubesse à doutrina nacional.

Especificamente em relação ao crime culposo é importante, antes de tudo, entender o que é culpa. Nas palavras de Cesar Roberto Bittencourt³, culpa é a “inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível”. A partir daí, é possível definir crime culposo como a ação ou omissão que produz um resultado antijurídico não desejado, mas previsível, e que poderia ter sido evitado se o agente tivesse observado seu dever de cuidado.

²BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

³ BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, v.1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 381.

Com isso, pode-se dizer que os elementos do delito culposo são a conduta humana voluntária, seja ela comissiva ou omissiva; a inobservância do dever objetivo de cuidado; a produção de um resultado lesivo não desejado; o nexo causal entre conduta e resultado e a previsibilidade do resultado.

Ademais, estabelece o artigo 18, II, do Código Penal que é culposo o crime “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. É interessante observar que enquanto na Europa é usada uma terminologia genérica de “delitos imprudentes”⁴ para qualquer modalidade de crime culposo, sendo que tanto a imprudência quanto a negligência supõem a inobservância de cuidados recomendados, já a imperícia é vista apenas como uma forma especial de imprudência ou de negligência, o ordenamento jurídico brasileiro, em contrapartida, impõe a distinção entre as três modalidades mencionadas acima no dispositivo legal.

A imprudência (*culpa in faciendo ou in committendo*) é a prática de uma conduta positiva perigosa, um fazer alguma coisa, sem o devido dever de cautela. A pessoa não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como na negligência. Aqui, a pessoa age, mas toma uma atitude diversa da esperada. O exemplo recorrente da doutrina é o do motorista que dirige embriagado ou acima da velocidade permitida. Ou seja, o agente sabe que está agindo arriscadamente, mas por acreditar que não produzirá o resultado, avalia mal, e o resultado não desejado acaba acontecendo. Na seara médica, podemos reputar imprudente um cirurgião que sabendo realizar uma cirurgia por um método conhecido e bastante utilizado por ele, opta por tentar método novo e, com isso, acarreta graves danos a um paciente.

Na negligência (*culpa in ommittendo*) por sua vez, alguém deixa de tomar uma atitude ou apresentar uma conduta que era esperada para a situação. A pessoa deixa de agir com precaução, em outras palavras, não faz o que deveria ter feito. É um comportamento desleixado que gera uma ação descuidada, um ato predominantemente omissivo. Por exemplo, o pai que deixa arma de fogo ao alcance dos filhos, ou o motorista que sabe que seus freios estão gastos, mas trafega mesmo assim. A negligência médica se dá, por exemplo, quando um obstetra chamado para fazer um parto de risco, resolve não fazê-lo, esperando que o bebê nasça sozinho, sem qualquer auxílio e, como consequência, o bebê morre.

Já a imperícia é a falta de capacidade, despreparo, inaptidão para o exercício de arte, profissão ou ofício. Para a caracterização da imperícia, é necessário constatar a inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ou a ausência de conhecimentos

⁴ Como, por exemplo, o Código Penal espanhol.

básicos elementares de uma profissão. No caso de um médico, se ele não tem habilitação em cirurgia plástica e, mesmo assim, realiza uma cirurgia desta natureza, que causa deformidade no paciente, ele age com imperícia.

A culpabilidade pode, ainda, subdividir-se em dolo eventual e culpa consciente, sendo que em ambos, há a previsão do resultado proibido.

Na culpa consciente, o agente assume o risco de produzir o resultado, mas não o quer e acredita, sinceramente, que tal resultado não vai ocorrer. Em contrapartida, no dolo eventual, previsto na segunda parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal, o agente assume o risco e concorda com o resultado que já havia previsto. Como sustenta Wessels⁵, há dolo eventual quando o autor não se deixar dissuadir da realização do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e em razão do fim pretendido, ele tenha se conformado com o risco da produção do resultado ou mesmo concordado com a sua ocorrência e, por isso, não desiste de praticar a ação.

