

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
ISABELA OLIVEIRA FORTUNATO DA SILVA**

**ERROS MÉDICOS E A RESPONSABILIDADE DE PROFISSIONAIS: HIPÓTESES
QUE ATUAM EM ÁREAS FORA DE SUA ESPECIALIDADE**

**RUBIATABA/GO
2022**

ISABELA OLIVEIRA FORTUNATO DA SILVA

**ERROS MÉDICOS E A RESPONSABILIDADE DE PROFISSIONAIS: HIPÓTESES
QUE ATUAM EM ÁREAS FORA DE SUA ESPECIALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Lincoln Deivid Martins, especialista em Processo Civil.

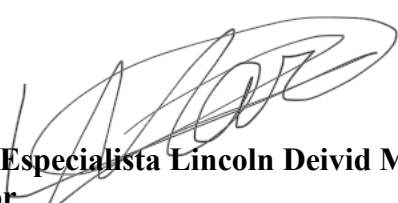
**RUBIATABA/GO
2022**

ISABELA OLIVEIRA FORTUNATO DA SILVA

**ERROS MÉDICOS E A RESPONSABILIDADE PENAL DE PROFISSIONAIS:
HIPÓTESES QUE ATUAM EM ÁREAS FORA DE SUA ESPECIALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Lincoln Deivid Martins, especialista em Processo Civil.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 10/06/2022.



Professor Especialista Lincoln Deivid Martins
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba



Professor Mestre em Ciências Ambientais Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba



Escreva Especialista em Direito Público Marcus Vinícius Silva Coelho
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico esse trabalho à minha família, amigos
e ao meu orientador.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui.

À minha família por toda dedicação e paciência contribuindo diretamente para que eu pudesse ter um caminho mais fácil e prazeroso durante esses anos.

Agradeço aos professores que sempre estiveram dispostos a ajudar e contribuir para um melhor aprendizado em especial ao meu professor e orientador.

“Frequentemente é necessário mais coragem para ousar fazer certo do que temer fazer errado”

Abraham Lincoln

RESUMO

A presente monografia tem como temática erros médicos quanto à responsabilidade penal dos médicos que atuam em áreas que não são sua especialidade. O erro é perfeitamente lógico em qualquer atividade humana e a medicina não está isenta dele. Todo processo realizado na assistência médica pode incorrer no risco de desenvolver um erro médico, erros são eventos infelizes que não foram previstos, não são identificados adequadamente no momento da sua ocorrência, gerando impacto negativo na qualidade da assistência e no desenvolvimento oportuno do ato médico. Este trabalho, através de uma revisão da literatura, teve como objetivo estudar a natureza do erro médico no âmbito legal, discutindo consequências como o erro médico por atendimento fora da especialização do profissional. Com base nas informações levantadas, pode-se notar que o erro médico é o dano causado ao paciente pela ação ou omissão do médico no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo, abordado tanto no Código de Ética Médica quanto no Direito Penal. Destaca-se ainda que há três possibilidades de causar dano e chegar ao erro: imprudência, inexperiência e negligência. Mediante a esse fato, um inquérito é instaurado para averiguar as condições em que a negligência foi ocasionada, especialmente se o médico atende ou não fora de sua especialidade. Como resultado se constatou que o erro médico e sua causa, passa a ser responsabilidade do médico, arcando com processo frente ao Conselho de Ética e ao tribunal, que irá averiguar o caso e determinar a sentença.

Palavras-chave: Erro médico; Prática médica; Responsabilidade.

ABSTRACT

Error is perfectly logical in any human activity and medicine is not exempt from it, every process carried out in medical care can run the risk of developing a medical error, errors are unfortunate events that were not foreseen, are not properly identified at the time of their occurrence, generating a negative impact on the quality of care and on the timely development of the medical act. This work, through a literature review, aimed to study the nature of medical error in the legal scope, discussing consequences such as medical error for care outside the professional's specialization. Based on the information collected, it can be noted that medical error is the damage caused to the patient by the action or omission of the doctor, in the exercise of the profession, and without the intention of committing it, addressed both in the Code of Medical Ethics and in the Criminal Law. It is also noteworthy that there are three possibilities of causing damage and arriving at error: imprudence, inexperience and negligence. Upon this fact, an inquiry is initiated to ascertain the conditions in which the negligence was caused. Once the medical error and its cause are verified, the doctor becomes responsible, bearing the process before the ethics council and the court, which will investigate the case and determine the sentence.

Keywords: Medical error; Medical practice; Responsibility.

