



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

JOÃO PAULO MOREIRA FERNANDES MATIAS

**RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO: É POSSÍVEL A
OCORRÊNCIA DE PENALIZAÇÃO POR DOLO EVENTUAL?**

SOUSA-PB
2023

JOÃO PAULO MOREIRA FERNANDES MATIAS

**RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO: É POSSÍVEL A
OCORRÊNCIA DE PENALIZAÇÃO POR DOLO EVENTUAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Delmiro Gomes da Silva
Neto

M433r

Matias, João Paulo Moreira Fernandes.

Responsabilidade penal por erro médico: é possível a ocorrência de penalização por dolo eventual? / João Paulo Moreira Fernandes Matias. – São Paulo, 2023.
66f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2023.

"Orientação: Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto".

Referências.

1. Responsabilidade Penal – Profissional da Medicina. 2. Dolo Eventual. 3. Erro Médico – Culpa Consciente. I. Silva Neto, Delmiro Gomes da. II. Título.

CDU343.222:616-051(043)

JOÃO PAULO MOREIRA FERNANDES MATIAS

**RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO: É POSSÍVEL A
OCORRÊNCIA DE PENALIZAÇÃO POR DOLO EVENTUAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Delmiro Gomes da Silva Neto

Primeiro Examinador:

Segundo Examinador:

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Deus, que foi a quem recorri nos momentos mais agonizantes e que me deu forças para continuar.

A todos os meus familiares que de alguma forma contribuíram para que eu pudesse realizar o sonho de me graduar em Direito. Em especial, agradeço aos meus tios Lê, Cleanto, Vanduy, Janderson, Renan e Zé Nubio, e às tias Xuxa, Orlene, Almira e Alana, os quais me ajudaram desde o início e de diversas formas diferentes.

Aos meus pais, Francisco Moreira Filho e Maria de Fátima Matias, que nunca deixaram de me apoiar e de me dar suporte, além de serem meus exemplos de vida, sem eles eu não teria conseguido.

Às minhas avós, Sebastiana e Nena, que também sempre estiveram comigo, me motivando e aconselhando.

Aos meus amigos, Leonardo, Isaías e Luma, que desde o início do curso vem me ajudando tanto na faculdade, quanto no dia a dia em uma cidade que eu não conhecia.

À minha namorada, Líllyan, que esteve presente nos momentos mais difíceis do último ano de curso, e mesmo antes de nos namorarmos.

Ao meu orientador, Professor Delmiro Gomes, que foi muito solícito e didático ao me auxiliar a construir esse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de estudar e desenvolver o debate a cerca da responsabilidade penal por erro médico e sua penalização por dolo eventual, através da análise do Código de Ética Médico, do Código Penal e das opiniões de renomados doutrinadores. O presente trabalho é classificado como descritivo e qualitativo, à medida que explorará a questão da responsabilidade penal por erro médico, aplicando uma abordagem teórica, trazendo casos específicos para se obter informações concretas. Isso será feito por meio de uma revisão bibliográfica, utilizando-se artigos, reportagens, pesquisas, jurisprudências e livros. No que concerne ao objetivo, que é demonstrar a possibilidade de dolo eventual quando ocorre erro médico, foram aplicados os métodos analítico – descritivos, analisando-se todos os dados, as informações e os conceitos de forma crítica para posteriormente buscar-se expor e solucionar os problemas advindos da questão da responsabilidade penal por erro médico no judiciário brasileiro, respondendo a questão da possibilidade de ocorrência de dolo eventual. Sendo assim, será uma pesquisa do tipo qualitativa, analisando e interpretando os conceitos e as informações extraídas a partir do estudo. Além disso, pretende-se compreender e investigar dolo e crime; formas de causar danos e ilícitos: imprudência, imperícia e negligência. O grande debate gira em torno da possibilidade de dolo eventual e culpa consciente nas práticas médicas que podem causar danos aos pacientes. Diante disso, a questão focal desse trabalho é: é possível penalizar um erro médico tendo por base o dolo eventual? A hipótese que trago é que sim, é possível a penalização tendo por base o dolo eventual nos casos de erros médicos, sendo, todavia, necessário que haja a comprovação inequívoca de tal situação, uma vez que ocasionará responsabilização mais severa. Portanto, este trabalho se propõe a analisar diferentes tipos de responsabilidades que podem ser atribuídas aos médicos em vez de atuar de acordo com os deveres profissionais e legais exigidos, abordando prioritariamente a responsabilidade penal e seus pressupostos.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade penal; dolo eventual; culpa consciente; profissional da medicina.

ABSTRACT

This monographic work aims to study and develop the debate about criminal liability for medical malpractice and its penalization for eventual malice, through the analysis of the Code of Medical Ethics, the Penal Code and the opinions of renowned scholars. The present work is classified as descriptive and qualitative, as it will explore the question of penal responsibility for medical malpractice, applying a theoretical approach, bringing specific cases to obtain concrete information. This will be done by means of a bibliographic review, using articles, reports, research, jurisprudence and books. Regarding the objective, which is to demonstrate the possibility of eventual malice when medical error occurs, the analytical-descriptive methods were applied, analyzing all the data, information, and concepts critically to later seek to expose and solve the problems arising from the question of criminal liability for medical error in the Brazilian courts, answering the question of the possibility of the occurrence of eventual malice. Thus, this will be a qualitative research, analyzing and interpreting the concepts and information extracted from the study. Furthermore, it is intended to understand and investigate malice and crime; forms of causing damage and illicit acts: imprudence, carelessness, and negligence. The great debate revolves around the possibility of eventual malice and conscious guilt in medical practices that can cause harm to patients. In light of this, the focal question of this work is: is it possible to penalize a medical error based on eventual malice? The hypothesis that I put forward is that yes, it is possible to penalize eventual malice in cases of medical error, but it is necessary to have unequivocal proof of this situation, since it will lead to more severe liability. Therefore, this work aims to analyze the different types of responsibilities that can be attributed to physicians instead of acting according to the professional and legal duties required, primarily addressing the criminal responsibility and its assumptions.

KEY WORDS: criminal responsibility; eventual intention; conscious guilt; medical professional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 RESPONSABILIDADE PESSOAL E O ERRO MÉDICO	11
2.1 CONCEITO DE ERRO MÉDICO.....	12
2.1.1 Erro culposo e erro doloso.....	14
2.1.2 Erro escusável ou erro profissional.....	15
2.1.3 Erro médico e acidente imprevisível.....	16
2.1.4 Erro médico e resultado incontrolável.....	17
2.1.5 Erro médico e omissão de socorro.....	17
2.2 CÓDIGO DE ÉTICA DA MEDICINA.....	18
2.3 CONCEPÇÃO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA.....	21
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
2.4.1. Responsabilidade civil objetiva x responsabilidade civil subjetiva.....	25
2.4.2. Obrigação de meio x Obrigação de resultado.....	27
2.5 RESPONSABILIDADE PENAL.....	28
3 RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO E O DIREITO PENAL	30
3.1 PROPÓSITO DO DIREITO PENAL.....	30
3.2 BEM JURÍDICO-PENAL.....	32
3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO.....	35
3.4 ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA PUNÍVEL (DOLO E CULPA).....	40
3.5 RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO CULPOSO.....	41
3.5.1 Imperícia.....	44
3.5.2 Negligência.....	46
3.5.3 Imprudência.....	47
3.6 RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO DOLOSO.....	48
3.7 A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DOLO EVENTUAL.....	50
4 CRIMES PRÓPRIOS DOS MÉDICOS NO CÓDIGO PENAL	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado “Responsabilidade penal por erro médico: é possível a ocorrência de penalização por dolo eventual?”, visa investigar o instituto da responsabilidade criminal desinente de erro na medicina, abordando brevemente o panorama da responsabilidade civil e administrativa desse profissional, indicando, de outro modo, o conceito do desvio médico através do que preconiza o Código de Ética Médica e suas distinções com outros institutos, para em seguida abordar as presunções de responsabilidade penal e a discussão do erro médico por culpa ou dolo. Assim, a atual monografia aborda a questão da responsabilização do profissional por delitos, centrando-se principalmente na averiguação de dolo. Fornece informações sobre os pré-requisitos e características da responsabilidade penal médica, a delimitação e abrangência dos enganos de tratamento dolosos e culposos. E, no último capítulo, traz uma breve análise dos crimes próprios dos profissionais da medicina através do estudo de alguns artigos dispostos no Código Penal.

Em relação a metodologia, adotou-se o bibliográfico documental, com trato direto e indireto das fontes. Foram utilizados os métodos descritivo e dedutivo na abordagem, com a finalidade de analisar a responsabilidade penal por erro médico no cenário jurídico brasileiro, partindo de uma revisão bibliográfica, a partir de artigos, livros, sites da web e reportagens, partindo de características e conceitos gerais para a compreensão de problemas específicos. O estudo teve caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental, ao mesmo tempo que foi necessário o cruzamento dos levantamentos com toda a pesquisa bibliográfica já feita.

A principal questão quanto a responsabilização penal por erro médico está na possibilidade ou impossibilidade de ocorrer penalização tendo por base o dolo eventual, o que traria penas mais gravosas ao profissional. Pois, na doutrina e na jurisprudência há divergência quanto a essa possibilidade. Diante disso, a questão focal desse trabalho é: é possível penalizar um erro médico tendo por base o dolo eventual? A hipótese que trago é que sim, é possível a penalização tendo por base o dolo eventual nos casos de erros médicos, sendo, todavia, necessário que haja a comprovação inequívoca de tal situação, uma vez que ocasionará responsabilização mais severa.

A escolha do tema foi pautada pelas grandes polêmicas trazidas pela mídia e pelo crescente número de ações judiciais relacionadas à prática médica e negligência médica.

Cotidianamente são expostos pelos mais diversos meios de comunicação casos e mais casos de indivíduos que foram prejudicados fisicamente, psicologicamente, materialmente ou moralmente por conta de erros médicos, os quais, na maioria das vezes, deram-se devido imprudência, negligência ou imperícia dos profissionais da medicina. Sendo assim, é notável que a responsabilidade penal por erro médico é um tema que deve ser debatido e entendido pela população brasileira.

No entanto, é necessário ressaltar que este trabalho monográfico não pretende esgotar todo o assunto, nem abordá-lo em sua totalidade. Refere-se a uma investigação meramente acadêmica com o objetivo de demonstrar os aspectos jurídicos e doutrinários do erro médico e sua responsabilidade direito penal, lidando principalmente com a questão da existência de negligência médica culpado quanto intencional.

O estudo foi estruturado em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro capítulo tratando da responsabilidade pessoal e o erro médico, sendo abordadas as questões do conceito de erro médico, desenvolvendo sobre o significado do erro médico segundo o Código de Ética Médica, o que demonstrará que somente o erro que possa prejudicar o paciente terá fundamento no direito penal. Portanto, é importante aqui distinguir brevemente o que seria um ato negligente do médico de outros institutos como acidentes imprevisíveis, resultados incontroláveis e omissões para ajudar, para não ser confundida com o próprio erro médico; a forma como o Código de Ética Médica lida com a culpabilidade do médico.

Ainda neste capítulo será definido o que é responsabilidade jurídica, suas formas e significado para a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes, a questão da responsabilidade criminal por situações que ocasionem lesões ao paciente, incluindo a responsabilidade criminal médica por erros culposos e dolosos. Por conseguinte, atendo-se as nuances concernentes à responsabilidade civil, observando a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, além das questões que dizem respeito a obrigação de meio e de resultado na profissão médica. Outrossim, apresentando a responsabilidade penal, sendo esta mais breve, visto ser tema desenvolvido com mais precisão no segundo capítulo.

No segundo capítulo, abordar-se-á a responsabilidade por erro médico e o direito penal, inicialmente demonstrando qual é a finalidade do direito penal, qual seja, proteger os bens jurídicos mais relevantes, porque representa a última forma de ação de papel do Estado na proteção do equilíbrio social das condutas mais graves para os humanos. Uma vez tecidas

essas considerações, cabe observar os diversos bens jurídicos e criminais por ela protegidos. Para isso, será demonstrado o conceito de bem jurídico-penal embutido no Estado Democrático de Direito com a finalidade de construir um sistema repressivo pautado na legalidade, igualdade e dignidade.

Consequentemente, após a exposição desses conceitos é necessário explicar os pressupostos da responsabilidade penal, que nada mais são do que elementos que constituem o crime, os conceitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Dada a devida importância para o estudo dos indícios de um fato criminoso, é conveniente avaliar posteriormente o elemento subjetivo do ato criminoso, ou seja, dolo ou culpa. Finalmente, para concluir o entendimento deste capítulo e ponto central do estudo, discutem-se os aspectos da responsabilidade penal por erro médico, procurando avaliar os elementos constitutivos da culpa e dolo. Além disso, será destacada a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à existência ou inexistência de erro médico doloso na modalidade dolosa eventual, discutindo a possibilidade de ocorrência de penalização do profissional da medicina por dolo eventual, refletindo sobre a postura de alguns doutrinadores perante o debate entre dolo eventual e culpa consciente.

Em conclusão, no terceiro e último capítulo será apresentado qual a postura do Código Penal Brasileiro frente aos crimes próprios dos médicos, sendo abordados alguns tipos penais, sendo apenas alguns exemplos, especificando quais as penalizações sob o prisma legal e dissertando sobre opiniões de alguns doutrinadores.

2 RESPONSABILIDADE PESSOAL E ERRO MÉDICO

Como função primordial à vida humana, a medicina é, desde tempos imemoriais, uma das atividades mais prestigiadas pela sociedade, o que lhe é devido. Todavia, não é por conta disso que o clínico não está sujeito a erros, sendo atualmente bastante discutido no âmbito do judiciário a questão da responsabilização desses profissionais por erros cometidos no exercício da profissão. Vale ressaltar que em dado momento da história, como na idade média, e até mesmo em meados do século XX, os pacientes não recorriam ao judiciário para poder responsabilizar os profissionais da medicina por pensar neles como sendo, um profissional isento de cometer algum erro, o que é um equívoco, pois todo profissional está sujeito a erros. No entanto, visto o objeto de trabalho do médico ser a vida humana, requer-se uma maior atenção e maior responsabilidade por parte desses profissionais.

Devendo eles ser responsabilizados por seus atos, de forma pessoal, como preconiza o Código de Ética da Medicina (Resolução CFM nº 1.931/09) em seu artigo 1º, *caput* e parágrafo único:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida (Resolução CFM nº 1.931/09).

Alexsander Lassagne (apud FRANÇA, 2014, p. 244) define responsabilidade médica de maneira concisa, explicando que a responsabilidade medicinal é a possibilidade do profissional da medicina sofrer uma obrigação em devido o cometimento de faltas no desempenho da sua profissão, faltas essas que poderão ser punidas penalmente e civilmente.

Diante disso, visto o número crescente de ocorrências de falhas por parte dos médicos é que tem havido uma maior busca do judiciário para dirimir tais questões. Nesse sentido, conscientizar os pacientes e suas famílias têm sido uma grande preocupação, pois muitos desses profissionais também não entendem o ordenamento jurídico nem se preocupam com os tipos de responsabilidade que podem ser imputados a eles.

