

UNISAL

Fernanda Aparecida Bernardo Valiante

A Responsabilidade Penal do Médico

Lorena

2013

UNISAL

Fernanda Aparecida Bernardo Valiante

A Responsabilidade Penal do Médico

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Centro Universitário Salesiano, U. E. Lorena, sob a orientação da Prof^a Luzia Ragazini.

Lorena

2013

Dedico a todos aqueles a quem amo.
A todos aqueles que acreditaram em meu trabalho.
E a todos que me acompanharam durante essa etapa.

Agradecimentos

Agradeço acima de tudo a Deus, pai misericordioso que sempre está presente em todos os meus projetos.

Em especial agradeço minha professora Thalita Silveira, que foi uma extraordinária mestra, oferecendo disponibilidade e confiança, principalmente a amizade.

À minha orientadora Professora Luzia Ragazini, condução no processo de elaboração deste Trabalho de Conclusão de Curso.

À minha muito mais que amiga Jéssika ofereço um agradecimento mais do que especial, por ter vivenciado comigo passo a passo todos os detalhes deste trabalho, ter me ajudado, durante toda a coleta, por ter me dado todo o apoio que necessitava nos momentos difíceis, todo carinho, respeito.

“Não corrigir erros é o mesmo que cometer novos erros”.

CONFÚCIO (551- 479 a.C)

Resumo

O referido trabalho objetiva a abordagem das condutas médicas em um enquadramento de atos ilícitos penais e consequentes punições decorrentes destes. Para isso será abordada as peculiaridades do profissional da medicina, análise da estrutura do crime no direito penal, pontuação da responsabilidade do médico, suas consequências e condenação penal. Partindo do contexto histórico em que o médico tem seu papel designado pela sociedade, variando conforme a evolução. Em continuidade serão abordados os direitos e deveres do profissional da medicina, bem como o erro e sistemática da conduta. Sequencialmente serão abordados os elementos formadores do conceito de crime pontuando fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. Adiante tratar-se-á incidências de maior recorrência tais como: emissão de atestado falso, omissão de notificação, etc. Mencionando então a dificuldade probatória na responsabilidade médica, neste momento discorrer-se-á sobre o tema principal que é a Responsabilidade Penal do Médico. Finalizando, serão apresentadas as consequências penais da condenação do médico e conclusão.

Palavras-chave: Erro Médico. Direito Penal. Responsabilidade Penal.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
1 – Aspecto histórico da responsabilidade penal do médico	10
2 – Do profissional da medicina.....	13
2.1 – Direito e obrigações do médico.....	13
2.2 – Do erro médico	16
2.3 – Sistemática da Conduta	21
3 – A estrutura do crime no direito penal.....	24
3.1 – Fato típico	24
3.2 – Antijuridicidade.....	25
3.3 – Culpabilidade	25
4 – Tipos penais de maior incidência	27
4.1 – Violação de sigilo profissional	27
4.2 – Dever de comunicação de crime.....	27
4.3 – Omissão de notificação.....	28
4.4 – Emissão de atestados falsos	29
4.5 – Aborto	30
5 – A dificuldade probatória na responsabilidade médica	33
6 – Responsabilidade Penal do Médico.....	36
6.1 – A sistemática da culpa nas condutas médicas.....	36
6.1.1 – Negligência.....	37
6.1.2 – Imprudência	38
6.1.3 – Imperícia	39
7 – Consequência da condenação penal.....	41
8 – Conclusão	44
Referências Bibliográficas	45

Introdução

Todo e qualquer ser humano é suscetível à dor e as enfermidades recorrentes da genética, do lapso temporal ou de acidentes provenientes do cotidiano.

Para preservar sua saúde, estado físico e mental hígidos, procuram o médico, profissional, desempenhar da melhor forma sua função, este por via de regra com responsabilidade de meio e não de resultado.

A medicina visa prevenir os males e a melhoria dos padrões de saúde, contribuindo para que haja completo estado de bem estar físico e psíquico da pessoa.

A vida em sociedade cultua regras de condutas cravadas em lei de que aqueles que causam dano a outrem se tornam obrigados a repará-los e desta forma não é diferente aos profissionais da medicina.

O ramo do direito penal tutela dentre outros o bem jurídico mais importante que é a vida, bem como também o faz o médico.

Há alegações de profissionais da medicina, quais pretendem atenuar a responsabilidade médica, de que a punição levaria a uma inibição e a um entrave ao processo científico, tornando a medicina corriqueira e por vezes ineficaz.

A fim de aprofundar este questionamento abordaremos a responsabilidade penal do médico, tendo em vista que o erro médico pode configurar um crime, para tanto serão analisadas circunstâncias que caracterizam a transgressão do ordenamento jurídico na conduta médica. Conseqüentemente análise das penalidades previstas judicialmente a estes profissionais em tais circunstâncias, abordando as evidências consideradas como falha médica.

.No primeiro capítulo será relatado o histórico da atividade médica e como está é vista sob circunstâncias de erro, bem como as conseqüências aplicadas diante do momento histórico em que se davam.

No capítulo seguinte serão apresentados os direitos e obrigações do médico, assim como será caracterizada um mau ato médico, ponderar se a o debate caloroso da população representada neste momento pelo paciente (desta

forma aquele que nesta relação deve ser cuidado) e do outro lado a classe médica que questiona as punições justificando que tal possibilidade tende a inibir sua atuação.

O terceiro capítulo esta reservado a estrutura do crime diante da legislação brasileira, contando com os fatores que determinam um ato criminoso.

Será tratado no quinto capítulo os tipos comuns de violação penal exercida pelo profissional da medicina, como aborto, emissão de atestado falso, violação de sigilo profissional dentre outros.

O capítulo seguinte abordará a dificuldade probatória na responsabilidade médica, dano continuidade ao trabalho, será examinado a responsabilidade penal do médico a partir da sistemática da culpa.

Finalizando serão apresentadas as conseqüências da condenação penal, que visa apontar perante o ordenamento jurídico o que estão previsto para cada ato de violação.

Como fechamento as considerações finais trarão um apontamento conciso de todo trabalho exposto. Recordando que este trabalho restringe se a uma das modalidades quanto a condenação do erro médico, ja que existe a responsabilidade civil e administrativa.

1 - Aspecto histórico da responsabilidade penal do médico

Para entendermos a responsabilidade penal do médico se faz necessário adentrarmos na história da responsabilidade médica.

O respeito obtido pela figura do medico não vem de hoje, tem sua origem na gênese da sociedade onde eram vistos “como deuses”.

Houve uma evolução na responsabilidade, tanto penal como civil, pois eram indissociáveis, José Cretella Junior nos ensina (Curso de Direito Romano, 20^a ed., Rio de Janeiro, Forense, pp.303-4, 1997) que na fase primitiva, aquele que foi alvo de um delito, ou seus parentes, através de uma vingança privada não regulamentada, infligiam aleatoriamente um castigo ao responsável e a seus familiares pelo delito. (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.21).

Todos eram punidos pelo delito de um, daí vem a pena de talião (“olho por olho, dente por dente”) o que já foi um progresso tendo em vista que o castigo era apenas para quem cometia fato delituoso. Surge então a *proporcionalidade regulamentada*. O lesado tinha a opção de exercer a vingança privada ou deixar de exercer o direito de vingança e receber por isso um valor pecuniário, ou seja, uma compensação pecuniária.

Logo após surge o período da composição legal, tal qual passou a ser obrigatória, ou seja, para cada delito praticado era paga uma determinada quantia determinado pelas normas vigentes. Anos mais tarde a composição fora substituída pela atuação do estado, passou este a ter como uma de suas atribuições a punibilidade dos delitos.

No início o Brasil seguia o a orientação da Lei da Boa razão, em 1930, com surgimento do código criminal, introduziu se o instituto da satisfação, “o iniciador do ressarcimento em nosso ordenamento jurídico [...]” (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.22).

Posteriormente, foi Teixeira de Freitas quem consolidou a responsabilidade civil como independente da responsabilidade criminal.