Traduzido por Marleides de Oliveira Mendes – Letras – FAFISP/Ceres.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 RESPONSABILIDADE.....	13
2.1 RESPONSABILIDADE MÉDICA E RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO ..	13
2.2 FINALIDADE DO DIREITO PENAL	15
2.2.1.BEM JURÍDICO PENAL	16
2.2.2.PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO	17
2.3 ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA PUNÍVEL (DOLO E CULPA).....	18
2.3.1 IMPERÍCIA.....	17
2.3.2 IMPRUDÊNCIA	19
3 CONCEITO DE ERRO MÉDICO	23
3.1. ERRO MÉDICO X ACIDENTE IMPREVISÍVEL	23
3.2 ERRO MÉDICO X RESULTADO INCONTROLÁVEL	24
3.3 ERRO MÉDICO X OMISSÃO DE SOCORRO.....	25
4 JURISPRUDÊNCIA – ERROS MÉDICOS.....	24
5 RESPONSABILIDADE E O ERRO MÉDICO	32
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	37

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho refere-se a erros médicos e a responsabilidade penal de profissionais que atuam em áreas nas quais não são especializados, onde em um mundo globalizado cada vez mais as pessoas buscam a utilização de técnicas da medicina, pois com o avanço das tecnologias, inúmeras especialidades surgiram.

Contudo, a formação médica necessária para todas as especialidades não é cumprida, atuando sem a devida capacidade, inúmeros médicos praticam fatos os quais não estão habilitados a praticar causando danos à vítima e lotando a máquina processual, de processo de responsabilidade.

A pesquisa terá como limitação as matérias civil e penais, abordando também o código de ética para o exercício da medicina. Já em se tratando de limitação territorial, poderão ser analisados casos nacionais e internacionais, mas em relação a matéria legislativa se concentrará em solo nacional, onde rege a lei pátria.

É de conhecimento geral que a partir do momento em que um profissional age de forma incorreta decai sobre o mesmo a responsabilidade civil para indenizar a vítima, mas no momento em que é questionado sobre a hipótese de responsabilizar o profissional imperito, na seara criminal esta resposta já não é clara.

Logo, surge o questionamento: Qual a responsabilidade civil e penal atribuída aos erros cometidos por profissionais que não tinham a devida permissão para o exercício da especialidade?

O objetivo geral desta monografia é verificar se realmente há responsabilidade penal em ações que envolvem erros médicos, por atuação médica fora de sua área de especialidade.

Foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos a serem alcançados: analisar os métodos de responsabilidade vigente no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na seara penal quanto na seara civil; entender sobre a atuação médica, bem como os erros que podem ser cometidos por esta fatalidade; e identificar qual a melhor forma para que o médico que agiu fora de sua capacidade, burlando as regras regimentais para o exercício, colocando sua profissão e a vida do paciente em risco, seja responsabilizado na esfera penal.

Com base no objetivo destacado anteriormente, o capítulo dois traz uma discussão acerca do conceito de responsabilidade e responsabilidade médicas, apontando aspectos e

fatores que determinam quando o médico é ou não responsável legalmente por suas ações que levaram ao paciente algum prejuízo.

O capítulo três traz em seu arcabouço teórico o conceito de erro médico mediante a alguns cenários que relativizam este evento. Sendo assim, abordou-se o erro médico frente ao acidente imprevisível, frente ao resultado incontrolável e frente à omissão de socorro. Conhecer os fatores envolvidos para cada situação é importante para que se possa caracterizar o erro de forma adequada e amparada pelos meios legais.

O capítulo quatro apresenta uma análise das jurisprudências, bem como uma análise conjunta sobre ações movidas por erro médico, mostrando um panorama geral de como os casos são tratados e discutindo quais características levam ou não a configuração de um erro médico na prática

O capítulo cinco traz uma discussão sobre o que foi abordado ao longo do trabalho, onde discute-se sobre responsabilidade e erro médico na legislação vigente no Brasil, permitindo uma compreensão dos principais aspectos que responsabilizam civil e criminalmente um médico diante da constatação de erro durante a prática médica.

Por fim, a conclusão traz uma visão geral do trabalho, confrontando o problema de pesquisa levantado diante dos resultados obtidos, explorando os conceitos e informações mais relevantes exposto ao longo deste estudo.

Visando a solução para a problemática, o estudo valeu-se de meios de pesquisas em artigos jurídicos, jurisprudências, legislações e posicionamentos doutrinários, aplicando o método de pesquisa bibliográfica, bem como o método hipotético dedutivo, com abordagem qualitativa. Tendo empregado vários doutrinadores especialistas em Direito Penal, como Fernando Capez, Rogério Greco e demais, bem como autores da área médica, como forma de completar o estudo.

A metodologia utilizada neste trabalho foi uma revisão da literatura e análise de jurisprudências. Esta revisão considera o uso de artigos publicados em periódicos científicos, livros, bem como a própria legislação vigente referente ao assunto. Os trabalhos foram buscados pelas plataformas do Google Acadêmicos, SciELO, Portal de Periódicos da Capes e Scopus. As buscas foram orientadas pelos seguintes descritores: erros médicos, responsabilidade médica, responsabilidade penal e responsabilidade civil.

2. RESPONSABILIDADE

A fim de esclarecer amplamente o assunto, o termo responsabilidade profissional é desagregado, referindo-se, assim, ao que se entende por profissão, profissional, responsabilidade, responsabilidade profissional e responsabilidade profissional do médico.

Nessa linha, esse capítulo tem como finalidade, através de uma revisão da literatura, discutir o conceito de responsabilidade e responsabilidade médica, explorando conceitos como imprudência, imperícia e demais pontos correlatos, erro médico culposo e doloso, conceitos esses de fundamental importância para compreensão legal no que se refere aos erros médicos na legislação brasileira.