Nesses casos, torna-se importante compreender o que vem a ser o verdadeiro erro médico do ponto de vista teórico e ético médico, a fim de fornecer conhecimento técnico e

jurídico aos agentes dessa relação. Posteriormente, serão discutidas as diversas espécies de responsabilidade imputável aos médicos por conduta lesiva, seja na esfera administrativa, cível ou criminal.

Uma vez considerados esses fatores, é preciso entender a divisão de responsabilidades nas atividades pessoais do médico, incluindo aspectos constitucionais, civis, criminais e administrativos. Além disso, importa distinguir entre responsabilidade objetiva e subjetiva, analisar o âmbito de aplicação da responsabilidade pessoal do médico.

Por fim, faz-se mister explicar de forma detalhada as nuances da responsabilidade penal e como ela ocorre nos casos médicos, a fim de demonstrar elementos para embasar o teor a que esse trabalho se propõe.

2.1 DEFINIÇÃO DE ERRO MÉDICO

Consoante com o Conselho Federal de Medicina, erro médico é um dano a um paciente causado por ações ou omissões de um médico no curso de sua prática profissional, de maneira não intencional (Resolução CFM nº 1.931/09, capítulo III, artigo 1º). Já as complicações são eventos relacionados a procedimentos médicos que devem ser distinguidos responsabilmente dos procedimentos resultantes de negligência, imperícia ou imprudência, que caracterizam erros médicos (MOREIRA, 2018). Como é de fácil percepção, ao escolher esta profissão o indivíduo deve ter em mente que está lidando com o maior bem do ser humano, que é a vida, tendo, portanto, que prezar pela cautela e a prudência na prática profissional, pois caso venha a executar algum erro, deverá ser responsabilizado penalmente, civilmente e, em alguns casos, administrativamente.

Outrossim, no passado, como já foi ressaltado anteriormente, eram raros os casos em que os pacientes buscavam responsabilizar o médico pelos seus erros. Atualmente não ocorre mais dessa forma, sendo cada vez mais crescente os casos de discussão de erros médicos no judiciário brasileiro (DINIZ, 2011, p.p. 738-739). Visto que, apesar de muitos profissionais não terem condições estruturais e instrumentais adequadas à prática médica no Sistema Único de Saúde brasileiro, erros grotescos e irresponsáveis não são mais tolerados como eram em tempos passados. Como assevera Martins (2014, p. 206):

Na seara penal médica esta questão assume contornos importantes em hipóteses nas quais um resultado objetivamente típico, ocorre em razão da falta de condições materiais do hospital para que o médico possa desenvolver seu labor de forma adequada (MARTINS, 2014, p. 206) .

Reconhecidamente, o comportamento humano que é relevante para o direito penal é aquele causador de dano, presente na legislação penal, podendo ser de duas formas: atos dolosos e culposos. Acontece que o foco atual do trabalho está na Responsabilidade Penal, portanto, nesta seara, o erro médico deve ter causado algum dano para que seja amparado pelo Direito Penal. Pois a lei penal protege bens que têm maior relevância para a sociedade, como a vida, integridade física e a saúde, de acordo com o princípio da *ultima ratio*.

Os erros médicos podem ser considerados como sendo má conduta profissional médica, no exercício da sua profissão lícita, causando danos à saúde, à integridade física ou à vida do paciente, porque a medicina é uma atividade de risco, os médicos devem estar preparados para enfrentar doenças e as complicações que surgem durante o tratamento, sendo que estas são muitas vezes causadas por comportamento inadequado de profissionais aplicando e desenvolvendo técnicas inadequadas, caracterizando, portanto, erros médicos (MARTINS, 1998, p.2).

Nesse sentido, os atos médicos realizados de maneira negligente, imperita, imprudente ou até mesmo dolosamente ilegais violam o dever objetivo de cuidado que este profissional deve observar no trato cotidiano. Sendo imperioso que responda pelo dano causado, seja ele físico, moral ou psicológico.

Ainda, o Conselho Regional de Medicina do estado de Santa Catarina, definiu que um erro médico é a inabilidade de um médico praticar atividades profissionais. É a má consequência ou o resultado adverso decorrente da atividade ou omissão do doutor por descumprimento da conduta técnica, quando o profissional estiver exercendo plenamente suas capacitâncias intelectuais (GRISARD, 2000, p. 66).

Apesar de haver muita divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência no que tange ao erro doloso, de modo que alguns tribunais no Brasil consideram o erro médico quando também decorre de ato doloso, caso em que o profissional quis ou assumiu o risco de causar dano. Do seguinte modo:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS GRAVES. ERRO MÉDICO. DOLO EVENTUAL COMPROVADO. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. 1) Assumindo o acusado o risco de produzir o resultado, resta configurada a essência do dolo na sua modalidade eventual, impondo a reforma da sentença absolutória. 2) Recurso conhecido e provido. (TJ-GO – APR: 01192365420068090051 GOIANIA, Relator: DR(A). LILIA MONICA C.B. ESCHER, Data de Julgamento: 23/04/2013, 2ª CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 1295 de 03/05/2013) (JUSBRASIL, 2013).

Outrossim, Maria Helena Diniz (2011, p. 740) não aborda o tema do erro doloso, somente fazendo referência ao erro culposo, proveniente de negligência, imprudência ou imperícia. Além disso, ela aponta que os erros médicos são frutos de falhas técnicas, instrumentais e estruturais das condições de trabalho, o que dificulta ainda mais a relação médico-paciente e aumenta de forma exponencial os erros ocorridos.

Diante do exposto, sanada grande parte da definição de erro médico, é possível se debater as questões de diferenciação do erro culposo e do erro doloso.

2.1.1 Erro culposo e erro doloso

Há grande celeuma tanto na jurisprudência quanto na doutrina quanto a penalização por erro doloso, todavia, isso será debatido posteriormente, cabendo neste momento, fazermos a definição do erro doloso e do erro culposo.

O erro culposo consiste numa ação ou omissão dotada de negligência, imprudência ou imperícia conforme artigo 18, inciso II do Código Penal (BRASIL, 1940), que ocasiona algum dano ou lesão ao bem jurídico de terceiro, como podemos, também, notar a partir da definição de Guilherme de Souza Nucci, o qual define o crime culposo da seguinte forma:

Note-se o conceito de culpa extraído do Código Penal Militar, bem mais completo do que o previsto no Código Penal comum: “Diz-se o crime: II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo” (NUCCI, P. 195, 2019).

Ainda para Nucci (2010, p. 210), culpa é “o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado”.

Vale ressaltar que a culpa é a exceção nos delitos, sendo o dolo a regra, como bem explica Rogério Greco (2019, p. 241) ao explicar que somente haverá crime culposo caso haja previsão expressa no tipo legal, conforme podemos notar a seguir:

O artigo que admitir a modalidade culposa deverá, nos termos exigidos pelo mencionado parágrafo único, fazê-lo expressamente, narrando o comportamento culposo. Caso contrário, deverá ser presumida a inadmissibilidade da figura típica culposa (GRECO, 2019, p.p. 241-242).

Ante o exposto, fica claro que o delito culposo é composto por uma conduta infracional, a inobservância do dever de cuidado objetivo do indivíduo, o resultado lesivo involuntário, a previsibilidade do resultado, ou seja, ao homem médio era possível antever a consequência, e a tipicidade da conduta.

Na perspectiva do médico, o erro culposo está previsto no artigo 1º do Código de Ética, o qual já foi ressaltado anteriormente, sendo vedado ao médico a prática de ato que venha a lesionar o paciente, seja por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, é um infortúnio ocasionado pela conduta do médico que causou lesão ou dano ao paciente.

Quanto ao erro doloso se perfaz quando o agente busca praticar a conduta típica de maneira voluntária e consciente (GRECO, 2017, p. 193). Nucci (2010, p. 204) apresenta três características do dolo, todas necessárias para sua ocorrência: a abrangência, visto que o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo; a atualidade, pois o dolo deve estar presente no momento da realização da ação, não podendo ser apenas anterior ou ulterior e a possibilidade de influenciar o resultado, pois é indispensável que a vontade do agente consiga produzir o fato típico.

Quanto à prática da medicina, em tempos pretéritos, não era possível se debater a prática de erro doloso nessa esfera, atualmente há o debate, mas somente quanto a possibilidade de dolo eventual ou indireto. Esta subdivisão do dolo está pautada na ocorrência de dano quando o agente não queria o resultado, mas conhecia o risco e mesmo assim resolve prosseguir na conduta por assumir o risco de produzi-lo.

Nas palavras de Nucci (2010, p. 205), por sua vez, o conceito de dolo eventual pode ser estabelecido como sendo “a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro”.

2.1.2 Erro escusável ou erro profissional

O erro escusável ou erro profissional, ou erro de técnica, é aquele ocasionado por ineficácia da própria ciência, não contendo o elemento culpa, não podendo o médico ser responsabilizado civilmente.

Em suma, um erro técnico não deve ser confundido com um erro médico, pois ocorre quando a abordagem médica é correta, mas a técnica utilizada é incorreta. Então o médico

aplica corretamente a má técnica ao caso. Diferente da imperícia médica, sua característica é que a tecnologia utilizada é correta e adequada, mas o comportamento ou atuação do médico é incorreto, ou seja, o médico faz mau uso da boa tecnologia.

Dessa forma, podemos dizer que o erro profissional ocorre quando a ação médica é correta, mas a técnica utilizada é incorreta. Não é o mesmo que culpa, porque neste caso a ação médica foi errada e a tecnologia certa. A culpa é a falta de cuidado e diligência no dever, que se espera de um bom profissional. Isto posto, no caso de erro profissional não há negligência ou imprudência do médico, vindo a ocorrer devido a falibilidade da ciência, não sendo da competência do judiciário analisar a técnica profissional aplicada.

Diante disso, alerta Rui Stocco, “o erro profissional não pode ser objeto de valoração pelo juiz, nem pode ser considerado como hipótese de imperícia, imprudência ou negligência” (2007, p.p. 390-431).

Nesse sentido, podemos, ainda, perceber que:

os juízes costumam caracterizar o erro profissional como sendo aquele contingente que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina, que não possibilitam sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta do profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente (FIGUEIREDO, 2004, p. 15).

Sendo assim, o erro técnico não será valorado pelo judiciário por não ser resultado de negligência, imperícia ou imprudência, pois é um erro que resulta da falibilidade e inaptidão da ciência.

2.1.3 Erro médico e acidente imprevisível

Como já foi ressaltado anteriormente, o médico está sujeito a erros como qualquer outro profissional, todavia, caso não ocorra dolo ou culpa no resultado danoso proveniente da conduta médica, não há que se falar em responsabilização jurídica.

Dessa maneira, o acidente imprevisível, apesar de também resultar em dano para o paciente, não é culpável penalmente, administrativamente ou civilmente pois ocorre devido circunstâncias que não eram previsíveis pelo médico, não podendo, assim, ser evitado.

Portanto, os acidentes imprevisíveis causam danos, mas são provenientes de força maior ou caso fortuito. São inevitáveis ou imprevisíveis. Podendo o resultado vir a acontecer

se outro médico realizar o procedimento. Ou seja, nas mesmas circunstâncias, o acidente nada tem a ver com o autor do crime.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2011, p. 746) adverte que em um acidente imprevisto, a integridade do paciente é comprometida devido a eventos acidentais ou de força maior nas atividades médicas, que não podem ser evitados devido a circunstâncias imprevistas.

2.1.4 Erro médico e resultado incontrolável

Já o resultado incontrolável ocorre devido não ter uma solução cabível no momento da ação médica, sendo o resultado danoso produto da evolução normal do caso. Também não é punível administrativamente, penalmente ou civilmente, tal qual o acidente imprevisível.

Nessa perspectiva, Genival Veloso França (2014, p. 257) defende que:

O resultado incontrolável seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução. Por isso, o médico tem com o paciente uma “obrigação de meios” e não uma “obrigação de resultados”. Ele assume um compromisso de prestar meios adequados, de agir com diligência e de usar seus conhecimentos na busca de um êxito favorável, o qual nem sempre é certo (FRANÇA, p.257, 2014).

Sendo assim, como o acidente que não poderia ser previsto, o resultado incontrolado diverge do erro médico visto que não está ao alcance do médico evitá-lo, não existindo a culpa.

2.1.5 Erro médico e omissão de socorro

Desde a antiguidade a omissão de socorro é algo presente na sociedade, havendo referências a ela no Código Manu e no Direito Hebraico, e, além disso, havia no direito egípcio a previsão de punição aquele que permanecesse inerte mesmo podendo salvar uma pessoa ferida (FRANÇA, 2014, p. 229).

Atualmente, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 135, prevê pena de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, para o cidadão que não prestar socorro, quando possível

fazê-lo sem risco pessoal, a criança que foi abandonada ou extraviada, ou a pessoa ferida, desamparada ou em iminente perigo; ou quando não podendo agir sem risco pessoal, deixar de pedir socorro às autoridades competentes (BRASIL, 1940).

Outrossim, em seu artigo 135 – A, o mesmo Código prevê a penalização de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa caso seja exigido algum tipo de caução financeira ou administrativo como condição para que se proceda ao atendimento médico-hospitalar de emergência (BRASIL, 1940).

Assim, é perceptível que o legislador e a sociedade brasileira busca punir qualquer indivíduo que se omita no socorro de outro indivíduo. Na condição do médico, ele tem o dever profissional de prestar o serviço e não o fez, ocasionando uma avaria ao enfermo que está sob seus cuidados, por conta da carência do comportamento que dele é exigido e esperado.

Portanto, é importante lembrar que, se o médico deixar de agir para curar o paciente e não cumprir seu dever legal de ajudar conforme exigido por lei, causando ferimentos graves ou a morte do paciente, ele será responsabilizado criminalmente por sua conduta maléfica. Devendo ele responder pela omissão imprópria, e também pelos danos causados ao paciente, de acordo com o que está determinado pelo parágrafo único do artigo 135 do Código Penal. Deve-se notar que a omissão de socorro não se confunde com erro médico, visto este ocorrer de maneira não intencional, diferentemente da omissão de socorro que é um crime doloso.

2.2 CÓDIGO DE ÉTICA DA MEDICINA

Mesmo que já tenham sido feitas menções ao Código de Ética Médico (Resolução CFM nº 1.931/09), convém serem feitos apontamentos mais profundos e precisos deste documento, o qual nos ajuda a entender quais os deveres e as responsabilidades do profissional da medicina.

Primeiramente, a partir deste documento busca-se melhorar o exercício da medicina em benefício da sociedade, atualizando e discutindo detalhadamente as regras para o juramento e a prática da medicina. Em seu preâmbulo ficou determinado que nele estão contidas as regras que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão,

inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da medicina (RESOLUÇÃO CFM n° 1.931/09, p. 29). Sendo assim, não são somente orientações mas sim normas que devem ser seguidas, tendo punições caso não o sejam.

Este documento está vigente desde abril de 2010, sendo seu texto o resultado de dois anos de debates e de milhares de contribuições de médicos de todo o País, de modo estabelecer à categoria um parâmetro de conduta. Os temas debatidos nele são os princípios fundamentais; os direitos dos médicos; as responsabilidades profissionais; os direitos humanos; a relação com pacientes e familiares; a doação e transplante de órgãos e tecidos; a relação entre médicos; a remuneração profissional; o sigilo profissional; os documentos médicos; a auditoria e perícia médica; o ensino e pesquisa médica e a publicidade médica (RESOLUÇÃO CFM n° 1.931/09).