“O ressarcimento do prejuízo – responsabilidade civil – segundo ele passa a pertencer - como entidade autônoma – à área do direito civil” (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.22). Neste mesmo período estabeleceu – se que a responsabilidade civil seria baseada na culpa do agente causador do prejuízo.

Tivemos também a influência do código Civil da França, ao ser redigido e aprovado o Código Civil Brasileiro de 1916, qual adotou a culpa como determinante a culpa para ressarcimento nos casos de responsabilidade civil em nosso ordenamento.

É sabido que desde antiguidade, os povos elaboraram legislações em que se responsabilizava o médico por inesperados insucessos no seu desempenho profissional, causando um retraimento do desempenho da atividade deste profissional por conta da severidade das sanções.

Vários países possuíam suas próprias legislações com punições aos maus desempenhos dos médicos.

Dentre elas está a Lex Aquilia, que segue a regra (Corpus Hipocraticum), sobre ela nos dizem Delton Croce e Delton Croce Junior:

A Lei de Aquilia obrigava os médicos a pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos, e ao abolir a pena de morte, preconizando em seu lugar, o exílio ou a deportação ao profissional culpado de negligencia ou imperícia no exercício da arte de curar.

Assim seguiu pela idade média causando nesta época uma diminuição de pessoas dispostas a exercer a medicina.

Vale ressaltar que até o século XVI só havia duas profissões medicina e farmácia, somente no século XIX foi aceita a enfermagem, e no século XX, encaradas mundialmente outras especialidades médicas hoje popularmente reconhecidas.

A regra e obrigação de indenizar de foi estabelecida pelo Código Civil Francês, no começo do século XIX, quando alguém por seus atos - atos humanos – causasse prejuízo a outrem.

Foram tantas responsabilizações que nesta época a Academia de paris por bem, em 1929, determinou que a punição dos médicos por prejuízos causados por

insucesso no tratamento de pacientes seria apenas de cunho moral, sem sanção econômica.

Porem pouco durou tal determinação, em 20 de maio de 1836, houve o famoso arresto do Procurador- Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean – Jacques Dupin,

“que caracterizou definitivamente a necessidade de serem submetidos ao processo jurídico legal os médicos que causassem danos – erro médico – aos seus pacientes para que, neste processo, se avaliasse a necessidade de os ressarcirem dos prejuízos que, porventura, tenham sofrido com o tratamento médico. Disse ele:” Cada profissão encerra em seu seio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ele renega”. E, neste sentido, tem caminhado a responsabilidade civil, no que tange à responsabilização do médico, em caso de suposto erro”. (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.25).

“Cada profissão encerra em seu seio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega [...]”. (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.22).

Neste caminho tem seguido a responsabilidade civil, no que tange a responsabilização do médico, em caso de suposto erro.

2 – Do Profissional da Medicina

2.1 – Direito e obrigações do médico

O Código de Ética Médica em seu capítulo II, regula os direitos do médico, tais como:

Art. 20. Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza;

Art. 21. Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país;

Art. 22. Apontar falhas nos regulamentos e normas do exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à Comissão de Ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição;

Art. 23. Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar o paciente;

Art. 24. Suspender suas atividades, individual ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para qual trabalhe não oferecer condições mínimas para o exercício profissional ou não o remunerar condignamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina;

Art. 25. Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça do seu corpo clínico respeitadas as normas técnicas da instituição;

Art. 26. Requerer desagravo Público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão;

Art. 27. Dedicar ao paciente, quando trabalhar com relação de emprego, o tempo que sua experiência e capacidade profissional recomendarem para o

desempenho de sua atividade, evitando que o acúmulo de encargo ou de consultas prejudique o paciente;

Art. 28. Recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam aos ditames de sua consciência.

Conforme podemos verificar o médico possui benefícios qual o propicia maior segurança e liberdade para diagnosticar e tratar seus pacientes.

No que tange as obrigações, o CEM (Conselho Ética Médica) em seu capítulo XII dispõe que é vedado ao médico:

Art.122. Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos;

Art.123. Realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e consequência da pesquisa. Parágrafo único: consentimento por escrito, a pesquisa somente poderá ser realizada, em seu próprio benefício, após expressa autorização de seu responsável legal;

Art.124. Usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica ainda que não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem o consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências;

Art.125. Promover pesquisa médica na comunidade sem o conhecimento dessa coletividade e sem que o objetivo seja a proteção da saúde pública, respeitadas as características locais;

Art.126. Obter vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe;

Art. 127. Realizar pesquisa médica em seres humanos sem submeter o protocolo à aprovação e acompanhamento de comissão isenta de qualquer dependência em relação ao pesquisador;

Art.128. Realizar pesquisa médica em voluntários, sadios ou não que tenham direta e indiretamente dependência ou subordinação relativamente ao pesquisador;

Art.129. Executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente;

Infringidas uma ou mais dessas vedações pelo médico nascerá a responsabilidade Ética e caberá a este penalidade prevista no próprio Código de Ética Médica.

“Além, é claro, do direito de recorrer ao judiciário, pleiteando a reparação de quaisquer danos, que lhe tenham sido culposamente infligidos por obra do médico, o paciente dispõe de outras prerrogativas” (“Kfouri Neto, Miguel, 2010.p.33”).

“O médico deve informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve se valer da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo da sua ciência” (“Kfouri Neto, Miguel, 2010.p.35”).

“A Medicina é uma ciência a serviço da esperança: o bom médico não poderá demonstrar ao paciente pessimismo [...]” (Kfouri Neto, Miguel, 2010.p.35).

Diante de todo aparato legal exposto acima, afirma-se que o médico não tem o dever de apresentar resultados absolutamente positivos, tendo em vista que a obrigação médica no que tange a justiça é uma obrigação de meio e não de resultado, salvo em casos de cirurgia plástica de cunho estético.

Tratando-se de uma prestação de assistência a saúde o profissional embora não detenha controle total sob os resultados tem de apresentar conhecimento e habilidade peculiares a profissão para proceder diante de um do insucesso de um resultado contornável.

Apresentada todos os meios admitidos com relação aos recursos fica claro tratar-se de uma profissão com não só com responsabilidades legais, mas toda expectativa social da figura deste profissional como um indivíduo reputação ilibada.

2.2 - Do erro médico

A principio como salienta Mirabete (2001):

”É necessário que se distinga a culpa do erro profissional. Este ocorre quando, empregados os conhecimentos normais da Medicina, por exemplo, chega o médico a conclusão errada do diagnóstico, intervenção cirúrgica etc., não sendo o fato típico. Segundo a doutrina e a jurisprudência, só a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal, pois exigência maior provocaria a paralisação da Ciência, impedindo os pesquisadores de tentarem métodos novos de curam de edificações etc.”

Preliminarmente define-se o erro médico de acordo com conduta praticada e possibilidades apresentadas e aceitas pelo meio científico médico, como descrito França (1992):

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano a vida ou a saúde do paciente.

Todo e qualquer profissional está sujeito a erros, não necessariamente é responsável pelos problemas que venham a ocorrer com o paciente, diante disto há respaldo científico na técnica empregada não caracterizando erro médico a qualquer procedimento infrutífero por este realizado.

Em circunstancias do procedimento questionado existirá então necessidade que este não advenha apenas de uma presunção, e sim requerida pericia onde será afirmada existência de culpa ou dolo via de regra por parte do paciente, entretanto há circunstancias que os juízes aplicam a inversão do ônus da prova, qual torna inviável na maioria das vezes a possibilidade desta pelo profissional da medicina.

No erro médico se o insucesso nos procedimentos realizados pelo mesmo ocorreu por conta do infortúnio, não há que inculpar o médico e cabe ao acusador provar a culpa. “mas não em todos os países, pode se citar a Itália, onde os casos de erro médico, a inversão do ônus da prova já é prevista legalmente [...]”. (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.13).

Exaustiva é a dificuldade na verificação da ocorrência de erro médico pelos operadores jurídicos e dos aplicadores do direito.

“Nessas demandas indenizatórias, os advogados dos autores pintam com tintas carregadas as evidências de má prática médica, ao passo que os patronos dos requeridos, respaldados em compêndios científicos e laudos periciais, demonstram que o profissional em momento nenhum afastou se dos cânones que a ciência médica estabelece para o procedimento questionado” (Kfouri Neto, Miguel, 2010.p.85).