2.1 RESPONSABILIDADE MÉDICA E RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO

Todo profissional tem responsabilidade pelo que faz, não se deve limitar apenas ao exercício de uma profissão universitária, que requer formação teórica e prática, prévia e recebida em instituição criada para esse fim, mas ao contrário, deve ser estendido a toda pessoa que trabalha permanentemente, em uma atividade, e cujo dever é responder pelo que faz, - o que se entende - implica em responder pelas ações consequentes (GOMES et al., 2017).

Nesse sentido, em relação às responsabilidades médicas, compete ao médico substituir e satisfazer as consequências dos atos, omissões e erros voluntários dentro de certos limites e cometidos no exercício da sua profissão. Poucas atividades oferecidas são tão delicadas e exigentes em seu exercício diário como a médica. Seu caráter social acentuado e, conseqüentemente, sua projeção ilimitada sobre o meio humano que o exige insistentemente, costuma suscitar reações a supostas irregularidades ou falhas em sua aplicação prática (POLICASTRO, 2019).

A profissão médica é sumariamente técnica, mas também muito pautada em deduções e é arriscada. Vida, saúde e integridade física são bens inestimáveis, mas o homem, inexoravelmente, caminha para o fim da extinção e da morte. Junto com as doenças tradicionais, as patologias de início recente colocam o profissional em um transe de improvisações que não estão isentas de um indiscutível índice de risco (FRANÇA, 2017).

Mas há casos de irresponsabilidade médica como: operar após a ingestão de álcool, esquecer elementos estranhos no corpo do paciente, deixar o paciente cego em tratamento radioterápico, etc. A responsabilidade pode ser do tipo: profissional ou deontológica, civil e penal.

Outro conceito importante diz respeito à Responsabilidade Profissional, que é definida como a obrigação dos médicos de reparar e satisfazer as consequências de atos voluntários, omissões e erros, e mesmo involuntários dentro de certos limites, cometidos no exercício de sua profissão. Para que ocorra a responsabilidade profissional entre o ato ou omissão do médico e o resultado danoso, deve ser demonstrada entre eles uma relação de causa e efeito (ARAÚJO; BARBOSA, 2017).

A responsabilidade civil e ética, mesmo que seja adequada para aplicabilidade na maioria dos casos, não serão explanadas por não se adequar ao tema em tela. Por hora, somente examinaremos os casos na seara criminal, podendo levar o profissional infrator a julgamento em plenário judicial (KFOURI NETO, 2021).

A administração da justiça ético-disciplinar na área médica é exercida no Brasil por meio do Conselho Federal de Medicina e constitui a primeira instância que julga a prática profissional. Os tribunais de ética são constituídos por médicos com estatuto de magistrados, que investigam e avaliam as condutas denunciadas e, se for o caso, aplicam a respectiva sanção após o referido processo ético-disciplinar. O processo pode ser instituído pelo paciente, seus familiares, por entidade pública ou privada, por qualquer pessoa física, podendo ainda ser realizado de forma unilateral e informal pelo próprio tribunal (ARAÚJO; BARBOSA, 2017).

Analisando o Código Penal brasileiro, temos algumas hipóteses de crimes próprios ao exercício da medicina, mas nenhum destes se adequa ao tema proposto, que responsabilize diretamente o médico que utilize de uma profissão tão lisonjeada para perpetrar fatos que ferem a moral e os bons costumes, que a seguir serão citados (KFOURI NETO, 2021).

Ultrapassando a figura dos crimes próprios, temos também as tipificações para os crimes comuns, os quais podem ser praticados tanto por médicos, quanto por pessoa comum. Cumpre ressaltar que estes crimes ferem a humanidade, são legítimas armas contra a vida, a integridade física e mental das pessoas, levando em consideração as atrocidades praticadas por médicos durante a 2ª Guerra Mundial, a Guerra do Vietnã, os conflitos do Oriente Médio, entre outros. Estes atos pretéritos traçam uma linha tênue da crueldade humana, refletindo um

lado do ser humano: *hominien hupus ad abominem* – o homem sendo o lobo voraz do próprio semelhante (MINOSSI, 2013).

Os erros provenientes de qualquer profissão advêm do critério da culpa, a falta de atenção no exercício de algo, causando danos a outrem por seu descuido, não tomando as devidas precauções. Todo profissional deve cuidar no seu ofício, não só os médicos, pois, todos são propensos a responder nas esferas: administrativa, civil e criminal por matéria de negligência, imprudência ou imperícia (MINOSSI, 2013).

2.2 FINALIDADE DO DIREITO PENAL

As origens do direito penal remontam aos tempos primitivos e o seu conceito evoluiu ao longo da história passando por fases marcantes do Direito Romano, da Idade Média e da evolução das escolas distintas daqueles momentos anteriores à sua concepção atual, pelo que ao longo da história o humano o ser vem refletindo sobre a Definição de Direito Penal (BERTO; HOFFMANN, 2017).