Sendo assim, fica claro que o Código de Ética Médico existe para estabelecer as regras necessárias à prática da medicina, protegendo e resguardando tanto os profissionais quanto os pacientes. No que concerne aos princípios expostos neste Código, faz-se mister citar o princípio da beneficência que está disposto no inciso XII do Código de Ética da Medicina (RESOLUÇÃO CFM n° 1.931/09), no qual o médico deve fazer todo o possível para tratar e curar o paciente com sucesso, como também o princípio da não maleficência, o que significa que todas as atitudes profissionais devem ter o cuidado de não causar qualquer tipo de dano. Isso requer atenção especial para a atualização contínua da tecnologia e a consciência de fazer apenas o que você pode fazer, fazer as coisas com autonomia e consciência, relatar as necessidades, não ser impotente e se prevenir antes que elas aconteçam. Esses são alguns dos pontos mais importantes do Código de Ética Médica, que deve servir de guia, instruindo e aprimorando a atuação dos profissionais em um campo tão delicado e integral como a saúde.

Além do princípio da beneficência, outro princípio de suma importância para a prática profissional é a equidade, pois o princípio da equidade é condição essencial para o exercício da medicina, estando disposto no inciso I do Código de Ética Médico (RESOLUÇÃO CFM n° 1.931/09). Isso significa que o cuidado precisa beneficiar todos os pacientes da mesma forma, sem cor, credo ou qualquer outra distinção que os separe dos demais. Portanto, não podem ser levadas em consideração ações discriminatórias, nem interesses de qualquer

natureza, sejam eles religiosos, políticos ou que possam interferir nas escolhas de tratamento e comportamento do paciente. Caso contrário, o médico viola a ética.

Quanto a responsabilização profissional, como já foi ressaltado anteriormente, o capítulo III traz as vedações, sendo vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, conforme o artigo 1º, caput (RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/09). Seu parágrafo único delimita que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida (RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/09).

Outrossim, são delimitadas várias outras vedações, e, como o presente trabalho tem enfoque na responsabilização do médico, iremos nos deter um pouco mais nessas questões. O artigo 2º do Capítulo III (RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/09) deixa claro que é vedado ao médico delegar a outros profissionais os atos ou atribuições que são exclusivos da profissão, ou seja, o profissional da medicina não poderá pôr a cargo de um profissional de outra área um ato que é privativo dele, portanto, seja na realização de sutura ou procedimentos simples, mas que sejam exclusivos de médicos, ao deixar que outros profissionais realizem, o médico estará cometendo uma infração ética-profissional.

Por conseguinte, o artigo 7º do mesmo Capítulo delimita outra vedação, a qual é importantíssima pois veda ao médico se abster de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria (RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/09). Ou seja, quando o médico estiver trabalhando em setores de emergência ou urgência, sendo, dessa forma, obrigado a prestar atendimento a todos os pacientes, não poderá deixar de fazê-lo mesmo que a categoria profissional decida se abster do trabalho por questão de paralisação, por exemplo.

O Capítulo III traz outras vedações, e os Capítulos posteriores tratam de outros assuntos, como direitos humanos, a relação paciente e familiares, etc, como já foi ressaltado anteriormente. Sendo assim, fica claro que o Código de Ética da Medicina é um documento que visa proteger e respaldar tanto os médicos quanto os pacientes, ressaltando todas as questões ético-profissionais, que englobam desde a maneira como o médico deve se portar no ambiente de trabalho até as questões relacionadas ao tratamento cotidiano com os pacientes e as vedações que lhe são pertinentes.

2.3 CONCEPÇÃO DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Antes mesmo do período de 1792 e 1750 a.C., no qual se tem a criação do Código de Hamurabi, o primeiro código de leis da história, os indivíduos já eram responsabilizados por seus atos ou por atos de terceiros, seja juridicamente ou pela própria sociedade (HIGA, s.d.). Isso é algo intrínseco ao convívio em sociedade, cada cidadão sendo responsabilizado pelos seus atos, em alguns períodos mais e em outros menos, sendo modificada de maneira acentuada de nação para nação. No que concerne à atividade médica, cada vez mais vem sendo difundida a ideia de que os profissionais da medicina também devem ser responsabilizados por seus atos, pois, apesar da medicina ser uma profissão de riscos, não é por isso que o profissional deve ser isento de responsabilização por seus erros.

Em conformidade com o Dicionário Jurídico Brasileiro, do autor José Náufel, a responsabilidade se traduz da seguinte maneira:

Podemos ampliar esta definição para dizer: é a obrigação jurídica de responder alguém pelos seus próprios atos ou pelos atos de outrem, em virtude de determinação da lei ou de obrigação à qual se vinculou voluntariamente, quando esses atos implicam dano a terceiros ou em violação a ordem jurídica. (NAUFEL, 1988, p. 795).

Dessa maneira, a responsabilização, em suma, é uma obrigação, um dever que cabe à pessoa que cometeu algum ato danoso a outro indivíduo ou quando terceiro pratica ato que gera a responsabilização. Outrossim, a responsabilidade jurídica também ocorre quando há violação da ordem jurídica, como é possível depreender-se do exposto acima.

Por conseguinte, os autores Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1280) defendem que a definição de responsabilidade jurídica está intimamente ligada ao nascimento de uma obrigação que se origina de um fato jurídico em amplo sentido, ou seja, um fato que de algum modo reflete no mundo jurídico, decorre ou de fenômenos naturais ou da vontade humana. Por fim, eles trazem a seguinte definição:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2022, p. 1281).

Para mais, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p.p. 17-18) assevera que pode-se dizer que a responsabilidade expressa restauração do equilíbrio, status quo ante, compensação, reparação de danos. Tão diversos quanto os humanos são, também são incontáveis as espécies de responsabilidade, abrangendo todos os ramos do direito e além dos limites da vida jurídica, conectam-se a todas as esferas da vida social. Assim, o responsável é colocado em uma situação em que, devido à violação de normas com a geração de danos, a exposição a consequências não intencionais devido ao seu comportamento prejudicial pode ser forçá-lo a restabelecer status quo.

Em geral, toda atividade humana envolve uma área de responsabilidade, referindo-se à questão das consequências que cada indivíduo deve arcar e medir por seus atos, legais ou não, na medida em que viver em sociedade pressupõe aceitar as normas impostas pela sociedade, com a finalidade de manter a tranquilidade social.

Os sistemas legais usam a aplicação das leis para manter a ordem e reprimir atos de desobediência por parte do cidadão. Eles também abordam a necessidade de cuidar da coesão social e da paz, estabelecendo deveres que todos devem cumprir. Qualquer desvio desses deveres, independentemente da vontade de alguém, resulta em ato ilícito passível de penalidade.

O Direito Positivo brasileiro, que rege a convivência social pacífica, traz regras que devem ser seguidas. A quebra de uma dessas regras causa danos a outras pessoas, o que cria uma responsabilidade por dever por parte do ofensor de remir a lesão. Isso ocorre por causa da ofensa causada por quebrar este sistema de leis. Também é importante observar que essa é uma obrigação moral e profissional. Além disso, esta é uma questão de ética, profissionalismo, direito civil e direito penal.

Conforme ficou claro anteriormente, o erro médico é uma transgressão que gera dano ao paciente, sendo assim um ato ilícito, algo que é combatido pelo Estado de maneira ostensiva, com o objetivo de manter a paz social e a justiça. O princípio hipocrático e a máxima ética médica *primum non nocere*, de que a luta pela preservação da vida acima de tudo, não deve ser apenas um mote da atividade médica, mas um guia de como orientar a conduta dos profissionais, conhecendo os limites legais de sua atuação e, buscando justificar isso, leis e ordens administrativas funcionam para evitar danos aos pacientes, que muitas vezes são irreversíveis, o que resulta na imputação de responsabilidade, seja civil, administrativa ou criminal, pela violação de obrigações legais e institucionais.

Nessa perspectiva, faz-se mister realizarmos uma diferenciação sucinta quanto a responsabilidade civil e a criminal. Em suma, a responsabilidade civil impõe uma indenização à vítima pelo dano causado e a responsabilidade criminal enseja o cumprimento de pena por parte do autor do ato fático, conforme é possível depreender a partir dos ensinamentos de Pamplona Filho e Gagliano (2022, p. 1284):

Aliás, como já tivemos oportunidade de anotar, “na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa)”.(GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2022, p. 1284).

Por fim, concernente à responsabilidade médica, diante do exposto anteriormente, nota-se que a existência de casos em que ela foi necessária está presente na sociedade desde tempos antigos, mas vindo a ser cada vez mais presente conforme a tecnologia e o conhecimento difundem-se. Neste sentido, sendo a atividade médica uma atividade de risco que envolve a vida humana, o bem mais relevante da sociedade, vale a pena refletir sobre uma maior efetivação de atribuição da responsabilidade pela ocorrência de eventos danosos, seja no âmbito ético-profissional, civil ou penal, que protejam mais o paciente e que alertem aos médicos na realização de suas atividades, as quais devem ser realizadas com maior diligência, conhecimento, segurança e prudência.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está baseada em três pilares: a conduta, o dano e o nexo de causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022, p. 1287), devendo ser uma conduta que gere danos ao bem jurídico particular de terceiro, o que leva o indivíduo a ser obrigado a ressarcir monetariamente a vítima, conforme pode-se inferir a partir do que explica Pamplona Filho e Gagliano (2022, p. 1287) “diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.”.

Nessa perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 33) defende que a responsabilidade civil origina-se de um ato voluntário e violador de uma obrigação jurídica, podendo ser este um ato lícito ou ilícito, pois, muitas vezes, atos não ilícitos podem vir a gerar responsabilidade civil, como por exemplo os atos praticados em estado de necessidade conforme Código Civil, arts. 188, II, 929 e 930 (BRASIL, 2002), sendo o responsabilizado obrigado ressarcir o prejuízo.

Concernente à responsabilidade civil do médico, um Comitê para os Problemas Médico-legais, citado por Genival Veloso França (2014, p. 255), destacou o seguinte:

Quando um médico pretende diagnosticar ou tratar um paciente, a lei requer que ele possua a habilidade e o tirocínio comumente possuídos e demonstrados por outros médicos reputáveis na mesma ou semelhante localidade. Se ele se intitula especialista, deve possuir os padrões técnicos de sua especialidade. Uma vez que tome um paciente sob seus cuidados profissionais, deve continuar prestando-lhe assistência tanto tempo quanto necessário, a menos que seja pelo mesmo dispensado, ou se afaste do caso após aviso prévio. É somente com a devida autorização, expressa ou tácita, que deve tentar qualquer diagnóstico ou processo terapêutico no paciente. A responsabilidade caracteriza-se por ato ou omissão, isto é, pela violação das obrigações legais que o médico deve ao paciente (FRANÇA, 2014, p. 255).

Dessa forma, caso haja algum cenário de evento danoso ao paciente, sendo este causado por sua culpa, deverá o médico reparar o prejuízo que acometeu o paciente, como já ressaltado anteriormente. Todavia, como profissão e área da ciência complexa que é, há sempre espaço para divergência na prática da medicina, não sendo cabível responsabilizar o médico caso o paciente não seja curado de sua enfermidade ou caso o quadro clínico não venha a evoluir favoravelmente sem que haja a comprovação de culpa do profissional nesse resultado.

Nesse sentido, insta salientar que:

Pode ele cometer um erro de diagnóstico ou de julgamento; pode usar remédios ou métodos de tratamento diferentes daqueles que alguns de seus colegas médicos teriam usado; pode obter um mau resultado em vez de um satisfatório, sem que nenhum desses fatos seja suficiente para estabelecer a responsabilidade (FRANÇA, 2014, p.p. 255 – 256).

Portanto, a responsabilidade civil, como fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem na sociedade é essencialmente um conceito único e indivisível. No entanto, devido a algumas peculiaridades doutrinárias, faz-se necessário estabelecer uma

classificação sistemática, baseada justamente na questão da culpa e, posteriormente, na natureza da norma jurídica violada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022, p. 1293).

Sendo assim, vamos às classificações da responsabilidade civil.

2.4.1 Responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1293) a responsabilidade civil subjetiva é a responsabilidade decorrente de danos causados, por atos intencionais ou negligentes. Este ilícito, de natureza civil, será caracterizado quando o agente causador do dano age em violação de uma obrigação legal, geralmente de cuidado (como visto nas modalidades negligência ou imprudência), nos termos do artigo 186º do Código Civil (BRASIL, 2002) qualquer pessoa que, por descuido ou negligência, voluntariamente agir ou se omitir, que viole a lei e cause dano a terceiro, ainda que perfeitamente moral, comete ato ilegal. Por conseguinte, a consequência dessa responsabilização é o dever do agente causador do dano de reparar o prejuízo causado.

Nesse diapasão, no que diz respeito à responsabilidade subjetiva (artigo 186º/CC), as condições necessárias à responsabilidade são: a conduta, o dano e o nexo de causalidade do ato/ação ou omissão ilícitos e a existência de dolo ou culpa do agente causador do dano. Em consonância à isso, Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1294) defendem que na doutrina subjetiva, o conceito básico de responsabilidade civil é o princípio de que cada pessoa é responsável por suas próprias faltas - *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar como fato constitutivo do direito à indenização, o ônus da prova de tais crimes do lado réu sempre recairá sobre o autor.

À vista disso, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 56) define a responsabilidade subjetiva como sendo baseada na ideia de culpa do agente, tendo esta que ser comprovada para que haja a responsabilização, conforme podemos ler a seguir:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa (GONÇALVES, 2019, p. 56).

No que concerne à responsabilidade civil objetiva a questão modifica-se, pois ela está baseada na teoria do risco, não sendo necessária a comprovação de culpa do agente no resultado danoso, ou seja, o agente causador do prejuízo deverá reparar o dano independentemente de ter agido com culpa ou não.

Como podemos perceber a partir do que preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2019, p.p. 56 – 57).

Outrossim, no mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1294) define a responsabilidade civil objetiva como sendo algumas ocasiões que não precisa ser caracterizada a culpa. Nestes casos, estamos perante o que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva. De acordo com este tipo de responsabilidade, o dolo ou culpa do comportamento do indivíduo que veio a causar o dano é juridicamente imaterial, pois só é necessário se existir nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, pelo que surge a obrigação de indenizar.

Portanto, a diferença entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva não está na questão que se discuta a possibilidade de culpa, pois está no ponto que declara a culpa ser elemento obrigatório do ônus da prova, pois na responsabilidade civil subjetiva, na culpa provada ou na culpa presumida, o juiz deve julgar com base na culpa do agente, o que só ocorrerá na responsabilidade civil objetiva de maneira excepcional (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2022, p. 1295).

A norma de responsabilidade civil, bem como o Código de Ética Médica, em seu capítulo III da responsabilidade profissional, institui ao causador de danos causados por ações ou omissões, ou seja, ações contrárias ao ordenamento jurídico, caracterizada por prática imprópria, imprudência ou negligência, a obrigação de repará-la sob a forma de indenização, compensação pelos danos causados. Sem a ocorrência de dano ou lesão, o ato ilícito não tem relevância no campo da responsabilidade civil.