Ficando assim a cargo de interpretações e considerações de quem julga perante as provas apresentadas pelo requerido e requerente, dificultado que este processo seja célere.

É fato constatado através da pratica forense que processos que envolvem apuração da responsabilidade médica são demorados. “É recomendável que os juízes imprimam especial celeridade a esses feitos, colhendo as provas ainda na fragrância dos acontecimentos – e, portanto menos sujeitas à contaminação e influências [...]” (Kfouri Neto, Miguel, 2010.p.89).

Prevista na medicina moderna a relação medico-paciente como de dois especialistas, um o técnico – o médico – e o conhecedor de todos os detalhes para auxilio na procura por resultados – o paciente, desta forma uma boa relação favorecerá resultados de sucesso.

Cada país possui uma forma, uma maneira de conduzir as ações contra médicos ocasionadas pelos erros médicos. Vejamos como é abordado no Brasil, via de regra, a relação médico paciente é considerado uma relação contratual, este é o entendimento que os Tribunais têm expressado maciçamente em suas decisões.

É também tratada como uma relação de consumo, ou seja, a esta relação é aplicada o Código de defesa do consumidor, com exceção do que vêm expreso no art. 14 deste, a responsabilidade sem necessidade de provar a culpa, em seu paragrafo 4° este artigo institui que para o médico a responsabilidade será verificada pela presença da culpa no seu agir.

Tem que ficar provado que o médico é culpado pelo dano ocorrido ao paciente, somente assim o médico poderá ser responsabilizado pelo ato danoso.

“Se o médico agiu corretamente no atendimento, o dano causado ao paciente, via de regra, fica debitado ao infortúnio. Assim, geralmente tem decidido os Tribunais” (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.15).

O trabalho do médico deve ser analisado pelas técnicas empregadas, e sua condenação poderá ser estabelecida em circunstâncias de emprego inadequado de uma técnica ou se a mesma não estiver reconhecida no meio científico, restando apenas a esta a configuração de imprudência.

As técnicas consideráveis abrangem o título acadêmico presume em favor do médico o conhecimento por ele ou dele proveniente, entretanto vem se apresentando notável a necessidade da experiência o que não impele então a mácula do fim da fase de aprendizagem. Pode o profissional da medicina deter conhecimento teórico ímpio sem identificá-lo no exame de um indivíduo. Por fim a obrigação de manter-se informado sobre os estudos e os avanços científicos a fim de aumentar seus conhecimentos e acompanhar o progresso da ciência médica

Pois a imperfeição da ciência é uma realidade. Já quando se trata do erro de técnica, na expressão de Aguiar Dias, “é apreciado com prudente reserva pelos Tribunais. Com efeito, julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões” (Responsabilidade dos médicos, COAD, p.10 apud Gonçalves, Carlos Roberto, p.338)”.

Vulnerável a natureza a medicina ainda terá limitações estabelecidas pela sociedade conforme tempo e local respondendo também a valores vigentes, coerente é a valorização da vida e do indivíduo como uno. Reafirmado assim:

“A medicina pertence ao mundo do “ser” e o direito ao mundo do “dever ser”. Na medicina, as regras básicas são biológicas e ditadas pela natureza – independem da vontade humana – são assim; no Direito, as regras são ditadas pelo legislador, em suma, pela sociedade – são regras cogentes – devem ser assim – de convívio, variáveis de acordo com a moral vigente em um determinado tempo e local. Claro que jurisdição dos relacionamentos em sociedade tem aumentado, porém, isto se

dá nos mais diversos campos da atividade humana e não apenas na Medicina. São provavelmente, reflexos dos direitos humanos da 3ª geração, mais valorizados, pelas pessoas, exigindo estas um maior respeito pelo indivíduo como ser humano, ontologicamente uno. As pessoas estão reivindicando mais seus direitos”. (Souza, Neri Tadeu Camara, 2003, p.17).

A maior conscientização levou também para uma maior reivindicação, em virtude de eventuais insucessos aos procedimentos que os pacientes se submetem. Hoje quaisquer profissionais médicos que prestam serviços ligados à profissão, podem ser obrigados a ressarcirem os prejuízos advindos da realização da sua atividade.

O Código Penal Brasileiro elenca artigos que preveem a responsabilidade penal do médico, mas não a sua exclusividade, já que também a Lei de Contravenções Penais 9 Lei 3688/41 em seu artigo 66, tipifica delitos que podem ser praticados por médicos, quando classifica, no inciso II, “[...] crime de ação pública, de que tem conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária [...]”.

Processado o médico se faz necessário a instauração do processo. O autor da ação é o Promotor Público, membro do Ministério Público, sendo réu o médico.

No âmbito penal, a conduta adotada para um médico ser processado criminalmente, a competência para ajuizar ação reivindicando a condenação criminal, por vezes, é o Ministério Público. O paciente quando lesado e afim de requerer a condenação criminal do médico deverá prestar queixa crime na delegacia de polícia ou diretamente ao Ministério Público.

Sendo o delito praticado pelo médico considerado de menor potencial ofensivo, que são aqueles que possuem pena máxima prevista em lei não superior a dois anos (como é o caso do crime de lesão corporal culposa), será apurado pelo Juizado Especial Criminal (JECRIM), que é mais simples e mais célere que a Justiça Comum, permitindo aplicação de institutos benéficos aos réus, como a composição civil (“acordo financeiro”) e a transação penal.

No âmbito do Código Penal Brasileiro, há possibilidade de tipificação da conduta médica nos seguintes artigos.

Art.21, paragrafo 3º: homicídio culposo, que tem pena aumentada pelo paragrafo 4º se houver inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Pautados nestes artigos fica evidente as características da responsabilidade da atuação do médico, como o desrespeito a precauções necessárias; ha presença obrigatória de uma das modalidades da culpa, imperícia, imprudência e negligencia. Quando deste caso a ação cabível é ação penal incondicionada.

No caso de morte, o agente será julgado por homicídio culposo, exceto no caso resultante de inobservância de regra técnica de profissão.

Quando da ação médica gerar somente lesão culposa, o agente responderá com fulcro no art.129, paragrafo 6º do Código Penal Brasileiro, com pena prevista de 2 (dois) meses a 1 (um) ano. Poderá ocorrer o aumento da pena, no caso descrito pelo art. 129, paragrafo 7º do Código de Processo penal Brasileiro.

O Erro médico é, mormente caracterizado pela Negligência, Imprudência e imperícia.

Os arts. 186 a 951 do Código Civil contemplam a teria da culpa, no que diz respeito á responsabilidade profissional do médico, sobrevivendo dano, morte, incapacidade ou ferimento, sendo necessária a comprovação do dano para que a vítima possa ser ressarcida.

A responsabilidade criminal está prevista no Código Penal, nos capítulos referentes aos crimes contra a vida, lesões corporais, crimes contra a saúde pública e outros.

Para que ação do médico seja caracterizada como crime, sua ação deve derivar de dolo ou culpa, esta conduta deve corresponder a um tipo penal previsto, descrito em nosso ordenamento. Damásio de Jesus muito bem nos orienta sobre este entendimento.

1) conduta (ação) é o comportamento humano consciente dirigido a determinada finalidade;

2) culpa é a inobservância do cuidado objetivo necessário, manifestada numa conduta produtora de um resultado objetiva e subjetivamente previsível (previsibilidade objetiva e subjetiva);

3) dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo;

4) dolo e culpa constituem elementos do tipo: o dolo é elemento subjetivo do tipo; a culpa, elemento normativo do tipo”

Em caso de dolo da conduta do médico e este se caracterizando um crime este será doloso, havendo culpa na conduta este será culposo, reza o artigo 18 do código penal o que são crimes dolosos ou culposos.

“Art. 18 do CP.

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II – “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

2.3 – A sistemática da conduta

Diante dos direitos e obrigações e perante os erros cometidos pelo profissional da medicina instala se o debate sobre como considerar a conduta médica: em um pólo, o direito de tentar, liberdade fundamental do médico e do outro o direito do paciente em não ser transformado como objeto de experiência.