Atualmente, se pode definir o Direito Penal de diferentes perspectivas. Do ponto de vista formal, definimos o direito penal como parte do ordenamento jurídico constituído por um conjunto de dispositivos legais que associam os crimes e os estados de perigo criminal, como pressupostos factuais, às penas e medidas de segurança, como consequências jurídicas (LOPES, 2019).

E do ponto de vista material, pode-se dizer que o Direito Penal é uma parte do ordenamento jurídico que visa proteger os bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade, funcionando como um instrumento de controle que persegue o objetivo de manutenção da ordem social. Os bens jurídicos do indivíduo e da sociedade constituem precisamente a componente central do direito penal, sendo a sua proteção do objeto desta área do direito (LOPES, 2019).

O Direito Penal utiliza a previsão e a imposição de penas e medidas de segurança como instrumentos ou medidas a serem aplicadas a quem infringe certas regras de conduta que procuram justamente impedir que os referidos bens jurídicos sejam lesados ou ameaçados. É objeto de estudo e debate de juristas dedicados ao Direito Penal, a determinação de que situações e quais são as limitações do Estado ao restringir os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos (GRECO, 2017).

Na prática, carece dizer que o Direito Penal deve ser aplicado quando seu uso é essencial como uma necessidade para manter a ordem social, portanto, não deve ser aplicado se houver outra alternativa para sua preservação. A forma como o Direito Penal funciona a este respeito tem a ver com os limites que a Constituição e seus princípios impõem ao seu funcionamento, com especial ênfase na dignidade da pessoa, sua personalidade e seus direitos invioláveis (GRECO, 2015).

Uma vez que conheçamos a Definição de Direito Penal, devemos saber que tudo isso se materializa em um processo penal, única forma de aplicação das consequências jurídicas do crime. Assim, o Direito Processual Penal é o complemento do Direito Penal que permite proteger o bem jurídico, tornando-o possível na prática (ESTEFAM, 2018).

O Direito Processual Penal é o conjunto de normas jurídicas, próprias do Direito Público Interno, que regulam as relações entre o Estado e as pessoas singulares, e que permitem a aplicação do Direito Penal substantivo, em caso concreto (ESTEFAM, 2018).

2.2.1 BEM JURÍDICO-PENAL

É de suma importância aprofundar o conceito de bem jurídico que pode ser definido como qualquer bem, situação ou relação desejada e protegida pela Lei, constituindo o eixo central da ordem social que o Direito Penal protege. O bem jurídico é reflexo e responde sempre às concepções ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes, pelo que evolui ou muda com elas, sendo um conceito dinâmico. É por isso que ao longo da história o ser humano tem refletido sobre o Bem Jurídico do Direito Penal e a forma de exercer sua proteção (PRADO, 2019).

O melhor exemplo da característica dinâmica do Direito Penal pode ser observado em sua evolução histórica, onde acompanha os princípios ético-sociais, jurídicos e políticos vigentes. Estes bens, embora possuam um carácter particular, pertencem à lei e a sua proteção através de leis e sanções penais, visa a proteção de toda a comunidade, cabendo ao Estado impor penas ou medidas de segurança no seu exercício do criminoso e, portanto, de natureza eminentemente pública (BITENCOURT, 2018).

Na prática, o conceito de bem jurídico é muito relevante na análise de uma figura criminosa, sua necessidade e aplicação. É um elemento central na análise que o legislador faz na elaboração e justificativa de qualquer norma, uma vez que sua proteção é tão importante quanto o respeito aos princípios de direito que a vão impor. O chamado Direito Penal

"garantista" é aquele que limita o uso excessivo *do ius puniendi*, na medida em que não está sujeito ao *ius poenale*. O bem-jurídico oferece uma barreira na medida em que não é possível estabelecer na legislação crimes que carecem de um direito legal (BITENCOURT, 2019).

2.2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

É necessário esclarecer que as responsabilidades nas quais um caso hipotético pode ser enquadrado não são mutuamente exclusivas. Desse modo, pode-se atribuir a um indivíduo, de fato, responsabilidade civil, criminal e administrativa, pela atividade que exerce (KFOURI NETO, 2021).

Normalmente, do ponto de vista da legislação brasileira, o médico pode incorrer em responsabilidade penal quando, no exercício de sua atividade, sem a intenção de fazê-lo, causa danos ao corpo ou à saúde de seu paciente; isso basicamente alude à responsabilidade criminal culposa, que será examinada posteriormente. Do ponto de vista jurídico, a responsabilidade penal do profissional médico deve obrigar o operador do direito a analisar sua conduta do ponto de vista da regulamentação penal, para apurar se o ato foi intencional ou negligente (FRANÇA, 2017).

Costuma-se dizer que, entre as diferentes responsabilidades em que podem incorrer os profissionais de saúde, a mais temida por eles e pela opinião pública em geral, a mais contundente, sem dúvida, é a criminal, embora não sejam numerosas as condenações penais que caíram contra eles.

O sistema jurídico aspira à realização social da justiça em dois sentidos: o pessoal e o social, sanciona as condutas que violam os direitos legais protegidos por esta ordem de duas formas, por meio de sanções reparativas e por meio de sanções repressivas. Esta última implica a responsabilidade penal propriamente dita e a primeira, a responsabilidade civil, já de que trata o capítulo anterior (MIRABETE; FABBRINI, 2019).