Assim sendo, a partir do que preconiza o Código de Ética Médica e o Código Civil, o médico poderá ser responsabilizado por seus erros, vindo a ter que reparar os danos causados, mesmo sendo uma profissão de elevados riscos. Todavia, com base em tudo que já foi relatado, é possível notar que a responsabilidade não será objetiva, ou seja, será apurada a ocorrência ou não de culpa do profissional nos eventos danosos. Isso é baseado no artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1997), o qual delimita que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será realizada por meio da verificação de culpa. Nesse sentido, o relator, ministro Villas Bôas Cueva, o qual tratava de processo sob segredo de justiça, defendeu que a jurisprudência do tribunal considera que a responsabilidade do médico é subjetiva e fica configurada se demonstrada a culpa, nos termos do CDC, pois sua atividade é obrigação de meio: o profissional de saúde não tem condições de assegurar o melhor resultado, isto é, a cura (Superior Tribunal de Justiça - STJ, 2021).

2.4.2 Obrigação de meio e obrigação de resultado

Antes de iniciar a tratar da obrigação de meio e da obrigação de resultado propriamente ditos, convém realizar uma breve diferenciação entre a responsabilidade e a obrigação. Dessa forma, pode-se delimitar que obrigação é um dever jurídico primordial, isto é, todos os cidadãos devem comportar-se de acordo com este ordenamento jurídico. Enquanto a responsabilidade trata-se de um dever sucessivo, ou seja, quando ocorre a violação do ordenamento jurídico, tem-se a responsabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022, 435).

Sendo assim, apertada síntese, a obrigação de meio é aquela que ocorre na hipótese de o devedor propor-se a realizar sua atividade, sem, contudo, obrigar-se a produzir o resultado esperado. Nessa perspectiva, Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 435 – 436) defendem que a atividade médica em geral, assim como a advocatícia, é essencialmente obrigação de meio, pois esses profissionais não podem garantir o resultado do seu trabalho, ainda que devam atuar segundo as normas técnicas e científicas mais atualizadas disponíveis, não devendo, assim, ter que garantir a melhora do paciente ou o sucesso no processo.

Vale ressaltar que a maioria das doutrinas entende que o dever do médico é um dever de meio, pois ele não tem o dever de garantir a cura do paciente, portanto, nesse caso, a culpa

deve ser comprovada para apuração da responsabilidade. Contudo, no caso dos cirurgiões plásticos que dedicam suas atividades à cirurgia estética, o dever ainda é considerado como de resultado, acompanhado de uma segurança implícita ou dever de segurança, em que o especialista se compromete com o resultado esperado do paciente. Neste caso, a culpa será presumida, apenas ocorrendo a exclusão de responsabilidade do médico nos casos de força maior, caso fortuito ou causa exclusiva da vítima. Todavia, faz-se mister esclarecer que caso a cirurgia plástica seja reparadora a obrigação do médico será de meio, não devendo ser responsabilizado caso não obtenha êxito na cirurgia mesmo que empregue a técnica mais avançada disponível (GONÇALVES, 2019, p.p. 353- 356) .

Isto posto, cabe aferir que a obrigação de resultado é aquela na qual o indivíduo garante o resultado esperado e não apenas realiza sua atividade, o que é o principal ponto de distinção no que concerne à obrigação de meio, que não tem o condão de garantir o resultado.

2.5 RESPONSABILIDADE PENAL

Em referência à responsabilidade penal, podemos defini-la como sendo a responsabilidade decorrente de uma prática delituosa que enseja, como punição, o cumprimento de pena privativa de liberdade e/ou multa, diferentemente da responsabilidade civil, que como já foi falado exaustivamente, gera uma obrigação de reparar o dano. Outrossim, cabe ressaltar que a responsabilidade penal envolve tanto o interesse particular quanto o público, enquanto a responsabilidade civil trata-se de um interesse privado.

Quanto a responsabilidade criminal do médico, França (2014, p. 258) defende que na doutrina do direito penal, prevalecem as teorias subjetivistas da culpa, nas quais o autor não quer o resultado e nem aceita o perigo de o produzir, somente ocorrendo a previsibilidade do dano. Como tais previsões são tão subjetivas, é difícil atribuir responsabilidade criminal aos médicos. Apontando, ainda, que a justiça é sempre muito cautelosa diante de supostos crimes, exceto em casos incontestáveis em que possa ser imposto o princípio da *res ipsa loquitur*, ou seja, quando as coisas são evidentes.

O erro médico por um profissional médico pode ser intencional ou negligente. Este é um dos tópicos mais debatidos em relação à responsabilidade criminal por erro médico. Muitos acreditam que o engano não é um problema; eles afirmam que todos os erros são

negligentes. Outros acreditam que o engano é um problema e deveria ser ilegal. Eles acreditam que qualquer médico que previsivelmente cause sérios danos a seu paciente não deve ser considerado médico. Essas pessoas acreditam que qualquer malícia de sua parte deve resultar em acusações criminais contra elas. Sendo assim, a questão mais debatida é se o erro médico pode ser caracterizado com base no dolo eventual ou somente culpa, havendo divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o que será tratado com mais profundidade no capítulo posterior.

Todavia, mister salientar que para que haja a responsabilização criminal do comportamento médico deverá ser verificada tipicidade da conduta, a ilicitude e a culpabilidade. Nessa perspectiva, as ações médicas podem gerar responsabilidade se não houver presunções de exclusão de ilicitude, como estado de necessidade e outras circunstâncias do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Sendo assim, como dito anteriormente, as questões relacionadas à responsabilidade penal por erro médico, como a possibilidade ou não de responsabilização por dolo eventual, serão tratadas de maneira mais aprofundada no capítulo posterior, não sendo necessário abordar o tema com maior afinco nesse momento.

3 RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO E O DIREITO PENAL

O Direito Penal é o ramo do sistema jurídico que lida com os piores conflitos existentes e deve ser usado como último recurso para que os legisladores façam cumprir as regras legalmente impostas a toda uma comunidade, ao mesmo tempo em que usar a punição como sanção, também ajuda a limitar ações punitivas pelo Estado, evitando o uso indevido e interferência indevida nas áreas de liberdade pessoal (NUCCI, 2020, p.p. 80-81).

Sendo assim, de acordo com o princípio da *ultima ratio* ou princípio da intervenção mínima, a norma penal só será utilizada para punir uma conduta se ela atentar contra um bem jurídico relevante, o que orienta e limita o poder incriminador do Estado (GRECO, 2017, p. 128).

Nessa seara, nota-se que o Direito Penal visa a manter a ordem jurídica e concretizar a paz social, todavia, somente terá o objetivo de proteger bens juridicamente relevantes em vista de ser a resposta mais gravosa que o Estado possui para repreender os atos de igual gravidade praticados por indivíduos da nossa sociedade. Tendo isso em mente, a seguir serão abordados as questões concernentes à finalidade do Direito Penal e os Bens Jurídico-Penais que são tutelados.

3.1 PROPÓSITO DO DIREITO PENAL

De maneira objetiva, a constituição brasileira e o código penal preveem muitos “bens jurídicos” que são protegidos pela lei criminal. Quando alguém danifica ou ameaça esses bens, torna-se criminoso sujeito à justiça. Conseqüentemente, as medidas legais cabíveis devem ser tomadas contra eles. Isso significa que o furto de um bem jurídico específico, por exemplo, é crime punível por lei.

Tendo isso em vista, Rogério Greco (2017, p. 34) acertadamente preleciona “Com o direito penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito”.

Outrossim, insta salientar que uma vez que o objetivo do direito penal seja proteger as necessidades da sociedade, sendo estes os bens jurídicos mais relevantes, quando essa

proteção não é mais necessária, tal bem deve ficar em segundo plano e deixar que outros ramos do direito assumam essa responsabilidade sem sua tutela (GRECO, 2017, p. 35).

Nessa perspectiva, Capez (2020, p.p. 71-72) defende o seguinte:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça (CAPEZ, 2020, p.p. 71-72).

Assim sendo, a finalidade primordial do Direito Penal é proteger a sociedade e seus bens jurídicos de maior relevância que não podem ser abarcados por outros ramos do direito, como também não podem punir de maneira eficaz os indivíduos que atentem contra esse bens, restando ao Direito Penal fazê-lo.

Nesse sentido, Greco (2017, p. 35) defende que esse raciocínio de atribuir a proteção dos bens jurídicos mais relevantes ao Direito Penal começou em 1834 com Birnbaum. Antes dele, Feuerbach apontava que o direito penal visa proteger os direitos subjetivos, pois o crime significa lesão aos direitos subjetivos de outrem. Assim, desde Birnbaum, a maioria decidiu que esse é o objetivo do Direito Penal.

Todavia, há corrente doutrinária que diverge desse entendimento, como por exemplo Jakobs (apud GRECO, 2017, p. 35), o qual afirma que a finalidade do Direito Penal não é a de proteger os bens jurídicos, uma vez que quando o Direito Penal é posto em prática, o bem jurídico já foi violado. Isto está exposto na seguinte passagem:

No entanto, atualmente, parte da doutrina tem contestado esse raciocínio, a exemplo do Prof. Günther Jakobs, que afirma que o Direito Penal não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria de ser por ele protegido já foi efetivamente atacado. Para Jakobs, o que está em jogo não é a proteção de bens jurídicos, mas, sim, a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor (GRECO, 2017, p. 35).

Entretanto, apesar da posição do Professor Jakobs, prevalece na doutrina o entendimento de que o Direito Penal tem a finalidade de proteção aos bens jurídicos (GRECO, 2017, p. 35).

Assim, fica claro que a maioria dos estudiosos afirma que o objetivo da lei é garantir a ordem social. Para isso, utiliza o direito penal para identificar determinados atos e proibir outros, delimitando sanções correspondentes que são impostas para manter o equilíbrio social.

3.2 BEM JURÍDICO PENAL

De acordo com o que defende Nucci (2020, p. 81), bem jurídico é aquele que o sistema legal escolhe para proteger e amparar. No entanto, do ponto de vista jurídico, é sabido que bens jurídicos são bens objeto de relações jurídicas, que podem ser materiais ou imateriais. Bens com valor legal são bens protegidos por certas disposições legais. De fato, existem bens jurídicos que possuem valor econômico, e existem bens jurídicos que não possuem, haja vista que não podem ser valorizados em dinheiro, como honra, imagem, vida, segurança pessoal, corpo humano, etc. Desta maneira, percebe-se que bem jurídico é o interesse do indivíduo que é protegido por lei, ou seja, um interesse de importância para o indivíduo e/ou a sociedade.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 204) asseveram que “Já em sentido jurídico, lato sensu, bem jurídico é a utilidade, física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real”.

Na perspectiva do Direito Penal, Nucci (2020, p. 81) defende que quando realmente constituir o bem jurídico relevante, será transferido para o âmbito da tutela penal, permitindo a formação de tipos de crime e coibindo potenciais condutas lesivas ao bem jurídico penal referido.

Pois, como já foi ressaltado em momento anterior, vigora no Direito Penal o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, o qual define que a norma penal só será aplicada em casos específicos, tutelando bens jurídicos de suma importância, não havendo possibilidade da tutela desse bem por outros ramos do Direito. Nesse sentido, Capez (2020, p.p. 96-97) explica claramente:

Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*) (CAPEZ, 2020, p.p. 96-97).

Outrossim, Capez (2020, p. 96) defende que tal princípio enseja que o operador do direito e o legislador tenham condutas distintas, mas cautelosas, pois o princípio exige que o legislador exerça prudência na seleção de condutas que mereçam punição criminal e se abstenha de condenar qualquer conduta. Devem ser catalogados como crimes nos modelos jurídicos descritivos apenas aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não pudessem ser convenientemente abrangidos pela aplicação de outros ramos do direito. Os legisladores são aconselhados a não continuar com o quadro típico quando percebem que esse problema pendente pode ser resolvido satisfatoriamente pela ação de outros ramos menos agressivos do sistema jurídico.

Por conseguinte, brilhantemente Capez (2020, p. 97) explica que se houver um remédio mais brando em condições de resolver completamente o conflito, torna-se insultuoso e desnecessário usar um mais traumático. O princípio da intervenção mínima e o caráter suplementar do Direito Penal decorrem da dignidade humana, arcabouço do Estado Democrático de Direito e requisito para uma distribuição mais equânime da justiça.

Quanto à seleção desses bens que devem ser tutelados pela norma penal, a doutrina defende, em sua maioria, que ela está vinculada a princípio à Constituição Federal, sendo esta utilizada como a base para definição dos bens que devem ser tutelados, como bem explica Greco (2017, p. 36), pois embora esse critério de seleção de bens básicos não seja totalmente seguro, mas por ter forte conotação subjetiva e ser natural aos responsáveis por tais escolhas, podemos dizer que a primeira fonte de estudo é a Constituição Federal.

A Constituição Federal prevê diversos bens jurídicos, alguns dos quais a norma penal chama para si a tutela. Por exemplo, vemos os seguintes bens jurídicos básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, vida privada, honra, trabalho, etc (NUCCI, p. 78, 2020).

Insta salientar que, esses bens jurídicos desencadeiam a proteção de outros bens que orbitam sobre os bens principais, nesse sentido Nucci (2020, p.p. 78-79) explica que a escolha do bem jurídico da vida dá ensejo a diversas outras evoluções naturais na proteção do interesse principal: integridade física, respeito ao feto, saúde, repúdio à tortura etc. A proteção da liberdade implica o direito de ir e vir (locomoção), bem como a livre expressão do pensamento a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a livre expressão da consciência e das crenças, com o exercício do culto religioso. O apoio à igualdade inclui a rejeição de todas as formas de racismo e discriminação. O culto à segurança se manifesta na proteção da tranquilidade pública, na formação de sindicatos criminosos e na posse de armas de fogo sem autorização legal. O imóvel possui diversas implantações que atingem diferentes tipos de crimes, proibindo roubo, furto, peculato, peculato, etc.

Além disso, a propriedade intelectual é realizada apesar da propriedade material, protegendo várias formas de propriedade intangível. A intimidade e a privacidade exigem a inviolabilidade do domicílio da correspondência e das comunicações em geral, instando a codificação Penal a infringir os referidos bens protegidos. A honra busca proteção do sistema legal por meio de mecanismos civis e criminais que punem a difamação, injúria e calúnia. O direito de exercer livremente qualquer trabalho faz parte de uma sociedade democrática que exige punição para aqueles que tentam ilegalmente eliminar e coibir essa oportunidade individual.

Assim sendo, o ordenamento jurídico penal tutela todos os bens que orbitam ao bem principal, caso esse seja de relevância evidente e não seja possível a aplicação de outros ramos do Direito em busca dessa proteção. Assim, observa-se que a tipicidade, a ilegalidade e a culpabilidade, elementos do crime, tendem para o bem jurídico; por isso, os tipos penais incriminadores que constituem a ilegalidade penal se entrelaçam; a culpabilidade passa a ser avaliada de acordo com o grau de dano causado ao bem jurídico, tanto no que se refere à prática do crime quanto ao alcance da pena, afinal bens jurídicos fundamentais exigem penas mais severas (NUCCI, 2020, p. 79).

Ainda sobre a base formadora dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal, André Copetti, citado por Greco (2017, p. 36), salienta o seguinte:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema

político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade (apud GRECO, 2017, p. 36).