Tratando se de uma atividade humana é perfeitamente aceitável como consequência natural a falha. Ocupando se da vida e integridade física a idéia da possibilidade de erro do profissional não é aceita socialmente tornando polêmica o questionamento perante este.

Para tanto é permitido que as atividades sejam desenvolvidas sob a seguinte consideração:

A Lex artis é definida como conjunto de regras consagradas pela prática médica no estágio atual. A atuação médica conforme a lex artisé aquela considerada adequada, por corresponder à generalidade de condutas profissionais perante casos análogos.(CARVALHO, 2007, p.1)

Mediante tal afirmação da se a prerrogativa para a cobrança da competência médica, a necessária diligência e a indiscutível seriedade no manejo das técnicas médicas e na formulação dos juízos de avaliação da pessoa enferma.

A figura do profissional da medicina desde o início da vida em sociedade, assimilando técnicas de cura, passa a ser vista como uma entidade divina dotada da responsabilidade de livrar o mundo dos males que afligem e evidentemente a saúde perdida. O que conferiu ao médico no exercício de sua atividade o gozo da fé Pública, e pautado nesta legalmente é amparado pelo instituto do “indubio pró réu” (na dúvida em favor do réu).

Em contrapartida se faz necessária destacar que procedimentos médicos por vezes acometem a integridade a saúde do paciente estando intrinsecamente relacionado ao tratamento.

Sendo prerrogativa do médico a liberdade de ação no desempenho de suas atividades profissionais, estando esta respaldada inevitavelmente de punição jurídica, quando esta infringir a integridade humana.

Mediante a evolução a sociedade se estabelece com valores e normas diferentes e a questão de responsabilização do profissional da medicina ganha destaque peculiares a forma como são exercidas as atividades bem como os insucessos advindos destas.

Tal enfoque de estudo se dá ante as particularidades da natureza da atividade, motivo pelo qual lidam com os bens de extrema relevância, como o bem esta em geral, seja físico ou psíquico.

Em um apontamento inicial foi delineado o sentimento de desvalia do médico perante o risco de julgamento do perigo de suas ações, inevitáveis ao exercício, entretanto não devem estes, como ressaltado por Panasco (1984), sentir desprestígio. Defendendo a não generalização do mal particular, constituindo cada profissão de homens dignos de orgulho e outros que renegarão o título de Doutor.

Caracterizando a conduta profissional uma obrigação de meio e não de resultado, esplan o ilustre doutrinado Matielo (1998):

Obrigação de meios é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos. O médico não fica adstrito a um resultado final, mas tem de envidar todos os esforços e utilizar-se dos aparatos técnicos que estiverem

razoavelmente ao seu alcance. A cura do paciente não é, certamente, o objetivo jurídico da contratação, embora se coloque como finalidade primacial do atendimento prestado, mesmo porque a reação dos pacientes é particular ante tratamentos estritamente iguais; o que para um representa a cura, para outro nada resolve. Isso é fruto das diferenças orgânicas e funcionais, variáveis entre indivíduos que, aparentemente, portam mal idêntico; porém, uma vez ministrado o tratamento, podem tanto chegar à cura como falecer, ou ainda manter o quadro inicial. A existência de obrigação de meios é a única solução que pode justificar a liberdade de atuação do profissional da saúde, pois se fosse ele jungido a um resultado específico, fatalmente estaria derrubada até mesmo a teoria da contratualidade das relações médico/paciente, haja vista o fato de que muitas doenças são ainda incuráveis e todo esforço contra elas despendido nada mais será do que a tentativa de minimizar o sofrimento e melhorar a qualidade durante o tempo de vida que resta.

3 – A estrutura do crime no direito penal

3.1 – Fato típico

Conceitua Fernando Capez o fato típico da seguinte forma; “é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal” (2008).

Ainda os separa em quatro elementos, conduta dolosa ou culposa, Resultado, nexa causal, tipicidade.

Sendo a existência do fato material independente do modelo descritivo legal, uma vez que a tipicidade é irrelevante para existência deste.

Para representação no direito penal considera-se apenas a ação como conduta dirigida a uma finalidade. O pensamento se permanecer na consciência, não representa conduta ativa diante do direito penal.

O direito penal parte do princípio que as pessoas humanas como seres racionais podem escolher seus comportamentos cientes que os mesmos podem resultar em um efeito distinto, por esta razão onde não houver vontade não existirá conduta digna de repressão legal. Não se constitui no direito penal resultados decorrentes de casos de força maior ou derivados que não possam ser evitados.

Estabelece-se como distinção entre condutas:

- Dolosa: realização em finalidade de produzir resultado;
- Culposa: conduta cujo resultado se dá por descuido, já que não desejado.

É por esta razão que um resultado previsto diante da lei penal como crime, doloso ou culposamente gerador do fato se constituirá relevante como conduta típica ou não ao ordenamento jurídico.

Analisando as condutas sobre as duas maiores correntes que explicam o crime são possíveis apontar: diante da causa naturalista, já superada uma vez que não se faz possível definir como crime previsto em lei sem levar em consideração a ordem material e a ação como consciente e voluntária.

Quanto à teoria finalista a ação será considerada inevitavelmente intencional, visto que o autor detém da razão podendo discernir entre as consequências possíveis de seus atos. Entretanto só se fará possível qualificar o crime da conduta quando identificada a vontade do agente. Por essa razão Welzel apud Capez (2008, p. 125) considerou que “toda ação humana é o exercício da atividade finalista”.

3.2 – Antijuridicidade

É crime, pois está previsto pelo ordenamento jurídico, entretanto é antijurídico pois constitui excludente de ilicitude conforme prevê o artigo 23 do código penal.

Capez ainda propõe mais duas divisões: ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva. Na primeira, o fato só é ilícito se o agente tiver capacidade de discernimento da conduta e da antijuridicidade. Já na segunda não há avaliação dessa capacidade (SOSTOA, 2012, p.37).

Para melhor aferição deste conceito, aponta-se o seguinte exemplo: a não punição de aborto praticado por médico conforme o art 128 do código penal que prevê possibilidade do médico praticar aborto necessário não existindo outro meio para salvar a vida da gestante ou resultado esta proveniente de estupro.

3.3 – Culpabilidade

É a possibilidade de se considerar alguém culpado por um ato infracional, via de regra é definido como um juízo de censurabilidade e reprovação para que se examine a possibilidade de responsabilização do autor.

René Dotti afirma que “a culpabilidade pode ser definida como a reprovabilidade pela formação da vontade”. Assim, o agente sofrerá censura se optar por uma conduta contrária ao direito, quando podia agir de outro modo (SOSTOA, 2012, p.37).

É, portanto a partir da análise de três elementos que se analisa tal enquadramento: a imputabilidade, elemento psicológico normativo e exigência de conduta diversa. A primeira trata-se compreender se o indivíduo tem condições psíquicas para discernir sobre adequação de sua conduta ilícita bem como controle total de suas vontades.

Quanto ao elemento psicológico normativo caracteriza-se pela capacidade do sujeito em identificar o ato como juridicamente ilícito a partir das normas elementares que regem a convivência.

O último elemento, exigência de conduta diversa é onde se espera que o sujeito tivesse adotado conduta diferente devido às circunstâncias que antecipam o ato. Salvo em apenas duas hipóteses a coação e obediência hierárquica.

4 – Tipos penais de maior incidência

4.1 – Violação de sigilo profissional

É proibido o profissional Médico por seu código de ética revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício da medicina. Porém tal qual excepciona os casos em que haja motivo justo para revelação de tais segredos.

A questão do segredo médico é, também, abordada pelo Código de Ética Médica, em seu capítulo IX, artigos 102 a 109.

Para os casos excepcionais apontados por resolução do conselho de medicina se instalam as seguintes circunstâncias: abuso sexual; doenças de notificação compulsória; aborto criminoso; registro de livros hospitalares; atestado de óbito; defeitos físicos ou doenças que ensejem erro essencial quanto à pessoa e levem a nulidade de casamento; crimes que não impliquem em processo do paciente; exames biométricos admissionais e previdenciárias e nos exames de sanidade mental para as seguradoras. Nos dois últimos casos, o médico perito judicial ou de seguradora não está sujeito ao segredo médico, por não estar prestando serviço ao paciente, e sim verificando condições de doença; e etc.