O médico, em seu exercício profissional, lida diretamente com os mais importantes bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, que são a saúde, a vida e a integridade física das pessoas. Por isso é tão importante a identificação da conduta, em cada caso concreto.

A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada a culpa do profissional. A modalidade culpa, como visto acima, advém de negligência, imprudência ou imperícia e as excludentes aplicáveis aos médicos são o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

Outrossim, a responsabilização dos médicos pode ocorrer ainda em razão de uma ação negativa como, por exemplo, a omissão de socorro. A relação (nexo de causalidade) está entre a omissão e o resultado. Se esta der condições ao resultado, é considerado como causa.

Cumpra observar, ainda, que os delitos praticados por médicos em regra são a lesão corporal culposa, prevista no artigo 129, § 6º e, em casos extremos, o homicídio culposo, do artigo 121, § 3º, ambos do Código Penal. Não é comum que os médicos sejam condenados na forma dolosa.

⁵ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 53.

2. RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA: EM QUE SE BASEIA E POR QUE É TÃO DIFÍCIL PROVÁ-LA?

Antes de adentrar na seara da reponsabilidade penal médica, é importante ressaltar que a responsabilização civil do profissional médico é bastante comum em nossos tribunais. Como regra geral, a responsabilidade civil do médico é de natureza subjetiva, o que significa que a culpa desse profissional precisa ser provada por quem alega ter sofrido o dano.

A responsabilidade civil é regida tanto pelo Código Civil, no artigo 951, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, §4º. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência pacificaram o entendimento que a relação entre médico e paciente possui natureza consumerista, uma vez que o objeto dessa relação jurídica é a prestação de um serviço especializado por um profissional liberal (médico) ao tomador do serviço (paciente).

Porém, de alguma forma, ao que parece em uma análise incipiente, as pessoas, face à ocorrência de um erro médico, contentam-se com uma reparação civil e não buscam a condenação criminal do profissional.

Ocorre que, não precisa e nem deve ser ou uma, ou outra. A responsabilização civil vai lidar basicamente como uma forma de reparação, enquanto a penal vai representar, na verdade, a punição de um profissional que tenha agido com culpa.

Justamente por isso, considera-se que a responsabilidade penal médica é fundada na infringência de deveres de diligência ou de cuidado, que acabam por violar o bem jurídico tutelado, que pode ser a vida, a saúde ou a integridade física e psíquica das pessoas.

Uma observação importante que deve ser feita é que, conforme já destacado, o médico tem obrigação de meio e não de resultado, ao tratar um paciente. Isso significa que ele deve dar ao paciente o tratamento adequado para a enfermidade identificada e, para tanto, dispor de todos os recursos locais que estejam disponíveis.

Mas o fato de a obrigação ser de meio dá a falsa impressão a alguns profissionais médicos de que, não possuindo determinadas ferramentas a sua disposição, podem se eximir da responsabilidade quanto ao tratamento do paciente. É bastante comum nos hospitais públicos, inclusive, um médico deixar de atender um paciente, alegando que naquele estabelecimento não há especialista para determinada enfermidade. O paciente muitas vezes vai a óbito ou fica permanentemente lesionado, por essa recusa de tratamento.

Inevitavelmente, para a compreensão da problemática penal médica, é imprescindível o estudo da dogmática penal. Nas palavras de Assis Toledo⁶:

O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais.

Dessa forma, a circunstância do ato médico ser considerado lesivo ao bem jurídico protegido, decorre da análise da conduta, seja ela por ação, ou omissão, que resulte no fato típico descrito tanto no artigo 129, §6º (lesão corporal culposa), quanto no artigo 121, §3º (homicídio culposo), ambos do Código Penal Brasileiro.

O ato médico deve ser analisado e avaliado, necessariamente, nas condições de modo, tempo e circunstâncias em que foi realizado. Aqui é importante observar que do ponto de vista jurídico-penal, conduta é “a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”⁷.