As sanções repressivas têm como objetivo final servir de exemplo e reprimir o autor de um comportamento ilícito. A sanção restaurativa é compensatória e tende a beneficiar a pessoa lesada no exercício de seus direitos.

O médico possui amplo conhecimento na arte de curar. Cabe a ele, portanto, utilizar o cuidado e a perícia de acordo com as normas, do que os teóricos do direito denominam *lex artis ad hoc*. Da mesma forma, caso se pretenda imputar ao médico um ato errôneo, deve ser realizada uma análise das circunstâncias *ex post facto*, para determinar se a

execução dos atos médicos foi realizada na própria forma, ou se, pelo contrário, algum tipo de responsabilidade lhe é atribuída (BERTO; HOFFMANN, 2017).

Em sistemas jurídicos comparados, existem leis especiais que regulam a atividade médica. No Brasil, se um médico comete um delito, ele será analisado de acordo com as leis gerais (direito, civil e penal), sem exigir a essencialidade de normas especiais sobre o assunto. (MASSON, 2020).

Apresenta-se assim a responsabilidade penal, quando se impõem obrigações punitivas, que toda pessoa deve assumir, em decorrência da inobservância de condutas proibidas pelo direito penal. Estes, normalmente, estão privados de liberdade e protegem os valores sociais: vida, liberdade sexual, patrimônio, etc (CAPEZ, 2020).

No âmbito da responsabilidade penal, deve ser claramente definida quando se atua com dolo ou com culpa. Portanto, especificar isso é importante, pois um não deve ser confundido com o outro. O Código Penal, define sucintamente, em seu artigo 18, o que se refere ao dolo: “O crime é considerado doloso quando o agente prevê objetivamente o resultado e tem intenção de produzir esse resultado ou assume o risco de produzi-lo”.

Portanto, não é importante entrar em detalhes sobre essa questão, pois, como indicado acima, a ação do médico, quando se trata de imperícia, não pode ser intencional, mas culposa (GRECO, 2017).

Em seguida, deve ser esclarecido que o crime é definido como a ação típica, ilícita e culposa. É geralmente reconhecido que a tipicidade é composta por um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. Pertence ao tipo objetivo, o estudo da ação, o resultado, o nexo de causalidade (isto nos crimes de resultado), e os aspectos objetivos das várias formas de autoria e participação. Ao tipo subjetivo correspondem o estudo da fraude, os elementos subjetivos da culpa, bem como a análise de outros elementos subjetivos, tais como motivações, propósitos ou estados de espírito que, por vezes, são exigidos no Direito Penal (LOPES, 2019).

2.3 ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA PUNÍVEL (DOLO E CULPA)

A esta classe pertence o dolo (nas suas diferentes modalidades, direta ou eventual), bem como os elementos subjetivos da culpa: motivações, fins ou estados de espírito, que são, por vezes, exigidos pelo direito penal (imprudência, negligência, imperícia e violação regulatória). Além disso, pertence ao tipo subjetivo de tipicidade as "pretensões" (CAPEZ, 2020).

Nesta linha, dolo refere-se a quem conhece as circunstâncias de fato. A análise do dolo é baseada no artigo 18 do Código Penal que fala que quem quer praticar o ato criminalizado age com dolo, bem como o aceita, antecipando-se como menos que possível (CAPEZ, 2020).

No direito penal, são exigidas duas condições para a existência de fraude: por um lado, o elemento cognitivo, que é a qualificação da conduta pelo ordenamento jurídico, juntamente com a consciência do agente de que a sua ação se opõe à regulamentação penal; por outro lado, o elemento volitivo, que é a vontade de realizar o ato. Ou seja, é necessária a prática do ato ilícito, com a intenção de praticá-lo e para a obtenção dos fins já programados (DINIZ, 2020).

A culpa pertence, como já foi mencionado, ao elemento subjetivo da tipicidade. Diz-se que quem infringe o dever de diligência que lhe incumbe pessoalmente, age culposamente e pode prever o aparecimento do resultado. Para a prática do ato ilícito é necessário, sim, que haja relação entre a falta de cuidado do agente e o resultado produzido (ESTEFAM, 20218).

Geralmente se aceita que quem omite, podendo fazê-lo, age com culpa aquele comportamento que teria impedido a produção de um resultado prejudicial. Ou seja, em última instância, o erro consiste em não evitar o que com nossa diligência deveríamos e podíamos evitar; embora deva ficar claro que esta diligência não impõe um sacrifício, um poder, ou em geral uma atitude que está além do alcance de nossas possibilidades ou capacidades. Mas se o agente tem em mãos a possível manifestação do comportamento que evitaria o dano e não o assume, então se diz que há culpa de sua parte; e que seu erro consiste em não fazer uso da evitabilidade que as circunstâncias lhe oferecem para que o resultado prejudicial não seja realizado. Assim, a evitabilidade se torna uma característica essencial da culpa (NUCCI, 2020).