Dispõe o art.154 do Código Penal:

“Revelar alguém sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, mistério, ofício ou profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem”: pena – detenção de 3 meses 1 ano ou multa.”

4.2 – Dever de comunicação de crime

Fica a cargo do médico o dever de comunicar as autoridades responsáveis quaisquer informações de possíveis práticas criminais, uma vez que está não estejam ligadas diretamente ao seu paciente e nem representem risco direto ao mesmo.

Está previsto na lei de contravenções penais que a notificação deve ser realizada quando de conhecimento durante o exercício da profissão.

Jurandir Sebastião apud Sostoa (2012, p.60) apresenta algumas situações práticas:

[...] se o médico, em razão da profissão, ficar sabendo que eu paciente praticou aborto, não cometerá contravenção penal, caso fique em silêncio, porque a comunicação desse fato à autoridade pública exporá seu cliente ao devido processo criminal, importando essa comunicação em quebra do sigilo profissional. Entretanto, cometerá a infração contravencional o médico que deixar de comunicar às autoridades públicas se, ao fazer necropsia, constatar que morte decorreu de violência (homicídio) ou, ainda, constatar que o corpo foi objeto de sevícias graves antes da morte por outras causas, etc. É que esse fato se constitui em crime de ação penal pública incondicionada e a comunicação não estará apontado o auto, cumprindo às autoridades públicas diligenciar sobre essa autoria. Ocorrerá igual contravenção se o médico deixar de comunicar o fato quando, ao atender seu paciente, ficar sabendo da ocorrência de qualquer crime de ação pública incondicionada (exemplos: homicídio, latrocínio, sequestro, tráfico de drogas, etc) praticado por outrem (e não pelo paciente) e cuja autoria seja desconhecida pelas autoridades públicas, ou esteja sendo atribuída a terceiro inocente. Nesses casos, tem o médico o dever legal de comunicar o fato, porque essa comunicação não importará quebra de segredo, nem em processo crime contra o paciente. De igual forma, deve o médico fazer a comunicação, quando atender paciente vítima de lesão grave (produzida por arma branca ou outro instrumento), ou envenenamento, ou qualquer outro delito, mesmo que o paciente não queira nenhum envolvimento com a Polícia (fato comum do cotidiano). Não se pode esquecer que, em tais hipóteses, o paciente é vítima e apenas nessa condição integrará o procedimento criminal. Em quaisquer dessas comunicações, o médico estará acobertado pela conduta em cumprimento ao dever legal.

4.3 – Omissão de notificação

Há previsto uma lista de condições médicas que devem ser apresentadas perante os órgãos sanitários responsáveis, independentemente de que para que fins esta se destinam.

Por diversos fatores nem sempre o profissional responsável se atem a esta obrigação, injustificada a não atualização da lista ou mesmo o grande número de atendimentos realizados os profissionais acabam por deixar desatualizado os órgãos prejudicando desta forma o planejamento e a execução de políticas públicas para o contexto social.

As doenças de que trata o tipo penal em questão são definidas pelo Ministério da Saúde através de decretos emitidos regularmente, que têm por objetivo o mapeamento e a prevenção de doenças, dessa forma, zelando pela saúde pública. As doenças de notificação obrigatória dividem-se em três grupos, separados pela forma de notificação. O primeiro grupo é o das doenças que, em caso de suspeita, devem ser notificadas imediatamente por telefone. São elas: acidente por contato com *Leishmania sp*, cólera, coqueluche, dengue, difteria, febre amarela, hantavirose, malária, meningites, peste bubônica, poliomielite/paralisias flácidas agudas, raiva humana, rubéola, sarampo, tétano neonatal, doenças anteriormente não detectadas (como, por exemplo, a pneumonia asiática), botulismo, carbúnculo ou antraz, varíola, tularemia, febre maculosa. O segundo grupo é o das doenças que, em caso de surtos ou epidemias, devem ser imediatamente notificadas por telefone, quais sejam: estreptococcias, gastroenterites e diarreias infecciosas, infecção hospitalar, influenza (gripe), tracoma e demais doenças nessas condições. O último grupo é composto pelas moléstias cuja notificação deve ser feita semanalmente, por telefone ou por escrito. São elas: acidentes por animais peçonhentos, loxoscelídeos, acidentes toxicológicos, cisticercose/neurocisticercose, doença de Chagas (casos agudos), esquistossomose, febre reumática, febre tifóide, hanseníase, hepatite Viral B-C, leishmaniose tegumentar, leishmaniose visceral, leptospirose, sífilis congênita, síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS), síndrome da rubéola congênita, teníase, tétano acidental e tuberculose (Prates & Marquardt, 2003, p.243).

Embora a priori o descumprimento deste dever não pareça causador de grandes infortúnios fica claro que incorre em crime segundo nosso ordenamento jurídico respaldado no art. 269 do Código Penal.

4.4 – Emissão de atestados falsos

O atestado como um documento que deve ser redigido segundo as exigências do órgão responsável contendo todos os itens nele previsto tem por função firmar uma verdade, constituída a partir de observação exame clínico ou demais métodos tornando a emissão de um falso atestado além de um grave ato anti-ético prejuízo a visão moral da profissão.

A emissão de atestado falso constituirá um crime realizado segundo um objetivo de auferir vantagens normalmente pecuniárias, ainda a mercantilização da medicina.

É prevista na emissão de atestado responsabilidades de muitos hábitos e que por vezes será utilizado em procedimentos legais, desta forma para assumir tal obrigação deve estar atento a todo conteúdo existente nos documentos pelos quais será responsável pela emissão.

Se um médico atesta que a gripe de seu cliente o impede de comparecer ao Tribunal, ainda que tal impossibilidade não seja real, pelo caráter brando da doença, não há falsidade, visto que a atestação exprime uma opinião, enquanto o fato, a gripe, é verdadeiro (NORONHA, 1986).

O art. 302 do Código Penal qual trata da falsidade de atestado médico prevê pena de detenção de um mês a um ano e se o mesmo é praticado com fins lucrativos o mesmo incorre também em multa.

4.5 – Aborto

Não sustentaremos a seguir uma posição contrária ou favorável ao aborto, tenda em vista que essa questão ultrapassa os limites do campo jurídico, podendo, conforme o caso, alcançar motivação religiosa (de ordem individual, portanto) que, pode contemplar, ou não, a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez.

Segundo definição de Magalhães de Noronha, aborto consiste na interrupção da gravidez, com destruição do produto da concepção, ou seja, morte do feto. A intenção da norma penal é a proteção da vida intrauterina, desde a concepção até antes do início do procedimento do parto.

Desta maneira existem condições para que a realização do procedimento seja considerado antijurídico, dentre eles o aborto necessário (art 128 I) são os que colocam a gestante em condições de risco, em caso de violência sexual

(art.128, II) e atualmente segundo decisão recente do STF as gestações de anencéfalos.

Com o enquadramento previsto o profissional será responsabilizado penalmente por sua conduta inflacionária, infringindo o maior bem jurídico tutelado que é a vida.

O erro médico é facilmente comprovado quando abordado meios e técnicas indevidas, ou quando este deixa de abordar tais procedimentos, configurando o ato médico dentre as modalidades de culpa, ou seja, imprudência, imperícia e negligência.

Configura se, por exemplo, negligência e recorrentemente erro médico quando médico não realiza todos os exames necessários para emitir uma conclusão segura a cerca da ocorrência de aborto retido e mesmo assim emite diagnostico conclusivo neste sentido.

Comumente também caracterizado por erro médico são os abortos denominados de aborto infectado, via de regra são estes os abortos praticados clandestinamente.

Aborto provocado é um crime doloso, contra a vida, de ação pública incondicionada, sujeito, portanto, a julgamento pelo tribunal de júri. A lei protege a vida humana, a pessoa humana em formação e não a vida autônoma.