Daí, no caso de um erro médico a análise recai sobre a conduta do profissional ao tratar o paciente. O mais importante é provar com exatidão se o resultado advindo dessa conduta foi responsável, ou não, pela lesão corporal ou morte do paciente e, mais ainda, se esse resultado podia ser evitado de alguma forma. Se a conduta médica foi praticada dentro da conformidade com a técnica e atuação médica esperada, não há que se falar em crime.

Resta claro, portanto, que a culpa médica, pelas suas características inerentes e subjetivas é de difícil comprovação. Salvo melhor juízo, os obstáculos existentes para comprovação de uma culpa médica repousam, entre outros, nos seguintes fatores: natureza confidencial das relações médico-paciente, silêncio daqueles que assistem ao ato médico ou que dele participam, desaparecimento do prontuário e o aspecto demasiado técnico da maioria das culpas médicas danosas.

Além disso, sendo os juízes leigos em matéria médica, não possuem condições para a avaliação precisa da culpa médica. Recorrem, pois, necessariamente, à perícia médica para fundamentar a sua decisão. E aqui, é importante ressaltar que mesmo sendo médico, o perito deve ser isento para ajudar a elucidar os fatos.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.79.

⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, p.227.

Em Portugal, por exemplo, foi noticiado⁸ que as decisões dependem de um juízo técnico que os juízes não possuem, em relação à prática da Medicina. Mas há, no entanto, um checklist nas cirurgias, que podem evitar muitos riscos. O representante para os pacientes da ONU junto à Organização Mundial da Saúde alertou que, quando alguém entra em qualquer hospital do mundo, há 10% de probabilidades de ser vítima de erro médico e, destes, um em cada 300 acaba morrendo. Recente pesquisa do *British Medical Journal*⁹, publicada em 17 de julho de 2019, dá conta que o dano evitável ao paciente é um problema sério em todos os ambientes de atendimento médico, sendo que pelo menos um em cada 20 pacientes é afetado por tais danos ao se submeter a cuidados médicos. Mais ainda, aproximadamente 12% dos danos evitáveis ao paciente causam incapacidade permanente ou morte e estão relacionados, principalmente, a incidentes com drogas, tratamento terapêutico e procedimentos clínicos invasivos.

Outra importante questão, que ocorre nos casos de erro médico, é que a prova da autoria e materialidade da infração penal depende de elementos de difícil acesso aos autores. As provas testemunhais, por exemplo, esbarram no corporativismo da classe médica. Além disso, o prontuário e exames ficam de posse dos médicos. A falta de transparência e as dificuldades no acesso às informações contidas em repositórios dificulta sobremaneira a produção de provas. Recentemente, foi editada a Lei n° 13.787/18 que dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente, demonstrando, portanto, a relevância do tema.

Finalmente, um outro fator que dificulta as condenações criminais de casos de erro médico é o pensamento que muitos, senão a maioria, dos familiares tem de que a condenação do profissional não vai trazer o ente querido de volta à vida, ou reverter o dano sofrido. Apesar de totalmente compreensível, tal pensamento fomenta a impunidade desses profissionais, que acham que ter que pagar uma indenização civil é o máximo que lhes pode acontecer. E como, para isso, existe o seguro médico, a sensação de impunidade reina absoluta.

⁸ FRANCO, Sandra; NEUBARTH, Nina. *Gestão de riscos contra erros médicos*. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-26996-gestao-riscos-contr-erros-medicos-artigo-sandra-franco-e-nina-neubarth>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁹ PANAGIOTI, Maria e outros. *Prevalence, severity, and nature of preventable patient harm across medical care settings: systematic review and meta-analysis*. Disponível em: <<https://www.bmj.com/content/366/bmj.l4185>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

3. O QUE PODE SER FEITO NA OCORRÊNCIA DE UM ERRO MÉDICO?

Antes de mais nada é importante ressaltar que o bem jurídico afetado por um erro médico é o bem jurídico tutelado mais importante do ordenamento jurídico brasileiro. Tanto a Constituição da República de 1988, quanto o Código Penal Brasileiro estipulam a proteção à vida como direito indisponível e universal.