Uma segunda característica da culpa é a previsibilidade, que é a possibilidade de o sujeito prever os danos que sua conduta pode causar. Mas essa característica só pode ser questionada se a produção do resultado for evitável, pois, se for inevitável antecipá-la, não terá mais a mesma importância jurídica por não estar no domínio do agente (NUCCI, 2020).

2.3.1 IMPERÍCIA

A última modalidade da culpa é caracteriza pela imperícia, decaindo sobre a inaptidão do profissional no exercício do cargo, não tendo o agente qualificação mínima para

que exerça o ofício, podendo utilizar dos melhores meios e se atentar aos cuidados, mas lhe falta a habilidade que se necessita para o melhor resultado e segurança.

Nos ensinamentos de França (2017, p. 1440), podemos considerar a imperícia como sendo “é a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica [...], pela falta de habilidade ou pela ausência dos conhecimentos rudimentares exigidos numa profissão”.

O Código Internacional de Ética Médica recomenda, no momento em que o profissional se deparar com determinado paciente, onde os procedimentos a serem realizados fujam de sua alçada, encaminhe-o a um profissional que tenha aptidão necessária para realizar tais atos e cuidar para com a saúde de todos. Em se tratando de responsabilidade médica devemos adequar algumas características para que seja constituído, como sendo: o agente, a culpa, a ocorrência de um dano, nexo de causalidade coligando o ato com o resultado.

Desta forma, Minossi (2013, p.92), conceitua:

- A) O autor - É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente para o exercício da medicina, caso contrário, além de responsabilizado, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo;
- B) O ato – Deverá ser o resultado danoso de um ato lícito, pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia;
- C) A culpa – Consiste na ausência do dolo, ou seja, que o autor tenha produzido o dano sem a intenção de prejudicar, mas o tenha feito por: negligência, imprudência ou imperícia; e
- D) O dano – Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. O nexo causal – É a relação entre causa e efeito, um elo entre o ato e o dano.

Desta feita, solicita que averiguemos no que se enquadra a conceituação de erro médico. Podemos definir como sendo a má execução de um ato onde deveria ter sido realizada com maestria e com os devidos zelos, contudo o profissional age com desconformidade para as regras.

Nesse sentido, de acordo com França (2017), erro médico é qualquer falha que ocorra durante o atendimento à saúde que tenha causado algum tipo de dano ao paciente, podendo envolver outros profissionais envolvidos no atendimento ao paciente, em que não haja má-fé, nem haja necessariamente indícios de inexperiência, imprudência ou negligência que implique responsabilidade moral e jurídica. Dentro da modalidade de erros médicos, existem quatro: erro de diagnóstico, erro deliberado para prevenir mal maior, erro escusável ou profissional e erro grotesco. Vejamos:

A) Erro de diagnóstico: ao analisar os sintomas apresentados pelo paciente, o médico por falha humana ou técnica, não consegue distinguir ou até mesmo enquadrá-los sob alguma patologia tipificada, bem como em cenário em que o profissional da área registra uma doença outrora sem registro.

B) Erro deliberado: corresponde ao êxito para prevenir um mal maior, podendo ser correspondido a situações graves e sem prévia, em determinada situação onde o profissional não tem outra escolha senão a prática que poderá ou não ser precedida por danos ao paciente alvo de tal medida.

Seguindo este pensamento, Policastro (2019) explica que é necessário que o médico informe legalmente aspectos relacionados aos tratamentos realizados, tal como cirurgias ou outra atividade, bem como os riscos envolvidos, retirando assim sua culpa sobre eventuais problemas que possam ocorrer, uma vez que previsto que complicações possam ocorrer.

Nessa linha, destaca-se ainda que o erro, nessa situação, consiste em não informar possíveis problemas que possam ocorrer, além de ser necessário uma autorização acerca dos procedimentos realizados.

C) Erro Escusável: também chamado de erro profissional. É um tanto quanto ambíguo efetuar distinção entre erro profissional para o erro médico, contudo tal atitude está sendo realizada por parte de juristas. Se caracteriza o erro profissional como aquele que decorre da falha relacionada a medicina, não ao profissional que está a aplicando. A limitação da medicina, relacionada ao erro na conduta profissional, pode levar o profissional, mesmo que agindo eticamente, a erro.

D) Erro Grotesco: também conhecido como inescusável, sendo aquele aplicado pelo profissional por imprudência, negligência ou imperícia, provocando danos ao paciente. Podendo citar como exemplo: o procedimento médico que extrai um rim direito do paciente sendo que na realidade deverá ser retirado o rim do lado esquerdo, o qual não estava saudável.

Diane disto, pode-se perceber que diagnosticar erro médico não é de praxe, tarefa fácil a ser comprovada. Devendo preencher diversos requisitos, outrora expostos.

2.3.2 IMPRUDÊNCIA

Ao contrário da negligência, a imprudência é a realização de um procedimento quando este não deveria ser posto em ação. Nesse sentido, Misossi (2013), relata que a imprudência médica ocorre quando um profissional de saúde realiza uma ação imprudente,

colocando em risco a vida ou a recuperação de seu paciente. Essa forma de agir é previsível do ponto de vista objetivo. Assim, neste caso, pode ser perpetrado um crime, o qual é punível. Trabalhar com um paciente até a exaustão é uma imprudência médica que muitos internos e residentes experimentaram de maneira infeliz em um momento ou outro.