Segundo Tardieu, o aborto é a “expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, vitalidade e mesmo formação regular”. Compartilhamos a opinião de Flaminio Fávero de que o autor não foi feliz em sua definição pois com esta definição não diferencia por exemplo a mola hidatiforme e os casos de óbito intra-útero por razões diversas e prévias às medidas para sua expulsão. Já Garimond, definiu como a “cessação prematura, voluntária da gestação ou sua interrupção intencional, com ou sem expulsão do feto”. Para Leoncini é “a interrupção da gravidez antes do termo normal, com morte do produto da concepção, em nexos de causa e efeito. Pode haver ou não expulsão do feto. Na última hipótese, a expulsão pode ser tardia, pode haver mumificação ou formação de litopédio”. Esta nos parece ser a definição mais completa, exceto por deixar de lado as gestações a termo e pós-termo.(SILVA, 2008)

Restam ainda as punições que se enquadram o art.124,125 e 126 do Código Penal.

Quais são:

- Provocar aborto em si mesmo ou consentir que outrem lhe provoque;
- Provocar aborto sem o consentimento da gestante;
- Provocar aborto com o consentimento da gestante.

5 – A dificuldade probatória na responsabilidade médica

Percebe-se pela análise de jurisprudências que a responsabilidade médica é na maioria das vezes pautada pela culpa, porém ainda sim há uma dificuldade ampla em comprovar a falha médica bem como responsabilizar o médico pelo dano causado à vítima, seja no âmbito penal ou civil.

Em decorrência desta constatação desencadeia-se um sentimento de ineficácia e impunibilidade por parte do judiciário.

Miguel Kfoury observa que, no caso, as provas mais utilizadas são: o depoimento pessoal do médico, a inquirição de testemunhas, prova documental, informes em geral, inspeção judicial, presunções e prova pericial a fim de formar a convicção e o convencimento do juiz. (SOSTOA, 2012, p.47)

O motivo pelo qual se dá a dificuldade na comprovação da infração ou crime médico é a dificuldade que encontra o Ministério Público na coleta de peças comprobatórias como prontuários, históricos de pacientes dentre outros por estes permanecerem arquivados em hospitais e clínicas a que se destinam.

Assume papel vital no reconhecimento da responsabilidade criminal dos médicos, o conjunto probatório formador do convencimento do magistrado acerca da efetiva ocorrência dos fatos trazidos à Juízo, bem como da existência ou não do nexo de causalidade entre a conduta imprudente e o resultado lesivo. (SILVA, 2006, p.48).

No que tange a fase de instrução, uma das provas em admitido é a prova pericial, por não possuir o juiz competência nem habilitação para julgar se o médico incorreu em falha ou se utilizou de procedimento adequado, fica este sob dependência do laudo pericial.

Tal conduta extremamente desonesta e, por isso, é recriminada pelo Código Penal, conforme observa o Procurador de Justiça Marco Antônio de Barros, citado no artigo de Eduardo de Souza Coelho, “Erro Médico e Erro Pericial¹²⁶: O perito que falseia, oculta, distorce ou nega a verdade no laudo que subscreve,

simplesmente produz o engodo que macula a sua participação no processo, aniquila a confiança que o juízo própria carreira, e se transforma em criminoso, devendo responder pela prática do crime de falsa perícia (art. 342, §§ 1º e 2º, do CP).

Diante disso deve ainda atentar-se a uma fundamental colocação sobre análise e analisador, no caso o juiz:

Célia Destri observa que o laudo médico deve merecer uma atenção especial por parte dos juízes, tendo em vista que quase sempre não traduz a realidade dos fatos, além de ser cheios de contradições e termos próprios de difícil entendimento pelos magistrados. A autora ainda destaca que: Um magistrado pode ser leigo na matéria técnica, mas, jamais poderá permitir que subestimem a sua inteligência, pois tem cultura, experiência e sapiência suficientes para não permitir que determinados peritos zombem de sua ignorância na parte técnica, pelos corredores do fórum, como muitas vezes tive o desprazer de presenciar.(SOSTOA, 2012, p.49)

Embora tal papel há ainda outra vulnerabilidade diante da análise:

O juiz, como leigo na ciência médica, muitas vezes, para o deslinde da questão, se vale da opinião qualificada dos médicos peritos, que avaliam, entre outras questões, a lesão sofrida pela vítima, a sua extensão, os instrumentos eventualmente utilizados pelo suposto criminoso durante o ato cirúrgico, por exemplo, qual deveria ser a aparelhagem adequada, enfim, elucidam ao magistrado, acerca de qual seria a conduta adequada para a hipótese posta em Juízo.(SILVA, 2006, p. 48)

O que causa em certas circunstâncias questionamento dos profissionais ao revisarem os casos e apresentarem diante do leigo naquele assunto – o juiz:

Nesse sentido, cita-se trecho do livro de Wanderby Lacerda Panasco: “É forçoso reconhecer, aliás, que os médicos-peritos têm a tendência indiscutível de isentar seus colegas de culpa e, sob este ponto de vista pode-se afirmar com certa razão que, na realidade, seria preciso haver um erro profissional grave para que a responsabilidade de um médico fosse atestado no laudo oficial dos peritos.” Mas essa dificuldade na configuração do erro médico, nas palavras de Miguel Kfoury Neto, não deve constituir fator de renúncia, mas sim representar um estímulo e intensa disposição à busca da verdade. Como assevera Afrânio Peixoto, o respeito que a sociedade deve à profissão médica só continuará justificado se, além de a sentir capaz, a souber responsável. Complementa o

mesmo autor que: é da perícia que depende, pois, o julgamento da imprudência, negligência, da imperícia, para elucidação da justiça. Não haverá aqui mais do que o cumprimento estrito do dever, apurando explicitamente, com ciência e boa fé, a culpa cometida. O perito, emissário da Justiça, deve esquecer que é pessoalmente médico (*invidia medicorum pessima*), tampouco que não tem o direito de possuir o espírito de classe (*emulatio curiarum pessima*) pois simplesmente serve à causa comum, que lhe confiou uma delicada função.(SILVA, 2006, p. 6)

E as variáveis que sofrem ainda a análise pode estar quanto as provas apresentadas para consideração de julgamento:

Por outro lado, deve-se levar em conta a falibilidade também da prova pericial, fato que deve ser considerado pelo juiz, o qual tem inteira liberdade na apreciação e valoração das provas, conforme dita o princípio do livre convencimento do magistrado. Depreende-se, portanto, que todas as provas são relativas, nenhuma delas, terá, *ex vi legis*, valor absoluto. Além disso, o juiz não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material.(SILVA, 2006, p.49)

É assim, essencial que se entenda o objetivo não apenas dos cuidados para a atividade profissional mais o papel próprio dos riscos previstos da ciência médica em si:

Todos os males que assolam os que o procuram. Aqui soa digno de nota passagem do livro de Edmundo Oliveira: Conforme enfatizamos desde a introdução do trabalho, não se deve pregar a apologia do erro médico, porém, em julgamento de cada caso concreto, é preciso levar em conta a certeza de que a natureza humana é sempre sujeita a imprevisíveis vicissitudes, daí por que nem sempre o erro médico se traduz numa atitude criminosa. Se o mau profissional é realmente culpado, ele terá de ser responsabilizado com precisão, todavia somente após a mais ampla investigação de todas as circunstâncias e elementos de prova vinculados ao processo. A ciência médica não é matemática; é conjectural e em permanente renovação.(SILVA, 2006, p.51)

6 – Responsabilidade Penal do Médico

6.1 – A sistemática da culpa nas condutas médicas

O delinear da culpa revela se parte de um processo de conduta voluntário dano injusto e nexos causal em que o profissional será imputado ético juridicamente na censurabilidade e reprovação.

Atribuído a responsabilidade ante a magnitude do dano serão atribuídos fatores previstos por lei independentemente da intenção delineados sobre os seguintes aspectos, imprudência, negligência e imperícia.

É oportuno distinguir entre culpa ordinária e culpa profissional, reconhecendo a primeira sob circunstâncias de um cirurgião dar início às suas atividades em estado de consciência alterada (embriagues). Quanto a um erro diagnóstico caracterizaria-se então culpa profissional.