O erro médico não deve ser confundido com o acidente imprevisível e o resultado incontrollável. O erro se baseia na culpa do profissional, que produz um dano à vida ou à saúde do paciente.

Já no acidente imprevisível o resultado lesivo decorre de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto e evitado. O resultado incontrollável acontece quando uma situação grave evolui de modo implacável, não havendo nada a ser feito.

Como todo e qualquer dano, o erro médico acarreta responsabilização. A particularidade é que essa responsabilidade é chamada de subjetiva ou fundada na culpa. Isso quer dizer que do erro médico não nasce diretamente o dever de indenizar. Esse é o sentido do art. 14, § 4º, do Código do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Ou seja, é preciso provar que houve nexos causal entre o ato praticado pelo médico e a consequência danosa para o paciente. E é justamente aqui, que se encontra a maior dificuldade para a vítima do erro médico, pois os fatos se dão em ambientes restritos (consultório, sala de cirurgia etc.) e essa comprovação depende, então, do relato de outros médicos e/ou enfermeiros, de cópia dos prontuários, o que quase sempre esbarra no corporativismo, isto é, na solidariedade entre profissionais da mesma área.

Diante de um erro médico, a pessoa tem dois caminhos: recorrer ao CRM ou à Justiça. No primeiro caso, o Conselho Regional de Medicina deve ser acionado sempre que o médico cometer uma infração ética, ou seja, sempre que ele descumprir qualquer de seus deveres estabelecidos no Código de Ética Médica e nas demais normas legais referentes. Assim, no caso de o médico descumprir seus deveres, o paciente, ou qualquer pessoa que tomar conhecimento do fato, poderá denunciá-lo ao Conselho, que instaurará uma sindicância.

A sindicância contra o médico também pode ser instaurada pelo próprio Conselho Regional de Medicina, mesmo sem a apresentação de denúncia, quando este órgão tomar conhecimento, por qualquer meio, da infração ética cometida por algum médico.

Tanto o denunciante quanto o denunciado têm as mesmas oportunidades de apresentar provas de acusação e defesa, com a possibilidade da presença de advogados. Eles serão ouvidos,

assim como as testemunhas que indicarem - até o máximo de cinco para cada. Após a apuração, ocorre o julgamento, que é realizado pelas Câmaras de Julgamento, formadas por médicos conselheiros dos Conselhos de Medicina, que decidirão pela inocência ou culpa do médico.

Se for declarado culpado, o profissional receberá uma das cinco penas disciplinares aplicáveis, pela ordem de gravidade, previstas no artigo 22 da Lei nº 3.268/57, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Vejamos:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros, são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

A advertência confidencial é uma punição exclusivamente moral, pela qual o Conselho de Medicina adverte o médico, reservadamente, da infração ética por ele cometida.

A censura confidencial, assim como na advertência, trata-se de punição exclusivamente moral, pela qual o Conselho de Medicina adverte mais seriamente o médico, ainda de modo reservado.

Já a censura pública é uma punição que visa tornar pública, mediante sua publicação nos Diários Oficiais dos Estados ou da União, a infração ética cometida pelo médico.

A suspensão do exercício profissional em até 30 dias é a punição pela qual o Conselho de Medicina impede o médico de exercer sua profissão por até 30 dias.

Por último, a cassação do exercício profissional implica no cancelamento do registro profissional do médico, impedindo-o de exercer a medicina, desde que seja referendada pelo Conselho Federal de Medicina.

Em contrapartida, cabe ao Poder Judiciário a tutela dos direitos lesados e a resolução de conflitos de forma definitiva. A Justiça pode ser acionada independentemente da decisão administrativa do Conselho, e para tanto nem é preciso esperar o término do processo administrativo. Caso já haja decisão administrativa sobre o caso, ela poderá ser usada como prova e influenciar a decisão judicial, mas o juiz não é obrigado a seguir tal decisão.