Em contrapartida, Fernando Capez (2020, p. 94) segue linha de raciocínio um pouco divergente dos autores citados anteriormente no que concerne à seleção dos bens jurídicos, pois, segundo ele, esta seleção, embora excepcional, é realizada sem nenhum método científico, atendendo apenas às demandas momentâneas da opinião pública, da mídia e das necessidades da classe dominante. Todavia, ele defende que o meio para solucionar esse problema é o emprego do princípio da intervenção mínima, ressaltando a fragmentariedade do Direito Penal.

Portanto, apesar do entendimento de que os bens jurídicos penais constituem os bens de maior relevância para a sociedade, o significado social é que o objetivo da lei penal seja observado, que é justamente a proteção desses bens jurídicos por meio da fiel aplicação do direito penal em relação ao descumprimento da norma por ele estabelecida. O fato é que no exercício da atividade profissional médica, ou seja, atividade de risco, pela sua própria natureza são tidos em conta bens jurídicos e penais de extrema importância, no que diz respeito aos bens jurídicos básicos que deles decorrem. São bens jurídicos a vida, a saúde, a liberdade e a integridade física, sendo que por qualquer violação desses bens jurídicos em decorrência de erro médico, ou seja, causada por dano e culpa comprovada do profissional (lato sensu) ou dolo eventual, caso seja possível, a responsabilidade será atribuída ao dele, sejam elas administrativas, civis ou criminais.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

Conforme já bem delineado anteriormente, a finalidade da lei penal é proteger a sociedade, defendendo os bens jurídicos mais relevantes por ela escolhidos, sendo que o direito de punir cabe exclusivamente ao Estado, que, por meio de seu *ius puniendi*, estabelece as regras a serem seguidas e impõe sanções em caso de ações violadoras dessas regras. Procuramos agora demonstrar como são impostas essas sanções, ou seja, como surge a responsabilização penal de quem viola as normas do direito penal. A presunção de responsabilidade criminal nada mais é do que um elemento envolvido na análise do conceito

de crime. O direito geralmente tem a função de regular o comportamento humano, e o direito penal, especialmente, tem a função de regular o comportamento das pessoas que põe em risco a sociedade. Portanto, não há crime sem ato, e o crime é, analiticamente falando, um fato típico, ilícito, culposo. Assim, o comportamento humano do crime exige que seja analisado dentro desses três pressupostos da responsabilidade penal.

O papel da análise de conceitos é analisar todos os elementos ou características que compõem o conceito de uma infração penal sem tentar decompô-lo. Claro, o crime é um todo unificado e indivisível. Ou o agente cometeu o crime, sendo o fato típico, ilícito e culpável, ou o fato que ele cometeu será considerado indiferente para o direito criminal. Estudos estratificados ou analíticos permitem verificar com clareza a presença ou ausência de violações criminosas, o que demonstra sua importância (GRECO, 2017, p. 227).

Sendo assim, para que haja a responsabilidade penal de um indivíduo, é necessário que o fato por ele praticado seja ilícito, típico e culpável.

Nessa perspectiva, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 220), crime pode ter a seguinte definição:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (NUCCI, 2020, p. 220).

A conduta típica é aquela que se enquadra perfeitamente no tipo penal incriminador, ou seja, é o fato que se verifica perfeitamente contido nos elementos dispostos no tipo penal. Para que o fato seja típico é fundamental que estejam presentes quatro elementos, a conduta dolosa ou culposa, o resultado, nos casos de crimes materiais, onexo de causalidade, também nos casos de crimes materiais (crimes que necessitam de resultado naturalístico para ocorrerem), e tipicidade, ou seja, esteja descrito tal fato no tipo penal (CAPEZ, 2020, p. 258).

Em consonância com essa definição, Greco (2017, p. 288) preceitua que tipicidade significa que a conduta praticada pelo autor do crime está completamente contida no modelo abstrato previsto na lei penal, ou seja, o tipo de crime que é classificado como culposo ou doloso. A tipicidade formal ou jurídica decorre da aplicabilidade da conduta do agente ao

modelo abstrato previsto na lei penal (tipo). Essa suficiência deve ser perfeita, caso contrário o fato seria considerado formalmente atípico.

Além disso, insta salientar, conforme afirma Greco (2017, p. 288), quando diz-se que só há tipicidade quando a conduta do agente se enquadra plenamente no modelo (tipo) abstrato prescrito pela lei penal, quer-se dizer que, por mais semelhante que seja a conduta do agente ao tipo penal descrito na lei penal, se não há ajuste perfeito, não há fato típico, portanto não haverá crime e, conseqüentemente, não haverá responsabilidade penal.

Também nessa linha de pensamento, Nucci (2020, p. 269) aduz que tipicidade “É a adequação do fato ao tipo penal, ou, em outras palavras, é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)”.

Sendo assim, fica claro que a conduta somente será típica quando se adequar perfeitamente ao que está disposto no tipo penal, não bastando que seja parcialmente adequado.

Por conseguinte, ato ilícito, ou antijurídico, segundo elemento que deve estar presente na conduta para que haja responsabilização penal, é aquele ato contrário ao direito que ocasiona dano ao bem jurídico coletivo ou individual protegido pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Nucci (2020, p. 329) define ato ilícito da seguinte maneira:

É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado) (NUCCI, 2020, p. 329).

Dessa maneira, é claro que para podermos falar em conduta ilícita, um agente deve contrariar a norma, pois se não partimos dessa premissa, sua conduta, por mais antissocial que seja, não pode ser considerada ilícita porque não violar a ordem legal. crime jurídico (GRECO, 2017, p. 451).

Parte da doutrina faz distinção entre a ilicitude formal e a material, todavia há corrente de pensamento que vai de encontro a essa distinção e defende que a mesma é dispensável, como podemos notar pelo o que ensina Sheila Bierrenbach (apud GRECO, 2017, p. 453):

A distinção não tem sentido. Nesta ordem de ideias, se as normas penais, proibitivas ou imperativas, são construídas com a finalidade de proteger bens jurídicos, torna-se evidente que toda oposição à norma penal implica lesão ou perigo de lesão a um bem tutelado. Confundem-se, portanto, ilicitude formal e material, não havendo razão para a distinção. Ilicitude constitui, pois, relação de antagonismo entre a conduta e a norma penal incriminadora, do que decorre dano ou periclitamento do bem jurídico tutelado (apud GRECO, 2017, p. 453).

Vale ressaltar, ainda sobre a ilicitude, que mesmo que o fato seja típico, poderá ocorrer o afastamento da sua ilicitude, tornando a conduta lícita, pois o artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) prevê causas excludentes da ilicitude, quais sejam: estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade, legítima defesa e o exercício regular do direito.

Respalhando esse entendimento, Fernando Capez (2020, p. 503) é claro em seus ensinamentos quando diz que todos os ilícitos podem ser chamados, antes de tudo, de típicos. No entanto, é possível que fatos típicos não sejam necessariamente ilegais. Devido à ocorrência de excludente de ilicitude. Como seria no caso de cometimento assassinato em legítima defesa. Sendo este um fato típico, mas não ilícito, o que inviabiliza a responsabilização penal.

Portanto, se algum dos motivos listados no artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) estiver presente no momento da prática do fato estará, assim, afastado um dos elementos do crime. A exclusão da ilegalidade torna legal o que é ilegal (NUCCI, 2020, p. 330).

Destarte, após abordarmos o fato típico e a ilicitude, é mister discorrermos um pouco acerca da culpabilidade, elemento presente no conceito analítico do crime, que também deve estar presente na conduta do agente para que haja responsabilização penal.

Assim sendo, culpabilidade é “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”, nas lições de Rogério Greco (2017, p. 516).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 391), a culpabilidade pode ser definida como sendo um julgamento de desaprovação social, que incide sobre a realidade e seu autor, de forma que o agente deve ser imputável, agir com potencial conhecimento da ilicitude, bem como ter a opção e a obrigatoriedade de agir diferente, de acordo com as regras imposta por lei.

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 972) é preciso em seus ensinamentos ao afirmar que se não estiver presente um dos elementos requisitos da

culpabilidade (exigibilidade de conduta diversa, consciência da ilicitude e ser o agente imputável) não há que se falar em culpabilidade, e, conseqüentemente, não há que se falar em responsabilização penal, conforme podemos depreender do texto a seguir:

Em primeiro lugar, a culpabilidade — como fundamento da pena — refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal (BITENCOURT, 2020, p. 972).

Nesse sentido, a culpabilidade não funciona como fundamento da pena, mas sim como sua limitação, impedindo que a pena seja imposta além da medida estabelecida pela própria ideia de culpabilidade, claro que em conjugação com outros fatores como a importância da interesse legal, fins preventivos, etc (BITENCOURT, 2020, p.p. 972-973).

Dessa forma, o princípio da culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade penal objetiva e garante que ninguém seja responsável por um resultado absolutamente imprevisível e, se não, pelo menos intencional ou negligente (BITENCOURT, 2020, p. 973).

Outrossim, existem as excludentes de culpabilidade, as quais não são abordadas diretamente em algum artigo do Código Penal, mas que estão espalhadas em alguns artigos, como por exemplo o artigo 27 do Código Penal, que prevê a inimputabilidade devido a menoridade (BRASIL, 1940). Tal artigo prevê que o agente que ao tempo do crime seja menor de 18 anos será inimputável. Outro exemplo é a coação irresistível ou em obediência a ordem hierárquica superior, presente no artigo 22 do Código Penal (BRASIL, 1940), que se perfaz quando o agente pratica um fato em cumprimento a ordem hierárquica não manifestamente ilegal ou em caso de coação irresistível, sendo possível punir a pessoa que coagiu ou deu a ordem.

Após analisar os pressupostos do crime e as sentenças reprovadoras do fato e do autor, cabe ressaltar que a ação humana é livre e normas penais foram estabelecidas para essa liberdade, de forma que bens jurídicos de maior relevância social foram protegidos, mantendo-se assim a proteção social. A responsabilidade legal atribuída ao agente causador do dano não faria sentido fora dessa liberdade, pois somente a ação humana é responsável.

Desta feita, fica claro que a responsabilidade penal somente poderá ocorrer quando o crime existir, e, para que isso venha a ocorrer devem estar presentes na conduta do agente os elementos do conceito analítico de crime, quais sejam: fato típico, antijurídico e culpável. Se não existir algum desses elementos, não há que se falar em crime, e, em consequência disso, não há que se falar em responsabilidade penal do agente.

3.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME (DOLO E CULPA)

Os elementos subjetivos da conduta punível são divididos em dois, principalmente, quais sejam: o dolo e a culpa. Todavia, há subdivisões que são de extrema importância e serão abordados mais adiante.

Vale ressaltar que todas as ações humanas têm um propósito, pois o homem direciona suas ações para atingir um fim específico, seja legal ou ilegal. Neste momento, devemos ficar atentos para provar que na conduta legal, a finalidade também aponta para um objetivo, mas é um objetivo legal, e na conduta imprópria, a finalidade aponta para uma conduta ilegal. Percebe-se que a conduta da equipe médica e os danos causados aos pacientes não são suficientes para a instauração de responsabilidade penal, sendo necessário que a conduta médica seja culposa, ou seja, o médico agiu com dolo ou culpa. Simplesmente pensar ou querer, sem qualquer forma de exteriorização, não pode ser considerado comportamento passível de punição (BITENCOURT, 2020, p. 660).

Neste momento introdutório, cabe, primeiramente, ressaltar algumas definições gerais. A definição de dolo é intenção, ou seja, é a vontade consciente de executar o comportamento típico. Quando um agente age, basta que seu objetivo seja atingir o tipo de crime, quer ele saiba que está fazendo algo proibido ou não. Então, quem mata, o faz de propósito, quer ele ache que suas ações são corretas ou não (como um carrasco em um país onde a pena de morte é praticada). Lembremos que algumas pessoas têm uma ideia errada da realidade em que vivem. Inerente à capacidade de agir voluntariamente para praticar tipos criminosos, mas ter certeza de que eles estão fazendo a coisa certa, não porque isso significa que suas ações não foram maliciosas (NUCCI, 2020, p. 305).

Quanto a culpa, pode-se defini-la como sendo um ato descuidado e voluntário dirigido a um objetivo, legal ou ilegal, que pode ser evitado apesar de produzir consequências ilegais,

indesejadas, mas previsíveis. O dolo é a regra; a culpa, a exceção. Para punir alguém por um crime culposo, esta possibilidade deve ser claramente delineado no tipo de crime. É um dos elementos subjetivos do crime, embora a natureza jurídica do crime possa ser definida como um elemento normativo psicológico. Psicológico, porque é o elemento subjetivo do crime, implicando a ligação entre o resultado danoso e a vontade interior do autor através da previsibilidade. Normativa, uma vez que são feitos juízos de valor sobre a relação estabelecida entre a vontade do agente e o resultado dela decorrente, na qual o magistrado verifica se há regras a serem seguidas e se essas regras foram violadas (NUCCI, 2020, p. 312).

3.5 RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO CULPOSO

Como já ressaltado anteriormente, a responsabilidade penal por erro culposo está baseada na conduta que é realizada com imprudência, negligência ou imperícia e produz um dano ao bem jurídico de terceiro, como é possível entender a partir da leitura do artigo 18, inciso II do Código Penal (BRASIL, 1940), que diz que o crime culposo se perfaz “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Entretanto, os conceitos doutrinários são mais detalhados do que o conceito do Código Penal. Nesse sentido, a culpa é a falha em observar um dever objetivo de cuidado manifestado no comportamento que produz resultados indesejáveis, mas previsíveis objetivamente. Quase sempre é legal para fins não relacionados ao crime (BITENCOURT, 2020, p.p. 825 – 826).

Dando respaldo a esse entendimento, Rogério Greco (2017, p. 330) aponta que:

A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal (GRECO, 2017, p. 330).

Na maioria dos casos, a negligência médica poderá vir a ocasionar a responsabilização penal culposa, que muitas vezes podem vir a gerar homicídio e lesão corporal, além dos casos em que ocorrem lesões e inabilidade do paciente. Como é o caso de Daiana Cavalcanti que foi

vítima de erros médicos que ocasionaram lesões, sendo o médico vindo a ser denunciado pelo Ministério Público por tentativa de homicídio por motivo torpe (SANTOS, 2022).

Como segundo elemento necessário dos crimes culposos, temos a chamada inobservância do dever de cuidado objetivo. Não se pode fazer o que se quer nos relacionamentos porque isso pode causar danos a terceiros. A vida social impõe certos códigos de conduta, que todos devem respeitar, ou o caos social se instala (GRECO, p. 331, 2017).

Embora o agente tenha descumprido o dever de cuidado, por exemplo, tenha agido com extrema imprudência, também podem ocorrer situações em que sua conduta não tenha causado dano ao patrimônio protegido pela lei penal. Nesse caso, o agente não responde pela prática de crime punível, pois para manter as características desse tipo de crime, geralmente é necessário que haja um resultado naturalístico, ou seja, há uma alteração externa no mesmo. Essa exigência está expressa no inciso II do artigo 18 do Código Penal (BRASIL, 1940) torna crime quando um agente causa um resultado por imprudência, negligência ou negligência do dever (GRECO, 2017, p. 332).