Revela-se sob a doutrina clássica a culpa como desvio de um modelo de conduta ideal onde o agente não pretende causar prejuízo opostamente ao dolo, violação deliberada e intencional de um dever jurídico.

Constata-se logo que o direito exige dos profissionais uma conduta realizada segundo os preceitos, cautelas e precauções necessárias previstas segundo a arte no resgate da vida e saúde daqueles a quem ao de zelar.

A questão não incumbirá apenas a culpa, há portanto o dever de evidenciar o vínculo causal que liga a conduta ao dano, o que pode variar quanto à concretude uma vez que não há doenças e sim doentes por quanto dois pacientes acometidos pelo mesmo mal se tratados de forma idêntica podem ainda apresentar reações absolutamente distintas.

Ponto para colocar a decisão a cargo da avaliação do juiz o que torna todas as provas de valor relativo salvo os casos excepcionais. Numa intervenção de amparo ao bem da ciência e do profissional o Conselho determina sobre diversos aspectos que o julgamento decorra sob avaliação de erros grosseiramente cometidos.

É possível aferir diante de todo material científico disponível o quão cuidadoso e prudente é o modelo para avaliação e fundamentação de um julgamento. Regido por um código de ética ponderado que dispõe de direitos e deveres, do profissional, é exigido responsabilidade e conduta doutrinada para uma atividade comprometida com a saúde e a vida dos pacientes, sem entretanto inviabilizar que sejam consideradas as multiplicidades de situações em que a conduta seja danosa às condições da vida e bem estar do enfermo.

Necessário se faz discorrermos quanto às modalidades de culpa, dentre estas negligência, imprudência e imperícia, tais quais serão conceituadas, expondo suas delimitações e características, adentrando aos aspectos civis do ordenamento jurídico atualizado.

6.1.1 – Negligência

Os dispositivos jurídicos que tratam da teoria da culpa e dizem respeito à responsabilidade profissional do médico são os arts 186 e 951 do código Civil.

A comprovação do ato médico deverá se enquadrar dentre as modalidades de culpa supracitada para que a vítima possa ser ressarcida. A negligência médica é caracterizada por ato omissivo, inércia, passividade do médico na execução de suas condutas.

Intermináveis são as possibilidades de ações negligentes do médico como, por exemplo, o abandono do doente, o lapso temporal exacerbado entre a entrada do paciente no hospital e o efetivo atendimento, pelo não comparecimento ao plantão e não havendo comparecimento do médico substituto, constituindo falta de profissional na unidade de saúde e assim o não atendimento aos enfermos, o abandono de objetos e ou instrumentos cirúrgicos dentro de pacientes e etc.; no âmbito penal a falta de observância de uma hemorragia traumática, medicando todos os outros ferimentos porém não este, causando morte do paciente, poderíamos mencionar uma infinidade de situações quais demonstrariam a negligência deste profissional.

Conforme aduz Miguel Kfoury Neto: “Consequentemente, só se poderia responsabilizar os médicos por negligência ou torpeza que qualquer homem pudesse cometer, não aquela em que pudesse incorrer exclusivamente o servidor da medicina. A culpa médica haveria de ser, como visto, grave, inescusável, advinda de erro grosseiro, elementar. O ônus da prova sempre incumbiria ao paciente (SILVA,2006, p. 4).

Ser negligente, portanto é deixar de agir com atenção, com cuidado, com personalidade dando azo a falhas por decorrência de distrações e falta de dever de agir.

Cuidados de vigilância corriqueiras como checagem da própria agenda, a ficha e prontuário do paciente e todos os exames, anotações ao lado do programa de cirurgia, marcações na área a ser operada, conferência do lado a ser operado com o próprio paciente, enfim verificação de todos estes dados respaldam o profissional da medicina quanto a acusação por negligência, caso ocorra qualquer dano ao paciente assistido. Se eximindo assim de condenações civis ou penais decorrentes.

6.1.2 – Imprudência

Etimologicamente é conceituada imprudência como ato de agir perigosamente, com falta de moderação ou precaução, comportamento de precipitação e falta de cuidados, é culpa comissiva, o profissional da medicina neste caso atua na realização de um ato e em decorrência desta ação causa danos por muitas das vezes irreparáveis podendo, portanto ser condenado civil e penalmente por este ato imprudente.

Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos os crimes cometidos por imprudência constituem, do ponto de vista da definição legal, exceções à regra da criminalidade dolosa, aparecendo na lei penal como hipóteses acessórias de menor significação (SILVA, 2006, p. 16).

É muitas das vezes o caso do cirurgião que não espera o anestesista, realizando ele mesmo o procedimento, o médico que tem consciência de que um

ato cirúrgico necessita de tempo mínimo de uma hora e meia e, no entanto o faz em trinta minutos, acarretando dano ao paciente, a realizações de anestésias simultâneas e etc.

Nos lembra Carnelut, para quem a imprudência é o contrario da prudência e prudência é sinônimo de previdência, são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também das regras que se extraem desta, agem, antevendo o evento que deriva daquela ação e tomando depois as medidas acautelatórias necessárias a evitar o insucesso.

Há grande dificuldade no campo médico em se distinguir imperícia de imprudência tendo em vista que imprudência sempre deriva da imperícia.

A dificuldade será no entendimento se houve ou não o enquadramento de uma das modalidades de culpa mediante análise o caso concreto.

6.1.3 Imperícia

A falta de habilidade, experiência e destreza muito bem definem a imperícia, trata se da falta de observância das normas e é a deficiência de conhecimentos técnicos no exercício da profissão.

Espera se do profissional da medicina determinadas condutas técnicas peculiares a profissão qual lhe capacita. Ha pressupostos implícitos, inerentes a sua formação como profissional que asseguram a massa leiga da população confiança plena diante dos procedimentos seguros e corretos possuídos pela medicina.

A imperícia de forma prática pode ser identificada em situações como quando um profissional se aventura a realizar intervenções próprias da especialidade para qual não se qualificou, devendo mediante procedimento que fuja aos seus conhecimentos técnicos conferenciar com colegas ou indicar um especialista.

Imprudência, negligência não são mais do que sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as consequências lesivas do próprio ato. Tanto na imprudência quanto na negligencia, há inobservância das cautelas

aconselhadas pela experiência comum em relação a prática de certos atos ou emprego de certas coisas; mas, enquanto a imprudência tem caráter militante ou comissivo, a negligência é o desleixo, a inação, a torpidez. Uma é imprevisão ativa (culpa in committendo), outra é a imprevisão passiva (culpa in omittendo). A imperícia, de seu lado, não é mais do que uma forma especial de imprudência ou de negligência: é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimento técnico, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão. Imperito é o cirurgião que, pouco versado em anatomia topográfica, pinça o pneumogástrico ao paciente ou corta-lhe um vaso sanguíneo de grosso calibre (Vannini, 2004, p.188).

Qualquer procedimento inadequado mediante os procedimentos técnicos facilmente será caracterizado como imperícia, assim se perfaz os entendimentos jurisprudenciais.

7 – Conseqüência da condenação penal

Nos casos de indícios de autoria ou participação do médico em crimes, via de regra, a ação penal será movida pelo Ministério Público com ou sem representação.

No léxico Houaiss, há várias definições: “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”, “caráter ou estado do que é responsável” e “dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico”. “A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (SILVIO RODRIGUES); II) a responsabilidade administrativa, no caso de envolver um agente público (sendo este um médico do município, por exemplo) que infringe normas administrativas, que em sua origem não deixa de ser civil; III) a responsabilidade penal, quando os atos do agente repercutem na seara penal, enquadrando-se como crime ou contravenção. Nesta, diferente da civil, o interesse protegido é público (violação direta da ordem social) e a conseqüência do dano é a pena. Assim, o foco desta é a pessoa; daquela, o dano; e na responsabilidade administrativa, haverá punições de teor funcional (perda do cargo público) e ressarcitória. (QUEZADO, 2008).

No que tange aos casos de ação de iniciativa do ofendido por intermédio de queixa-crime será através de advogado, como exemplo, o crime de dano.