Nesse contexto, é importante ressaltar que nem todo resultado atípico e indesejado no exercício da medicina é de responsabilidade do médico. A condenação criminal deve, como já explanado, necessariamente estar baseada nonexo causal entre a conduta do médico e o resultado lesivo do paciente. O que tem ocorrido nos Tribunais, no entanto, é um número grande de decisões favoráveis aos médicos baseadas, justamente, na falta de comprovação da causalidade entre a conduta e resultado. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PROFISSIONAL E O RESULTADO MORTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. RECURSO IMPROVIDO. I - O erro médico caracteriza-se pela presença da quebra do dever de cuidado, bem como diante da imperícia, imprudência e negligência por parte do profissional, que tenha dado causa ao dano sofrido pelo paciente. II - A acusação de homicídio culposo, deveras grave, exige prova cabal, segura e plena do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, suficientemente apta a embasar um decreto condenatório. III - In casu, o laudo necroscópico, o laudo pericial e o depoimento das testemunhas, tanto de acusação quanto de defesa, são capazes de apontar, ao máximo, mera presunção da causa mortis. IV - Diante da inexistência de comprovação indubitável da culpa do apelado e em atenção ao princípio in dubio pro reo, a manutenção da sentença absolutória é medida que se impõe.¹⁰

DIREITO PENAL - HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - ARTIGO 121, § 3º E 4º, DO CP - CULPA NÃO COMPROVADA - IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Impõe-se absolver o médico quando, denunciado pela prática do crime previsto no artigo 121, § 3º e 4º, do CP, não restar cabalmente comprovada a sua culpa pelo evento danoso. V.V. APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO - MÉDICO - NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA DE PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE MÉDICA - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DOS CONSELHOS FEDERAIS E ESTADUAIS. Restando comprovado que o apelante negligenciou no tratamento dispensado à vítima, não determinando em tempo hábil medidas eficazes que a situação exigia, deve ser mantida a condenação nas sanções do artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, por existir Legislação Específica, compete ao Conselho Federal e Estaduais de Medicina, julgar os profissionais da classe em razão desta atividade, não competindo ao Poder Judiciário, proibir o exercício da medicina.¹¹

CONCLUSÃO

A primeira e mais importante conclusão a que se chega no presente trabalho é que ainda há muito a ser feito na seara da punição criminal por erro médico. É de se destacar que a responsabilidade penal por erro médico tem seu fundamento na culpa, isso quer dizer que além dos elementos formadores do crime, como a conduta humana, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade, é necessário que haja a inobservância de um dever de cuidado - negligência, imprudência ou imperícia -, o resultado lesivo involuntário e a previsibilidade.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. ACr nº 0022722-67.2005.8.04.0001. Relator: Dr. Jomar Ricardo Saunders Fernandes. Disponível em <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533774859/227226720058040001-am-0022722-6720058040001/inteiro-teor-533774869?ref=serp>>. Acesso em 10 jul. 2019.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ACr nº 1.0672.02.094427-4/001. Relator: Dr. Adilson Lamounier. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6011867/106720209442740011-mg-1067202094427-4-001-1/inteiro-teor-12146824?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 jul. 2019.

Nesse viés, o médico não pode ser responsabilizado pelo agravamento da saúde do paciente em virtude de fatores adversos, como a culpa exclusiva do paciente ou do hospital, a imprevisibilidade de acontecimentos e a imperfeição da medicina. Sabe-se, que o médico lida com aquilo que há de mais precioso, a vida, de modo que a responsabilização penal deste profissional pelo cometimento de erros médicos tem como função assegurar à vítima e à coletividade, a punição dos profissionais irresponsáveis e inconsequentes que quebram um dever geral de cuidado.

Em que pese o aumento de ações judiciais nesse sentido, verifica-se pela jurisprudência que na esfera penal as condenações não são tão comuns, visto que existe bastante dificuldade para comprovação do erro médico.