Também deve haver umnexo de causalidade entre o ato praticado e seu resultado. Gerado para que este último possa ser atribuído ao agente. Além da conduta, sua inobservância de dever objetivo de cuidado, aliada à ocorrência de consequências naturais e causalidade necessária, é necessário que o agente tenha previsibilidade dos fatos. Diz-se que nos crimes puníveis o agente não previu o previsível. Essa afirmação, como veremos adiante, aplica-se apenas aos crimes que envolvem a chamada culpa inconsciente ou compartilhada, uma espécie de culpa, na culpa consciente, o agente prevê o resultado, mas sinceramente não acredita que esteja acontecendo. Por fim, como elemento também indispensável à determinação da culpa, temos a tipicidade. Se houver disposições legais claras para tais violações, podemos apenas dizer que são crimes puníveis.

Como se vê, o Código Penal (BRASIL, 1940) em seu artigo 18º parágrafo único contém a regra de que todo o crime é doloso e só quando o Código Penal expressamente faz tais reservas é que se fala em crimes puníveis. E, como já ressaltado inúmeras vezes anteriormente, o dolo é a regra, a culpa a exceção. Sim, porque de acordo com o princípio da menor intervenção, apenas os crimes mais graves merecem a atenção do direito penal. Por exemplo, no crime de dano, o legislador apenas atenta para proibir, sob pena de sanções, o ato doloso de destruir, inutilizar ou deteriorar bens alheios. Se um agente for culpado de destruir

bens alheios, tal fato merecerá a atenção de outros ramos do direito que não o penal, como no art. 163 Não há disposições para tal conduta (GRECO, 2017, p.p. 333-335).

Analisando os elementos constitutivos do crime culposo, fica claro que a conduta praticada pelo agente é um ato voluntário cujo objetivo é a obtenção de resultado lícito, porém, pela ausência do dever de diligência, o agente chegou a um fim que não era desejado, nem esperado por ele. Neste caso, há falta de execução, independentemente do objetivo alcançado, ressaltando-se os meios aplicados.

A previsibilidade do resultado danoso na atuação do profissional médico, visto que se trata de vidas humanas, é sempre exigida do homem no que diz respeito à formação e experiência no exercício da medicina para a qual foi formado. Sendo que deve ter um meio comportamental que adere aos deveres de cuidado exigidos pela profissão.

Médicos são culpados de conduta que causa dano típico da lei penal quando ele age sem dever de cuidado, negligente ou imprudente. Pode-se dizer que a culpa do erro médico é por falta de cuidado, atenção e entusiasmo no desenvolvimento da prática médica. Tanto que, como dito acima, está regulamentado no artigo 1º do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09).

Nessa perspectiva, observa-se que a culpa em sentido estrito pode ser dividida em culpa consciente ou inconsciente, sendo que o elemento diferenciador entre elas é a previsibilidade do resultado nocivo. Quando o agente prevê o desfecho, mas tem confiança e plena convicção de que ele não acontecerá, haverá culpa consciente, que tem suas semelhanças com a possível fraude. No último caso, o agente prevê o resultado mas não a espera mas o aceita caso ocorra. Essa discussão é extremamente delicada, portanto, será discutida com maior profundidade no último ponto deste capítulo (BITENCOURT, 2020, p. 848).

No entanto, cabe destacar que, ao se analisar a previsibilidade da atividade do trabalhador médico, concorda-se que o tratamento de vidas humanas é requerido por este especialista devido à sua própria formação e experiência no exercício da atividade, para o qual ele estava preparado, a conduta de um homem comum, ou seja, a conduta de acordo com os deveres de diligência exigidos pela profissão, pelo que se exige previsibilidade. Mas o fato de a culpa ser consciente ou não é de pouca importância para a aplicação da punição abstrata, porque uma é igual à outra.

Pois, nas palavras e ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

O Código Penal brasileiro não distingue culpa consciente e culpa inconsciente para o fim de dar-lhes tratamento diverso, embora se saiba que, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência têm considerado, a priori, a culpa consciente mais grave que a inconsciente. Afora a dificuldade prática de comprovar-se, in concreto, na maioria dos casos, qual das duas espécies de culpa ocorreu, destaca-se a quase inexistência de diferença entre não prever um resultado antijurídico quanto prevê-lo, confiando, levianamente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar (BITENCOURT, 2020, p. 848).

Sendo assim, é de fácil percepção que para a aplicação da responsabilidade médico-penal ao agente pelo crime culposo, é de suma importância que o paciente ou, no caso de sua invalidez ou morte, seus familiares demonstrem o dano do crime correspondente e que este tenha sido causado por erro do um médico. Se o erro foi consciente ou inconsciente é irrelevante para a aplicação da penalidade, tendo que ser demonstrada a imperícia, a negligência ou imprudência.

3.5.1 Imperícia

Quando um médico causa dano a seu paciente por conta de imperícia, teria agido, ele, com falta de habilidade, falta da utilização da técnica adequada para a realização de determinada atividade. E como a imperícia é um dos elementos da infração culposa, os atos profissionais que causem morte, suspensão, lesão corporal ou algum outro tipo de ferimento ao paciente devem ser sanados, tanto civil quanto criminalmente, pois, como qualquer outro cidadão, o médico também deve responder caso seja responsável por causar dano ao seu paciente (FRANÇA, 2014, p. 258).

Nessa perspectiva, Genival Veloso de França (2014, p. 265) define a imperícia como sendo a falta de conhecimentos técnicos, a omissão quanto a observância das regras profissionais, e a insuficiência de experiência prática, como pode-se notar a seguir:

Entende a doutrina que imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica. Chama-se ainda imperícia a incapacidade ou inabilitação para exercer determinado ofício, por falta de

habilidade ou pela ausência dos conhecimentos rudimentares exigidos numa profissão (FRANÇA, 2014, p. 265).

Muitos autores defendem que um profissional da medicina, com inscrição no Conselho Regional de Medicina e portador de diploma não poderia ser considerado imperito, um desses autores é Genival Veloso França (2014, p. 265), pois, no entendimento dele, se um homem tem nas mãos um diploma que lhe confere o título de doutor e a qualificação jurídica, será extremamente difícil alguém provar que é incompetente. Para ele, não seria lógico imputar a imperícia, em um circunstância singular, a um profissional qualificado e com histórico comprovado de sucesso em muitas outras situações.

Todavia, há doutrinadores que não compartilham desse entendimento. Podemos citar como tal, Fernando Capez (2020, p. 396,), que defende a possibilidade de erro médico derivado tanto da imperícia, negligência ou imprudência, ressaltando, entretanto, que tal possibilidade só decorre do caso em que falta grosseira, tendo em vista que a medicina é de suma importância para a sociedade e uma exigência maior poderia resultar em atrasos científicos.

Em sentido parecido, Maria Helena Diniz (2011, p. 740) entende que práticas imperitas podem existir área médica e decorre do insuficiente preparo técnico e intelectual do médico, nos casos em que eles atuem não sabendo o que deveriam saber devido os anos de estudo e preparo ou não seguem certas técnicas necessárias o sucesso do procedimento realizado.

Por conseguinte, Cezar Roberto Bitencourt (2020, p.p. 846-847) assevera que a imperícia não pode ser confundida com erro profissional. O erro profissional é basicamente uma coincidência desculpável, justificável e, via de regra, imprevisível, que independe do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Este tipo de acidente não resulta da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência, arte ou experiência, como ocorre quando o médico age com inabilidade.

Diante do exposto, é de fácil observação que o exercício da medicina exige constante atualização conhecimentos específicos e novas técnicas que surgem no mundo científico para tratar e curar doenças, assim como todas as profissões levam a atualizações, porque senão o profissional estagna no tempo sem melhorar e acaba realizando ações profissionais ultrapassadas que podem causar danos ao paciente. Sendo assim, é dever de todo profissional, principalmente aqueles que lidam diretamente com a vida humana, como os

médicos, buscar regularmente maneiras de se aprimorar, obter novos conhecimentos, informações eficientes na resolução de problemas de saúde, cumprindo assim o dever objetivo de cuidar de seus pacientes.

3.5.2 Negligência

No que corresponde à negligência, Genival Veloso França (2014, p. 259) a define como um ato omissivo, tendo por base a falta do cumprimento das regras e obrigações exigidas em determinada circunstância.

No mesmo sentido, Rogério Greco define a negligência como sendo a omissão quanto aos atos que eram exigidos, pelo cuidado normal, do indivíduo. Ressaltando que “Muitas vezes é difícil identificar com precisão o que pode ser considerado imprudência ou negligência. Em muitos casos, essas duas modalidades de culpa se interligam e, juntas, são consideradas como as causadoras do resultado lesivo” (2017, p. 336).

Para Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 845) a negligência está baseada no descuido em fazer as coisas, falta de precauções, indiferença do agente, não tomando as precauções necessárias mesmo podendo fazê-lo. É a imprevisibilidade passiva, o desleixo, a falta de ação. Desta maneira, ocorre quando o agente não fez o que deveria ter sido feito antes ação desleixada.

Em linha de pensamento aproximada, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 317) é claro em seus ensinamentos ao defender que “Negligência é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte material e psiquicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário”.

Segundo Genival Veloso de França (2014, p. 259), existem vários casos nos quais a negligência médica pode ocorrer. Vamos abordar alguns deles. O mais comum é o abandono do doente, pois, de acordo com o citado autor, após se estabelecer a relação médico-paciente, existe o dever de continuidade do tratamento do paciente por parte do profissional da medicina, ressalvados os casos em que há o acordo entre o profissional e o paciente ou em circunstâncias de força maior.

Outra situação bastante recorrente é a omissão de tratamento, que se perfaz quando o médico detém seu paciente por tempo mais do que o necessário antes de encaminhá-lo a outro colega para que sejam realizadas as ações de tratamento indispensáveis, ou quando somente se omite no tratamento (FRANÇA, 2014, p. 259).

Outrossim, ainda há a questão das letras indecifráveis, a qual também é exemplo de negligência, e que não são raras de acontecer e podem ocasionar danos aos pacientes (FRANÇA, 2014, p. 260).

Em síntese, observou-se que os casos de negligência podem vir a trazer dificuldades quanto à identificação precisa, mas que no geral é possível identificar, sendo eles os mais numerosos na prática médica, considerando que a distração faz parte da natureza humana, porém, não é aceitável que ações negligentes fiquem sem punição e controle, uma vez que tal profissão lida com vidas humanas.

3.5.3 Imprudência

Quanto à imprudência, pode-se dizer que ela ocorre quando os médicos agem sem os devidos cuidados. Seu comportamento ou maneirismos são caracterizados por inadequação, sedimentação, estupidez ou indiscrição. Tendo, a imprudência, sempre um caráter comissivo, ou seja, resulta sempre de uma ação, a qual não observa os cuidados e é arriscada ou perigosa. É imprudência, não imperícia, um cirurgião capaz de operar por métodos conhecidos abandonar a técnica e, assim, trazer resultados prejudiciais ao paciente. (FRANÇA, 2014, p. 259).

Assim, o comportamento imprudente é caracterizado por inadequação, precipitação, estupidez ou intemperança do agente. Imprudência é manifesta falta de cuidado, conduta descuidada que falha em observar um dever objetivo de cuidado que é devido à situação real. Se o agente estiver mais atento, poderá prever o resultado, usar seus freios inibitórios e, assim, não realizar ações prejudiciais. Uma característica da imprudência é a coocorrência de culpa e ação. Quando o agente pratica a ação, a indiscrição se desenvolve simultaneamente: a ação e a indiscrição coexistem, por assim dizer, ocorrem simultaneamente (BITENCOURT, 2020, p. 844).

Dando respaldo a esse entendimento, Fernando Capez define a imprudência como sendo “a culpa de quem age, ou seja, aquela que surge durante a realização de um fato sem o cuidado necessário. Pode ser definida como a ação descuidada. Implica sempre um comportamento positivo” (CAPEZ, 2020, p.p. 395-396).

Portanto, entende-se que de acordo com a análise aqui considerada, a vida do paciente deve ser protegida e, portanto, agir de forma imprudente sem considerar as consequências dos atos praticados em face da vida humana, aliás, esse não é o papel de um médico comum, o qual tem o dever de proteger a vida, sendo sempre cuidadoso e agindo com extrema responsabilidade.

3.6 RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO DOLOSO

Penalizar o profissional da medicina por erro doloso ainda não é algo comum, não é simples comprovar que o médico agiu dolosamente, mesmo que a título de dolo eventual. Desta maneira, esse é um tópico que merece mais atenção, devido sua complexidade e sua essencialidade no que diz respeito à proposta deste trabalho.

Diante disso, para entender melhor a responsabilidade do médico, devemos discutir o dolo eventual e a culpa consciente do erro médico resultante de falha pessoal, o que será abordado posteriormente. Há muita discussão doutrinária sobre a questão da responsabilidade do médico pelo dolo ou não, pois o entendimento majoritário é que tal conduta é apenas crime culposo, decorrente de imprudência, negligência ou má conduta profissional. No entanto, outros pesquisadores acreditam que existe um possível dolo eventual na atividade exercida pelo médico, de modo que pode causar lesões corporais e até a morte do paciente.

O dolo é a vontade e a consciência de aplicar os elementos permanentes do tipo de lei. Em termos gerais, é a vontade expressa de uma pessoa de se comportar para realizar determinada conduta. Dolo é o elemento psicológico da conduta. O comportamento é um elemento de um fato típico. O dolo é, portanto, um dos elementos de um fato típico (CAPEZ, 2020, p. 379).

De acordo com o Código Penal, artigo 18, inciso I (BRASIL, 1940), o crime é doloso quando o indivíduo quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Sendo a primeira parte referida ao dolo direto, e a segunda parte ao dolo eventual.

No dolo direto, o agente quer que o resultado seja apresentado ao final de sua ação. A vontade do agente é dirigida à realização de algum fato típico. O objeto do dolo direto é o objetivo planejado, os meios escolhidos e os efeitos colaterais necessários para atingir o objetivo planejado. O dolo direto é assim constituído por três vertentes, nomeadamente representação, querer e anuir, nos seguintes termos: a representação do resultado, meios necessários e consequências secundárias; o querer a ação, o resultado e os meios escolhidos para alcançá-lo; e o anuir sobre certas, necessárias ou possíveis consequências resultantes da utilização dos meios escolhidos para atingir o objetivo planejado ou a forma de utilização desses meios (BITENCOURT, 2020, p.p. 802-803). Resumidamente, o dolo eventual ocorre quando o agente não deseja diretamente a ocorrência do tipo, mas a aceita como possível ou mesmo provável, assumindo o risco de produzir o resultado, ou seja, independentemente de sua ocorrência (BITENCOURT, 2020, p.p. 805-806).

Insta salientar, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 304) defende que o conceito de dolo varia dependendo da teoria adotada. Para a teoria finalista, a qual Nucci filia-se, dolo é o desejo de praticar fato tipificado, ou seja, um crime. Já para a teoria causalista, dolo é o desejo de praticar o fato tipificado, mas sabendo, tendo a compreensão que está efetuando um ato criminoso.