Ou seja, o médico realiza a ação, não sendo omissivo, como é o caso da negligência. Citando como exemplo: determinado médico efetua procedimento embriagado, acelera o procedimento em função de estar atrasado, nos casos supra o profissional não se atentou ao cuidado (FRANÇA, 2017).

Com base no exposto neste capítulo, observou-se que os objetivos das regras de responsabilidade profissional são prevenir erros e comportamento negligente por parte dos agentes, minimizando os custos totais e compensando as perdas de pacientes que sofreram danos. Sua análise econômica foca no primeiro objetivo e constrói modelos que buscam uma prestação eficiente de serviços de saúde.

Desse ponto de vista, tais normas são instrumentos úteis que devem criar os incentivos necessários para atingir a alocação ótima, equiparando o custo marginal do investimento em prevenção ao benefício marginal em termos de redução do custo esperado dos danos.

Dessa forma, para a existência de responsabilidade médica, não basta verificar a possível existência de um simples erro no diagnóstico ou na prescrição de uma terapia, mas antes a existência de um caso de culpa, ou seja, de negligência, de imputável falta de prudência; de um afastamento da *lex artis* (MASSON, 2020).

Diante da exploração do conceito de responsabilidade frente aos erros médicos, torna-se relevante discutir o conceito de erro médico em alguns cenários que relativizam este tipo de evento, uma vez que o erro médico é caracterizado diante de uma série de fatores que devem ser considerados de forma conjunta.

3. CONCEITO DE ERRO MÉDICO

3.1 ERRO MÉDICO X ACIDENTE IMPREVISÍVEL

Pelo fato de ser utilizada uma terminologia muito variada na bibliografia sobre o assunto, nem sempre coincidente, propõe-se um conjunto de definições, relativas aos conceitos utilizados para o erro, errar refere-se ao ato humano relacionado a não estar certo ou cometer um erro.

Implícita nesse conceito está a possibilidade de errar ao tomar uma decisão por meio da aplicação de critérios médicos. No entanto, convém mencionar a frase “errar é humano”, que remete à impossibilidade de ser infalível, inerente à nossa condição de pertencimento à espécie humana. No âmbito dos Direitos do médico, propostos pela Comissão Nacional de Arbitragem Médica, o médico é considerado um ser falível, no sentido de reconhecer sua falibilidade como ser humano, nos aspectos inerentes à sua profissão. (FRANÇA, 2017).

Em atenção ao postulado anterior, o que é um erro? Erro é: Conceito equivocado; Julgamento falso; Ação equivocada; Diferença entre um valor medido ou calculado e o valor real; Erro de boa-fé. Dessa forma, o erro médico trata-se de uma conduta clínica errada na prática médica, como consequência da decisão de aplicar um critério incorreto. (MORAES, 2017).

O termo “acidente médico” abrange uma variedade de situações em que um indivíduo pode ter sofrido, tais como uma lesão ou deterioração de uma condição existente devido a negligência médica ou negligência profissional. Desde o dia em que se nasce até o dia em que morre, existem todos os tipos de acidentes médicos que podem acontecer com uma pessoa, desde uma lesão ao nascer, ainda na maternidade, sendo até ser diagnosticado erroneamente com uma condição inofensiva enquanto desenvolve uma doença fatal. (MORAES, 2017).

Para Moraes (2017), muitos acidentes médicos são inevitáveis e são apenas respostas a emergências médicas, mas o sujeito pode ter direito a reivindicar indenização por acidente médico quando as circunstâncias eram evitáveis e este sofreu uma lesão devido à negligência de outra pessoa. A “outra pessoa” pode ser seu médico de família, um dentista,

parteira ou quiroprático, ou alguém que está sobrecarregado no hospital local e cometeu um erro devido à fadiga.

Todos os médicos devem ter um seguro médico para cobrir os momentos em que cometem erros que levam a lesões em seus pacientes e reivindicações são feitas contra eles para compensação de acidentes médicos. A maioria dos médicos ficaria absolutamente horrorizada ao saber que cometeu um erro que causou sofrimento físico e trauma psicológico, e raramente é o médico que causa um problema quando se trata de fazer um pedido de indenização por acidente médico, é mais provável que seja sua companhia de seguros.

3.2 ERRO MÉDICO X RESULTADO INCONTROLÁVEL

O erro médico causado por acidente imprevisível deve ser diferenciado daquele de resultado incontrolável; o acidente imprevisível é o resultado danoso de um caso fortuito ou de força maior, impossível de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias, o resultado incontrolável é aquele que deriva de uma situação incontrolável, de curso inexorável, própria do evolução da doença, quando até o momento da ocorrência, a ciência e a competência profissional não têm solução (FRANÇA, 2017).