Analisando o posicionamento dos tribunais a esse respeito, o que se observa é que na maioria das vezes a absolvição dos réus se dá pelo princípio do *in dubio pro reo* e, por não haver nos autos, provas contundentes para amparar o decreto condenatório.

O problema está, justamente, na vítima ou família da vítima conseguir reunir provas suficientes para embasar uma decisão condenatória. É condição *sine qua non* para que a sanção penal seja imposta a alguém que a materialidade da infração esteja cumpridamente provada, pois em nosso sistema ninguém pode ser condenado sem que haja prova da existência do crime.

Ademais, quando há condenação, a pena é ínfima, a exemplo do homicídio culposo, cuja pena máxima é de três anos de detenção, que poderá ser substituída por penas restritivas de direito se preenchidos os requisitos legais.

Vale ainda a ressalva que o erro de diagnóstico e tratamento é assunto que suscita, sempre, acalorado debate doutrinário e jurisprudencial. Não é propriamente o erro que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu. Deve-se indagar se o profissional recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação e tratamento da doença, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre acessíveis a todos os profissionais.

Impõe-se verificar, ainda, se em busca da cura da doença diagnosticada, foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática. O médico enfrenta dúvidas científicas, com várias alternativas possíveis e variados indícios, por vezes equívocos, quanto aos sintomas do paciente. Não raro, as próprias queixas do doente induzem o médico a imaginar a ocorrência de patologia inexistente. Há casos duvidosos, com alternativas idôneas, todas a merecer respaldo da ciência médica. Por isso, o erro pode ser, facilmente, escusável.

Não o será, por óbvio, em se tratando de erros grosseiros, evidentes, em caso de grave negligência, imprudência ou imperícia.

Quando se identifica, por exemplo, negligência na conduta e, sobretudo, absoluta ausência de acompanhamento da evolução dos sintomas apresentados pelo doente, aí surge a culpa médica. Ou seja, quando as conclusões do médico não condizem com a realidade, ocorre o erro. Se o diagnóstico e tratamento se revela equivocado – e sobrevém dano ao paciente – incumbirá ao julgador assentar se o erro pode ser, ou não, considerado escusável.

Por fim, verifica-se que a solução para esses conflitos suscitados por erros médicos, não deve ser pautada única e exclusivamente na majoração das penas cominadas, mas também, na melhoria do atendimento médico aos pacientes. Necessário ainda, que se invista na melhoria das condições de trabalho destes profissionais, que são, não raras vezes, precárias. A fim de evitar que o médico incorra em erro, buscando erradicar ou ao menos minimizar as ocorrências desses crimes, sugere-se também que o profissional observe os deveres gerais de cautela e siga as regras estabelecidas no Código de Ética Médica e nas demais legislações correlatas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 23. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 16 abr. 2018.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. *Lei de Introdução ao Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13914.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CFM. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 23 mar. 2019.

COUTO, Renato Camargos e outros. *Erros acontecem – A força da transparência para o enfrentamento dos eventos adversos assistenciais em pacientes hospitalizados*. Disponível em <https://www.iess.org.br/?p=publicacoes&id=806&id_tipo=15>. Acesso em: 31 jul. 2019.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus Fundamentos Empíricos*. Curitiba: Juruá, 2006.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Sandra; NEUBARTH, Nina. *Gestão de riscos contra erros médicos*. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-26996-gestao-riscos-contra-erros-medicos-artigo-sandra-franco-e-nina-neubarth>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2000.

MINOSSI, José Guilherme. *Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina*. Rev. Col. Bras. Cir., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 90-95, fev. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010069912009000100016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 7 dez. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 28. ed., vol. 1, São Paulo: Atlas, 2010.

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

PANAGIOTI, Maria e outros. *Prevalence, severity, and nature of preventable patient harm across medical care settings: systematic review and meta-analysis*. Disponível em: <<https://www.bmj.com/content/366/bmj.l4185>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Alexandre Martins dos. *Responsabilidade penal médica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.