Para que possamos compreender de maneira salutar o que é o dolo e como ele está apresentado no Código Penal Brasileiro faz-se mister abordarmos as teorias do dolo, as quais são explicadas de maneira didática por Rogério Greco. São quatro as teorias de dolo, a teoria da vontade, a teoria do assentimento, a teoria da representação e a teoria da probabilidade (GRECO, 2017, p.p. 318-319).

De acordo com a teoria da vontade, o dolo seria apenas uma vontade livre e consciente de querer cometer um crime, ou seja, querer exercer a atividade prescrita no crime imputado. A teoria da aceitação afirma que age com dolo aquele que prevê a consequência mais prejudicial de seu comportamento mas, mesmo que não o queira diretamente, não se importa se isso acontecer, portanto corre o risco de causá-lo. Aqui o agente não quer diretamente o resultado, mas o entende da melhor forma que pode e o aceita. Do ponto de vista da teoria da representação, pode-se falar em dolo sempre que o agente tem apenas uma previsão do

resultado como possível e ainda assim decide continuar sua ação. Para os proponentes dessa teoria não interfere se o agente assumiu o risco de produzir o resultado ou realmente acreditou que isso não aconteceria, embora visse isso como possível. A teoria da representação não distingue entre dolo eventual e culpa consciente, porque a antecipação de um resultado leva o agente a ser responsável pela intenção. a teoria da probabilidade trabalha com informações estatísticas, ou seja. se a probabilidade de um resultado for estatisticamente alta de acordo com um determinado comportamento do agente, é provável que se esteja diante de dolo eventual (GRECO, 2017, p.p. 318-319).

O Código Penal adotou as teorias da vontade e do assentimento, sendo a primeira para o dolo direto e a segunda para o dolo eventual (GRECO, 2017, p. 320).

Para Nucci (2020, p. 307), dolo eventual é a vontade do agente dirigida a um determinado resultado, todavia ele vislumbra outro resultado, não desejado, mas possível, relacionado com o primeiro. É por isso que a lei usa o termo "assumir o risco de sua produção". Neste caso, o agente na situação mais complexa não deseja diretamente o outro resultado mesmo que o perceba junto com sua intenção, que lhe é indiferente.

Importante ressaltar que a lei não distingue entre dolo direto e dolo eventual, conforme o tipo e a aplicação da pena. Portanto, o juiz pode impor a mesma punição para quem agiu com dolo imediato e para quem agiu com dolo eventual. Porque os tipos de crimes que nada dizem sobre o elemento subjetivo do crime são, em regra, dolosos, podendo ser aplicados tanto o direto quanto o indireto, em regra.

3.7 A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DOLO

Pautados nos desmandos dos profissionais médicos no exercício de sua prática, explicamos neste ponto que a discussão gira em torno da responsabilidade penal por erro médico decorrente de negligência pessoal, tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual.

A análise do tipo penal somente será realizada com investigação minuciosa do caso concreto, analisando a prova da existência do fato e a prova da paternidade do erro médico, demonstrando o nexos causal entre a conduta praticada pelo profissional e os danos causados ao paciente. Portanto, é extremamente importante que os registros médicos sejam o

documento mais importante para proteger possíveis resultados em processos criminais. Ele detalha todas as informações sobre o procedimento realizado pelo médico.

É correto afirmar que perante o domínio médico-paciente, o médico atua na busca das melhores soluções científicas modernos, válidas e inovadoras, na busca da cura da doença e do tratamento das doenças, cabendo-lhe ao profissional agir com ética em relação a todos os recursos disponíveis, disponíveis e passíveis de serem aplicados. Ao agir dessa forma, o profissional atende aos princípios que regem a atividade médica e também atua na área jurídica, exercendo regularmente o cargo com a faculdade que lhe é conferida pelo Conselho Federal de Medicina.

Quando são excluídos os acidentes imprevistos e os resultados incontrolláveis, os crimes decorrentes de negligência médica podem ser culposos, até mesmo dolosos, gerando responsabilidade criminal, embora haja discussões na prática jurídica sobre a existência de dolo. Além disso, além da omissão de socorro, existem outros crimes típicos do médico, que não foram objeto deste estudo, mas são assim denominados porque a própria lei restringe a autoria a essa categoria profissional, como quebra de sigilo profissional, crime de prática medicamento e crime de falsificação de atestado médico. Isto posto, convém fazermos uma diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, já que há divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência quanto a possibilidade de ocorrência de dolo eventual nos casos de erros médicos.

De acordo com Rogério Greco (2017, p. 338), na culpa consciente, o agente, ao prever um resultado, acredita sinceramente que ele não acontecerá; o resultado previsto não é o que o agente deseja, nem mesmo ele o assume. No caso de dolo eventual, embora o agente não queira diretamente o resultado, ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, o agente acredita sinceramente que pode evitar o resultado; no caso de dolo eventual, o agente não deseja obter o resultado diretamente, mas, se acontecer, não importa.

Em ambos os casos, o agente tem uma previsão de resultado que suas ações podem levar a ocorrência, todavia na culpa consciente ele não admita que a possibilidade, e no dolo eventual ele admita que é possível, mas é indiferente a isso (NUCCI, 2020, p. 318).

O grande debate entre dolo eventual e culpa consciente tem suas razões na dificuldade de distinguir entre os dois no raciocínio, porque o limite entre os dois está diretamente relacionado aos elementos subjetivos do tipo de crime, ou seja, aos elementos volitivos que constituem o tipo. Antes de entrar nessa discussão, porém, vale lembrar que o direito penal

brasileiro emprega a teoria da ação final, na qual a ação humana é uma atividade voltada para a obtenção de um fim. Assim, verifica-se a presença de dolo tanto no ato doloso (dolo eventual) quanto no ato passível de punição (culpa consciente), mas no primeiro caso o agente assume o risco de produzir um resultado danoso, enquanto no segundo caso o agente assume o risco de produzir um resultado prejudicial na crença de que o resultado prejudicial não ocorrerá.

Todavia, Guilherme de Souza Nucci defende ser impraticável a diferenciação em um caso prático, pois seria complexo descobrir qual a conjuntura da mente do indivíduo que praticou determinado crime, como podemos perceber a seguir:

Em razão dessa complexa e praticamente inviável apuração do real contexto mental do agente do crime (se dolo eventual ou culpa consciente), passamos a propor a eliminação da figura da culpa consciente, transferindo-se para o campo do dolo eventual todas as condutas de risco, quando o autor assume a potencialidade lesiva do seu comportamento, com ou sem sinceridade, no tocante ao resultado final. Caberia ao juiz, no caso concreto, aplicar a justa pena. Ao agente que se aproximar do sincero repúdio ao resultado danoso, não desejado, mas assumido pelo risco, uma pena menor; ao autor que se distanciar do repúdio ao resultado danoso, não desejado, mas atingido em face do risco assumido, uma pena maior (NUCCI, 2020, p. 319).

Outrossim, Fernando Capez (2020, p. 397) diferencia a culpa consciente e o dolo eventual dando destaque que na culpa, mesmo prevendo o que pode acontecer, o agente nega a possibilidade. Assim, a diferença entre os dois é que no caso de dolo eventual, o agente diz, "não importa", enquanto no caso de culpa consciente, ele assume, "é possível, mas não vai acontecer".

Assim, os limites entre dolo eventual e culpa consciente são uma das questões mais controversas na teoria criminal. Os dois têm uma coisa em comum: prever um resultado proibido. Mas, enquanto no caso de dolo eventual, o agente aceita a ocorrência desse resultado, assumindo o risco de causá-lo, ao invés de abandonar a ação, visto que na culpa consciente, ao contrário, rejeita a hipótese da incontrollabilidade do resultado e, na esperança confiante de que isso não acontecerá, julga e se comporta de maneira errada (BITENCOURT, 2020, p.p. 855-856).

Para mais, Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 856) explica, claramente a diferença sutil entre dolo eventual e culpa consciente, ao dizer que “no dolo eventual, o agente decide

agir por egoísmo, a qualquer custo, enquanto na culpa consciente o faz por leviandade, por não ter refletido suficientemente”.

Portanto, para que o dolo eventual ocorra, em prejuízo da culpa consciente, não basta que o ofensor conheça o risco de um resultado adverso e nada faça para evitá-lo ou aja para reduzir o risco ou efeito adverso, visto que isso não é assumir o risco; é importante que o indivíduo, ciente do risco, não se interesse em proteger os bens jurídicos protegidos pela legislação penal (CARVALHO, 2015).

Dessa forma, a partir dessas conceituações, vemos que no caso de culpa consciente, o médico, embora possa ter previsto um resultado adverso para seu paciente, não o aceita como possível, crê piamente que isso não ocorrerá e, no caso de dolo eventual, o médico antecipa o resultado adverso e se envolve no comportamento, independentemente de o resultado danoso irá ocorrer ou não.

Na perspectiva da medicina, o que é certo é que, quando um médico escolheu esta profissão e se inscreveu na respectiva prática médica, sabia que, se não exercesse o cuidado, a diligência e a prudência exigidas pela profissão, poderia haver consequências indesejadas. Não fazer isso obviamente resultará em lesões e morte do paciente, com consequências não intencionais resultando em culpa e responsabilidade criminal, todavia, essa prática podendo ser totalmente enquadrada na forma de dolo eventual (PARENTONI, 2017).

Assim sendo, quando um médico comete um erro médico no exercício de sua profissão, que resulta em lesão corporal ou mesmo na morte de seu paciente, inicialmente não importa se foi intencional ou não, ele está cometendo um crime, o que também poderá vir a ser punido a título de dolo eventual.

Entretanto, analisando-se os casos médicos nas quais foram movidas ações contra os profissionais da medicina, é possível notar que na grande maioria o profissional médico é penalizado a título de culpa. Nessas situações, não se pode falar em dolo eventual, pois os profissionais médicos não concordaram com elas, embora corressem o risco de tais consequências. Seguindo esse raciocínio, a maioria dos pesquisadores entende que a causa do erro médico é culpa do próprio profissional. Portanto, é importante destacar algumas das decisões já proferidas pelos tribunais sobre a negligência médica e sua culpabilidade.

negligência e imprudência médica consistiram, inicialmente, em não prever o que era previsível se adequado fosse o atendimento, liberando ou dando alta a uma criança de um ano e um mês de idade que sofrera uma queda de mais de dois metros de altura, vindo a bater a cabeça contra o solo, máxime em paciente que, pela idade, ainda não tinha as suturas cranianas bem formadas. Em um segundo momento, o réu agiu culposamente por haver sido comunicado pela enfermeira, que a criança havia retornado ao hospital, no final da manhã, em estado grave, e o acusado haver comparecido para atendimento somente à noite. O depoimento prestado pelo médico que recebeu a criança no serviço de plantão, desacordada, com edema de face acentuado, indagando as razões por que dita criança não lhe havia sido encaminhada antes, bem como o depoimento prestado por outro médico quando esclarece que não se tratava de uma queda corriqueira e normal, motivo por que tratou de encaminhar a vítima ao médico especialista, no caso, o réu, demonstram o seu agir culposo. Além disso, há relato nos autos também de profissional da medicina, indicando a obrigatoriedade da investigação tomográfica nas hipóteses de traumatismo craniano. Não é possível, da mesma forma, o afastamento da causa especial de aumento de pena, prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, sob o argumento de que não há previsão pelo Conselho Federal de Medicina, de regra técnica quanto à providência médica, que depende de caso a caso. Ora, o Conselho trazido à colação não dispõe de autoridade para legislar ou criar regras de atendimentos a pacientes. E, como afirma a própria Defesa, a adequação do atendimento há de variar de caso para caso. Assim, a adequação do atendimento irá exigir do profissional da medicina a necessária dedicação e aplicação de seus conhecimentos técnicos, justamente o que não foi observado pelo réu no caso concreto. Daí por que incide na espécie o disposto no § 4º do art. 121 do CP. APELAÇÃO IMPROVIDA. (TJ-RS - ACR: 70065191827 RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Data de Julgamento: 10/09/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/09/2015) (JUSBRASIL, 2015).

Assim sendo, nota-se que é mais do que possível o julgamento e consequente responsabilização do profissional da medicina quando este age com falta de dever de cuidado, sendo negligente e imprudente na conduta médica, o que pode ocasionar a morte do paciente, como foi no caso supracitado. Visto que a adequação do tratamento requer o necessário comprometimento do profissional médico e a aplicação de seus conhecimentos técnicos, o que o réu não seguiu no caso em comento, vindo a ser condenado por homicídio culposo, com causa de aumento de pena de 1/3, nos termos do artigo 121, § 4º, do Código Penal.

Outro exemplo de ação contra profissional da medicina por erro culposo ocorreu também no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, todavia, nesse caso, o médico foi absolvido por falta de provas contundentes que comprovassem a culpa do profissional, como podemos notar a partir da leitura, *in verbis*:

HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA NEGLIGÊNCIA E DA IMPERÍCIA IMPUTADAS AO PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE PENAL QUE EXIGE PROVA SEGURA. O paciente foi submetido a ato cirúrgico de emergência em virtude de lesão abdominal altamente invasiva causada por instrumento cortante. Submetido a exames clínicos, recebeu alta, vindo a apresentar quadro de agravamento dias depois em razão de infecção que levou ao óbito. A prova

técnica não evidencia a relação entre o agravamento do quadro e qualquer má execução do procedimento cirúrgico, o mesmo ocorrendo com a liberação do paciente, que se fez à luz de exames clínicos que atestavam normalidade. Surgimento de fístula que não decorreu de mau procedimento, podendo decorrer das peculiares condições pessoais do paciente. Responsabilidade do profissional não demonstrada. Absolvição mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-RS - ACR: 70046030748 RS, Relator: Sandro Luz Portal, Data de Julgamento: 15/12/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/02/2016).

Mas, apesar do fato de que a maioria dos julgamentos e grande parte da doutrina acreditam em responsabilidade criminal na modalidade culposa para os médicos, alguns juízes no Brasil acreditam ser possível a condenação por dolo, mais precisamente na categoria dolo eventual, para os profissionais da medicina que venham a causar danos aos seus pacientes, como é de fácil percepção no julgado a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS GRAVES. ERRO MÉDICO. DOLO EVENTUAL COMPROVADO. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. 1) Assumindo o acusado o risco de produzir o resultado, resta configurada a essência do dolo na sua modalidade eventual, impondo a reforma da sentença absolutória. 2) Recurso conhecido e provido. (TJ-GO - APR: 01192365420068090051 GOIANIA, Relator: DR(A). LILIA MONICA C.B.ESCHER, Data de Julgamento: 23/04/2013, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 1295 de 03/05/2013) (JUSBRASIL, 2013)

Nessa perspectiva, a existência de um possível dolo eventual no exercício da profissão devido a um erro médico muitas vezes apavora o paciente, o médico e até mesmo o jurista. É certo que a análise da culpa consciente e possível dolo é extremamente complexa e delicada por envolver um elemento tão desconhecido e debatido no campo do crime, o dolo. Encontrar esse elemento requer o uso de provas que muitas vezes não estão disponíveis para a aplicação da lei, embora consistam essencialmente em provas testemunhais, depoimentos de especialistas, provas documentais e até mesmo uma confissão. Quanto à prova pericial, o corporativismo indisfarçável dos colegas de profissão também é um problema, onde os laudos e pareceres técnicos quase sempre estão repletos de erros em favor do médico acusado.