Esporadicamente médicos processados criminalmente serão privados de sua liberdade, sendo que em caso de crime de homicídio culposo e no de lesão corporal culposa, o juiz, ainda que fixe pena de privação de liberdade no índice máximo previsto na lei que é de 3 anos para o homicídio culposo e 1 ano para a lesão corporal culposa, poderá convertê-la em pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana, e/ou multa, conforme reza o art.44, do Código Penal. A Lei 9.099/95, que prevê o procedimento para os crimes apenados com pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, também menciona outras hipóteses que viabilizam a manutenção da liberdade do médico. A priori é a transação penal, em

que na audiência preliminar, o Ministério Público ou a vítima – nos casos que a ação penal dependa de manifestação desta -, ofertará a proposta, consistente na aplicação imediata de pena restritiva de direitos, multas ou reparação do dano causada a vítima, que poderá ser aceita ou não pelo réu.

No caso da proposta aceita o juiz homologará e porá fim ao processo por meio de uma sentença condenatória imprópria, na qual não gerará qualquer efeito penal, ou seja, não será possível a verificação da responsabilidade penal, não implicará em reincidência e também não constará de registros criminais. Desta forma exigira restrições sob imposição que limita um lapso temporal de cinco anos para que seja realizada nova transação.

Cumprindo os médicos as imposições jurídicas terão seu processo extinto, entretanto em face de uma transação não aceita. Mediante esta não aceitação em decorrência do oferecimento da denuncia o Ministério público poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, cumprindo o médico as condições impostas pelo julgador haverá a extinção do processo.

. Entretanto ocorrerá reconhecimento da culpa do profissional com possibilidade de repercussões penal e civil.

Benefícios estes não autorizados nos crimes graves, o aborto, por exemplo, é apenado com prisão de 1 a 3 anos, salvo quando autorizado judicialmente.

A não formalização das opções já mencionadas o profissional respondera desde que comprovada a autoria e culpa do médico, tanto no âmbito civil quanto na esfera penal.

Ulteriormente a Lei 11.719/08, sendo este valor passível de execução o juiz deverá de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, passível de execução no âmbito civil.

No entanto, a vítima poderá optar pelo processo de conhecimento, no qual poderá ser aumentado o valor determinado pelo juiz, conforme o art. 63 do Código de Processo Penal. Em ambos os casos, se está diante da ação civil fundada no delito. Além da reparação civil, como já dito antes, o médico poderá sofrer sanções administrativas que serão aplicadas pelo Conselho Regional de Medicina ou pelo Conselho Federal de Medicina, no caso de cassação. Ao final do processo, com a condenação o juiz

mandará remeter os autos ao Conselho para que este tome as medidas cabíveis. O artigo 17 do Regulamento do Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina - Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 -, prevê que:

Art. 17 – As penas disciplinares aplicáveis aos infratores da ética profissional são as seguintes:

- a) advertência confidencial, em aviso reservado;
- b) censura confidencial, em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional, até 30 (trinta) dias; e
- e) cassação do exercício profissional. (SOSTOA, 2012, p. 64-65).

Verifica se, portanto que não há a impunibilidade do profissional da medicina mediante condutas criminosas quando estas são comprovadas, abrange estas condenações sua profissão, seu patrimônio, e sua liberdade, podendo cessar inclusive a evolução de sua carreira.

8 – Conclusão

Ao longo deste trabalho foi abordada a conduta do médico e delimitação das mesmas em circunstâncias de erro médico. Para delimitação e caracterização de um mau ato se faz necessário a interpretação do juiz de uma análise do perito sobre a conseqüência possível de se constatar.

Apresentando assim variáveis diversas para determinação da probatoriedade da responsabilidade do médico, é com estudo da estrutura do crime que se faz possível criar parâmetros que facilitem a análise nos casos de conduta duvidosa.

É favorecido pelo conteúdo exposto que a conduta do profissional da medicina tem valor social que implica necessariamente que a exerça com eximia responsabilidade, tendo ainda este o dever de zelar pela vida, o maior bem jurídico tutelado, ficando a encargo de três esferas quando sua conduta se apresenta questionável (Cível, Penal e Administrativo).

No entanto se faz necessário considerar que o profissional (médico) não pode nem deve ser condenado sem a devida investigação dos procedimentos adotados, o salvo apontamento que suas atividades são de meio e não de resultado.

Constituiu-se não só de apresentação das informações, mas discussão quanto aos questionamentos que estas desenvolvem, desta forma o presente trabalho além de elucidar o leitor quanto às considerações estimula seu senso crítico para o assunto.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, todo conteúdo abordado ainda se estabelece como de cunho valioso para o meio acadêmico e relevância no âmbito social.

Referências Bibliográficas

Buzaglo, Samuel. Erro Médico Enfoque cívil, Penal e Ético. In: ___Carta Mensal. Vol 52. 2006.

Cabette, Eduardo Luis Santos. Comentários ao novo código de Ética Médica. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. vol. 01. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Mônica Santiago O. A. Responsabilidade Penal do Médico. Revista Evidência, Instituto Paulista de Estudos Bioético e Jurídicos, 2007.

Chebli, Túlio Fonseca. O ERRO MÉDICO SOB A ÓTICA CIVIL, PENAL E ÉTICA. Juiz de Fora. Disponível em:
<<http://www.fiocruz.br/biossegurancahospitalar/dados/material11.pdf>>. Acesso em 03/09/2013.

Consulex, Revista Jurídica. O valor da Prova Pericial nas ações de Erro Médico. Ano X, nº 219, 2006.

DEBIAZI, Bianca Anelise. Responsabilidade Penal por Erro Médico. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

FILHO, Antônio Evaristo de Moraes. Aspectos da responsabilidade penal do médico. Disponível em:
<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_6.html>
Acesso em 03/09/2013.

França, Ginival Veloso de. Direito Médico. 5ª ed. São Paulo: Fundação BYK, 1992.

Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Grieco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

Guimarães, Rafael Prado. Responsabilidade Penal no Erro Médico. Unisal, Lorena, 2002.

Halfeld, Taciana Márcia de Araújo. Responsabilidade Civil Médica. Barbacena: Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, 2011.

Kfoury Neto, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Lippman, Ernesto. Manual dos direitos do Médico. São Paulo: Segmento Farma, 2008.

Marinovic, Anderson. Responsabilidade Penal do Médico. Unisal, São José dos Campos, 2005.

Marques, Fabiola Marcondes. Erro Médico e Anestesiologia. Unisal, Lorena, 2003.

Martins, Jorge Henrique Schaefer. A responsabilidade Penal por Erro Médico. Revista Jurídica da FURB, nº 3, 1998.

MEDICINA BRASIL . COM. Disponível em:

<http://www.brasilmedicina.com/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=128&AreaSelect=4>. Acesso em: 03/09/2013.

Moraes, Irany Novah. Erro Médico. 2ª ed, Revista dos Tribunais, 1991 São Paulo.

NUNES, Juliana Andrade. Erro Médico. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2004.

Oliveira, Silvia Regina. Direito Penal Médico. Porto Alegre. Disponível em: <<http://pennademoraes.com/pdf/SilviaReginaOliveira.pdf>>. Acesso em 03/09/2013.

OLIVEIRA, Eymard Francisco Brito de. Responsabilidade Penal do Médico nos Crimes Próprios. Varginha, 2006.

PRATES, Núria Derviche & Marquardt, Marcelo. A responsabilidade Penal do Médico e o processo penal. Simposio Medicina e Direito. J. Vasc BR, vol. 2, nº 3, 2003.

Protetti, Narciso Cesar Ribeiro. Erro Médico: o dever de informar dos médicos / consentimento informado. Unisal, Lorena, 2007.

Quezado, Paulo. Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal do Médico. Fortaleza, 2008

Rizzardo, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Anderson. Responsabilidade Penal do Médico pelos erros cometidos no exercício da função. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

SILVA, Fernando Duarte Leopoldo e. Fundamentos médicos e jurídicos do atendimento ao aborto. São Paulo, 2008.

Souza, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. Campinas: LZN Editora, 2003.

Udelsmann, A. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos. Campinas: Rev Assoc Med Bras; 48(2), 2002.

Vade Mecum 2012: com foco no Exame da OAB e em concursos públicos. Niterói: Impetus, 2012.