Assim sendo, respondendo a questão principal desse estudo, sim, seria possível a ocorrência de dolo eventual nos casos de erros médicos. Todavia, isso depende muito do caso concreto, e, além disso, não ocorre de maneira simples, devendo ser incontestável que o médico tenha agido com dolo eventual, sendo comprovada tal situação por meio de provas

suficientes e demonstrativas das ações lesivas, para que não se puna com severidade exacerbada o profissional.

4 CRIMES PRÓPRIOS DE MÉDICOS NO CÓDIGO PENAL

Por último, é importante ressaltar que há atos ilícitos que configuram crimes que só médicos podem fazer. São os chamados crimes próprios ou inerentes à profissão médica. Dessa forma, nos crimes médicos, o sujeito ativo, agente e autor deve ser médico, acrescido da capacidade para o exercício da medicina.

Como já foi explanada de maneira exaustiva como se dá a responsabilidade penal do médico, neste capítulo passaremos a descrever quais são os principais crimes próprios dos médicos, suas previsões na legislação brasileira, suas penas e as consequências jurídicas.

Primeiramente, vamos tratar do crime de violação do segredo profissional, disposto no artigo 154 do Código Penal, com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (BRASIL, 1940). É crime contra a liberdade pessoal por sua classificação, é precisamente para proteger as liberdades pessoais das pessoas que, quando necessário, têm de confiar certos fatos sobre as suas relações íntimas que devem ser mantidos em segredo. Os profissionais médicos cujas imprudências possam, em última análise, causar danos aos pacientes devem ser punidos nos termos do artigo 154 do Código Penal Brasileiro, que trata dos crimes contra o sigilo profissional (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 242).

Para Rogério Sanches Cunha (2017, p. 259) o crime de violação de segredo profissional é crime específico que exige do agente condições especiais relacionadas ao exercício das atividades descritas no tipo penal (fiduciário secreto). Assim, sujeito ativo seria aquele que, em virtude de função, ministério, ofício ou profissão, divulga de qualquer forma segredo de seu conhecimento.

O crime de violação de segredo profissional é crime doloso típico, que só configura crime quando se trata de médico que, livre e conscientemente, revela os segredos que aprendeu em suas atividades laborais. Dessa forma, o comportamento negligente dos médicos, como esquecer de diagnosticar locais inapropriados, criando assim condições para vazar a condição do paciente, não deve ser punido (GRECO, 2019, p. 579).

Analisando o que nos ensina Rogério Greco (2019, p. 576), fica claro que somente será necessário que o segredo seja exposto a uma pessoa e que haja a possibilidade de acarretar dano a outro indivíduo para que se perfeça o crime.

Ainda, deixa de configurar crime a existência de motivo legítimo para a revelação de segredo, como no caso de denúncia de doença infectocontagiosa à saúde pública ou de comunicação de crime envolvendo ação pública à autoridade policial competente, salvo se tal comunicação expor o paciente ao processo penal. Sendo o paciente possível vítima de ato público, a comunicação é obrigatória (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 242).

A questão do sigilo médico é, também, debatida pelo Código de Ética Médica, em seu capítulo IX, artigos 73 a 79 (RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/09, 2009, p. 44).

O segundo crime a ser tratado está disposto no artigo 282 do Código Penal (BRASIL, 1940), e diz respeito ao exercício ilegal da medicina, com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do artigo 282 do Código Penal:

Art. 282- Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa (BRASIL, 1940).

Tal tipo criminal tutela a incolumidade pública no que se refere à pela saúde coletiva, agora o exercício da medicina, odontologia ou farmacêutica é ilegal. A pena prevista para o crime admite a suspensão condicional do crime e do processo (Lei 9.099/95), ressalvada a hipótese do caput do artigo 285, Código Penal (BRASIL, 1940) . Neste caso, exclui-se a transação penal em decorrência de atividade que tenha causado graves danos à saúde ou morte (CUNHA, 2017, p. 654).

A partir da leitura do tipo penal, pode-se notar que o crime é dividido em duas condutas, a primeira refere-se ao leigo que decide exercer a medicina sem qualificação técnica e legal. A segunda forma de conduta punível refere-se ao médico que extrapola os limites de sua própria atividade, o que, portanto, também constitui crime em si, que só pode ser praticado pelo médico em virtude de sua qualificação profissional, cujo exercício lhe é exclusivo. Assim, os comportamentos abusivos devem ser penalizados e reprimidos, assumindo o Estado esse dever face aos graves riscos que tais excessos podem representar para a saúde do doente (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 243).

A forma criminosa do trabalho médico ilegal era muito mais comum na época distante, quando os médicos também exerciam atividades cumulativas, manipulavam remédios ou exerciam, por exemplo, a atividade exclusiva de dentista. Hoje em dia, a especialização em medicina permite que cada especialista tenha seu próprio campo limitado (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 244).

O terceiro crime próprio a ser apresentado é o de falsidade de atestado médico, que está descrito no artigo 302 do Código Penal (BRASIL, 1940). O citado artigo estabelece que o ato do médico que prestar falso atestado no exercício da sua profissão é considerado crime contra a fé pública, punível com pena de detenção de 1 (um) mês a 1 (um) ano. O teor de um atestado médico incorreto pode dizer respeito à confirmação da existência de determinada doença, embora não o seja, ou à negação de uma doença efetivamente diagnosticada (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 244).

Insta salientar que:

Somente o médico, no exercício da sua função, pode praticar o delito. Assim, tratando-se de deliro próprio, exclui-se do espectro da incriminação o dentista, o veterinário, enfermeiros etc., que incorrerão, caso falsifiquem atestados, nas penas previstas no art. 299, aliás, muito mais severas (CUNHA, 2017, p. 727).

Para caracterizar o crime, é preciso que o médico aja de má-fé. Sabe-se que o crime de falsificação de atestado está longe de ser raro. Inúmeras são as justificativas para que esse delito ocorra, elas incluem justificar a ausência do paciente para trabalho e a impossibilidade de cumprir uma obrigação legal, entre outras coisas. E entre os danos que esta prática deplorável produz, pode-se citar a demissão desnecessária de funcionários públicos por órgãos estatais, etc (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 244).

Por fim, resta claro que o atual Código Penal se preocupou em penalizar certas condutas médicas que geram danos aos pacientes e a fé pública. Existem outros crimes próprios do profissional da medicina, como o crime de omissão de notificação de doença contagiosa, disposto no artigo 268 do Código Penal. Todavia, não é o objetivo desse estudo esgotar o tema, mas tão somente ilustrar e demonstrar que existem crimes que só podem ser praticados por profissionais da medicina.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os médicos, como outros profissionais, correm o risco de cometer erros em suas atividades profissionais. Isso pode ser um erro muito sério, visto ele estar lidando com o que temos de mais precioso - nossa vida. Diante disso, visto o número crescente de ocorrências de falhas por parte dos médicos é que tem havido uma maior busca do judiciário para dirimir tais questões. Nesse sentido, conscientizar os pacientes e suas famílias têm sido uma grande preocupação, pois muitos desses profissionais também não entendem o ordenamento jurídico nem se preocupam com os tipos de responsabilidade que podem ser imputados a eles.

Ao longo deste trabalho, buscamos demonstrar a importância da responsabilidade individual pelas violações da ética médica e do ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pelos conceitos de erro médico, responsabilidade jurídica, responsabilidade civil e penal, pelas vedações e deveres trazidas no Código de Ética Médica, e, por último fazendo breves considerações acerca dos crimes próprios dos médicos. Pois, trata-se de tema de grande relevância social por se tratar do bem jurídico mais valioso para a sociedade, a vida e a segurança pessoal.

O erro médico decorrente da prática médico-legal é objeto de ampla reflexão e preocupação da sociedade, sugerindo-se uma série de outras abordagens diferenciadas, mas neste trabalho limita-se a uma análise da assunção de responsabilidade penal e a uma discussão a cerca da penalização, que diz respeito às questões atinentes ao dolo eventual e a culpa consciente, sendo estas tratadas de forma mais aprofundada. Dessa maneira, a responsabilidade penal por erro do médico está alicerçada na culpa, quando o agente não toma as devidas medidas exigidas para que não ocorra nenhum dano ao paciente, assim dando causa ao mesmo. No entanto, há quem defenda a possibilidade de responsabilização penal por dolo eventual, não sendo a maioria na jurisprudência e na doutrina, mas sendo algo relevante de se por em debate.

Diante do exposto neste estudo, é importante ressaltar que, sendo a medicina uma atividade essencial à vida humana, ela é regida por um conjunto de normas e princípios que determinam que as atividades médicas devem ser exercidas com o máximo cuidado, expertise e responsabilidade, e para tanto, utilizar profissionalmente, todos os meios e técnicas eficazes e seguras para a cura e saúde do paciente. Nesse sentido, caso o profissional da medicina não

siga as normas profissionais e legais, e venha a causar danos ao paciente, poderá ser penalizado, tanto na modalidade culpa quanto na modalidade dolo eventual.

Não podemos deixar de levar em conta, neste momento, a crise das instituições de ensino superior no Brasil, onde os profissionais muitas vezes têm condições instáveis de aprendizagem, o que contribui para a má formação profissional. Além disso, também é importante ficar atento ao número de ligações e plantões semanais, que causam desgastes que não correspondem aos limites da condição humana. Finalmente, deste ponto de vista, o mau estado das instalações médicas, a falta de material, medicamentos e técnicos formados, continua a ser a razão pela qual o médico pode cometer tais erros. Todavia, há casos de que esses fatores não são determinantes no cometimento das falhas, o que enseja, ainda mais, a responsabilização do profissional.

Nessa perspectiva, o Judiciário não deve virar as costas para as situações de erro médico e aplicar as devidas sanções às condutas ética e juridicamente condenáveis. As más práticas na medicina devem ser sempre responsabilizadas, sejam elas ético-profissionais, civis ou penais. Se a atividade médica for exercida de forma a que se formem os tipos de crimes e seus elementos, o médico deve ser sujeito a processo e punição criminal.

Assim, os profissionais da medicina devem ser diligentes para que não sejam cometidos erros e, conseqüentemente, venham a ocorrer danos a terceiros, devendo-se prezar sempre pelo exercício cauteloso e eficiente da profissão. Em contrapartida, cabe aos pacientes não se calarem diante de danos causados devido erros grotescos de responsabilidade dos médicos.

Feitas essas considerações, é importante observar que a comprovação neste artigo da possibilidade de um médico agir deliberadamente no exercício de sua profissão e exigir maior punição desses profissionais não significa que ele não esteja engajado. O amor pela profissão médica é louvável porque cuidar do espírito humano requer mais de nove anos de dedicação e especialização. Ao mesmo tempo, não se pode excluir a presença de ações intencionais resultantes de danos que possam ser penalizadas por dolo, como afirmam muitos pesquisadores. Sim, concorda-se que um médico também pode agir com dolo eventual durante o exercício de sua profissão.

Portanto, visto que a atividade médica tem como objeto bens jurídicos de maior importância para o ser humano, convém penalizar médicos ineficientes e inconsequentes de forma mais eficaz. Nesse sentido é que está a importância desse debate, pois não seria

profícuo se não ficasse claro que, a depender do caso concreto, o médico poderá, sim, ser penalizado de forma mais severa, uma vez ser possível haver a ocorrência de dolo eventual, Isso é muito importante do ponto de vista da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, além de alertar os médicos em sua atividade para que o direito que lhes é conferido pelo Estado e pela sociedade seja utilizado com mais cuidado, segurança, prudência e sentido de responsabilidade.

REFERÊNCIAS

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. volume 1 - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 de janeiro de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 de janeiro de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. V. 1 – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon de. **Diferença entre dolo eventual e culpa consciente**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9076/Diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>. Acesso em: 22 de Janeiro de 2023.

COELHO, Vânia Maria Bemfica Guimarães Pinto; OLIVEIRA, Eymard Francisco Brito de. **Responsabilidade penal do médico nos crimes próprios**. Disponível em <http://www.fadiva.com.br/documentos/jusfadiva/2006/23.pdf>. Acesso em: 23 de janeiro de 2023

DIREITO MÉDICO: ERRO MÉDICO E RESPONSABILIDADE. 2017. Disponível em: <https://www.aradvogadosreunidos.com.br/erro-medico-direito-responsabilidade/>. Acesso em: 20 de dezembro de 2022.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: v. 7, responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Kellyton Azevedo de. **Aspectos Sócio Jurídicos do Erro Médico** -Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação. Direito. Sousa – PB. 2004. Disponível em: <http://bdtd.ufcg.edu.br/>. Acesso em: 15 de dezembro de 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6ª ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto . **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil**– 14. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. 2a ed. rev. atual. Florianópolis: Cremesc, 2000. Disponível em: <<https://silo.tips/download/manual-de-orientacao-etica-e-disciplinar>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2022.

HIGA, Carlos César. "**Código de Hamurabi**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/codigo-hamurabi.htm>>. Acesso em 24 de dezembro de 2022

Marquardt, Marcelo; Prates, Núria Derviche. **A responsabilidade penal do médico e o processo penal**. 2003. Disponível em: <<https://www.jvascbras.org/journal/jvb/article/5e20c19d0e88254201939fde>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **A Responsabilidade Penal por Erro Médico**. Revista Jurídica da FURB, no 3, Santa Catarina, jun. de 1998. Disponível em: <https://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/responsabilidade_erromedico_jorge_schaefer.pdf>. Acesso em: 25 de dezembro 2022.

MOREIRA, Herberth Marçal Chaves. **A vulnerabilidade profissional e o alegado erro médico**. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/artigos/a-vulnerabilidade-profissional-e-o-alegado-erro-medico/#:~:text=Segundo%20o%20Conselho%20Federal%20de,a%20inten%C3%A7%C3%A3o%20de%20comet%C3%AA%Dlo.>> Acesso em: 25 de dezembro 2022.

NAUFÉL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 8a ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Ícone, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PARENTONI, Roberto B. **O erro médico é culposo ou doloso?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/454120185/o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2023

SANTOS, Eliane. **Paciente vítima de erro médico relata primeiro fim de semana fora do hospital e sem cuidados: 'Me senti suja'**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/09/06/paciente-vitima-de-erro-medico-relata-primeiro-fim-de-semana-fora-do-hospital-e-sem-cuidados-me-senti-suja.ghtml>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2023.

SANCHES, Rogério. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9. ed. rev., ampt e atual.- Salvador: JusPODIVM.. 2017.

STJ. **Mantida condenação de médico que negligenciou preenchimento de prontuário de gestante.** Decisão STJ. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/29072021-Mantida-condenacao-de-medico-que-negligenciou-preenchimento-de-prontuario-de-gestante.aspx#:~:text=Segundo%20o%20relator%2C%20ministro%20Villas, melhor%20r>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2023

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 7 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime 0204560-69.2015.8.21.7000.** 2a Câmara Criminal. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 10 de setembro de 2015. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/928072310>>. Acesso em 22 de janeiro de 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime.** Relator: Sandro Luiz Portal. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899810411/apelacao-crime-acr-70046030748-rs>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2023

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação Criminal 01192365420068090051.** 2a Câmara Criminal. Relatora: Lilia Monica C.B. Escher. Goiânia, 23 de abril de 2013. Jusbrasil. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/937525332>>. Acesso em 22 de janeiro de 2023.