Além disso, destaca-se que é possível diferenciar um erro médico causado por um acidente imprevisível e um resultado incontrolável. Acidente imprevisível é o resultado danoso, resultado de caso fortuito ou força maior, que não pode ser previsto ou evitado, independentemente do autor em idênticas circunstâncias. Por outro lado, o resultado incontrolável é aquele derivado de uma situação incontrolável, com curso inexorável, típico da evolução do caso, quando até o momento da ocorrência, a ciência e a competência profissional não têm solução (POLICASTRO, 2019).

Como regra geral, o médico não pode se comprometer na medida em que as variáveis incontroláveis resultantes o permitam. Obrigação de fazer, sim, mas de fazer "só o que estiver ao seu alcance". Obrigação de assistir medicamente alguém, colocando todo o conhecimento e todo o cuidado de sua parte com vistas a alcançar um resultado que, se não alcançado, dependerá, então, de outras circunstâncias fora do controle do profissional médico (POLICASTRO, 2019).

Esta maneira diferente de ver a questão foi introduzida no direito por Schlossmann, para quem em qualquer obrigação a conduta do devedor deve ser distinguida do resultado obtido com essa conduta, como indica o texto Godinho (2021), o objeto da

obrigação não consistiria em dar, fazer ou não fazer algo; o objeto da obrigação seria “a atividade do devedor”, o fim da obrigação seria o resultado, mas esse fim pode ou não ser alcançado.

França (2017) revisou tal teoria dizendo que existem obrigações que perseguem não apenas a conduta do devedor, mas um resultado específico de modo que em vez de produzir um resultado, em outros casos o devedor é legalmente ou convencionalmente obrigado a tomar certas medidas que normalmente levam a um resultado. O médico não promete a cura; ele só promete seus cuidados.

As obrigações são de meio quando o resultado para o qual apontam excede o que o credor pode justamente exigir do devedor. Essa classificação ajuda no árduo trabalho que corresponde aos juízes para determinar, em cada caso concreto e de acordo com as circunstâncias, se a obrigação foi cumprida ou não, ou, melhor ainda, se o benefício ou benefícios que impõem foram ou não executado.

3.3 ERRO MÉDICO X OMISSÃO DE SOCORRO

A omissão de socorro médico é abordada no artigo 58 do Código de Ética Médica, no qual caracteriza a omissão frente a um contexto emergencial onde o paciente não tem outra possibilidade de atendimento, de modo que o profissional se nega a atendê-lo. A omissão de socorro também é descrita no Código Penal, que informa que deixar de prestar assistência, preferencialmente sem expor aos riscos, à criança em condição de abandono, à pessoa inválida ou ferida, também se caracteriza como omissão de socorro (GOMES, 2017).

De forma geral, a omissão é um ato falho, que geralmente atrai consequências jurídicas diferentes da conduta positiva. No Direito Penal, a omissão constitui um *actus reus* e dá origem a responsabilidade apenas quando a lei impõe um dever de agir e o arguido infringe esse dever. No direito de responsabilidade civil, do mesmo modo, a responsabilidade por omissão só será imposta excepcionalmente, quando se possa estabelecer que o arguido tinha o dever de agir (POLICASTRO, 2019).

Em relação à origem do conceito de omissão, no Direito Penal, não havia dever geral de cuidado devido aos concidadãos. A visão tradicional foi encapsulada no exemplo de assistir uma pessoa se afogar em águas rasas e não fazer nenhum esforço de resgate, onde utilizou-se a seguinte frase como argumentação: "Não matarás, mas não precisas se esforçar,

oficialmente, para manter outro vivo" (SAVI, 2012) em apoio à proposição de que a omissão não atrai responsabilidade criminal.

No entanto, tais falhas podem ser moralmente indefensáveis e, tanto as legislaturas quanto os tribunais impõem responsabilidade quando a omissão é suficientemente censurável para justificar a criminalização. Alguns estatutos afirmam explicitamente que o *actus reus* consiste em qualquer "ato ou omissão" relevante, ou usam uma palavra que pode incluir ambos. Assim, a palavra "causa" pode ser tanto positiva no sentido de que o acusado prejudicou proativamente a vítima quanto negativa no sentido de que o acusado intencionalmente deixou de agir sabendo que essa falha causaria o dano relevante (CORREIA; LIMA, 2012).

Nos tribunais, a tendência tem sido usar testes objetivos para determinar se, em circunstâncias em que não haveria risco à saúde ou ao bem-estar do acusado, o acusado deveria ter tomado medidas para evitar uma lesão previsível sofrida por uma determinada vítima ou uma de uma classe de vítimas em potencial.

4. JURISPRUDÊNCIA – ERROS MÉDICOS

O erro médico é um tema abordado desde a antiguidade, pois a profissão médica é uma das mais antigas do mundo, e os erros entre os que a exercem também são um problema milenar. No Egito e na Roma Antiga, a punição pelo erro do médico preconizava a boa responsabilidade civil desses profissionais.

O papel social dessa profissão tem raízes no poder de cura e salvação, com uma formação fortemente marcada pela busca da infalibilidade e influenciada pela mensagem hegemônica de que erros com pacientes são inaceitáveis. No entanto, na modernidade, com o advento das novas tecnologias, a área médica vem evoluindo, e a diversidade de erros médicos acompanhou esse movimento. Essa situação se enquadra no papel social dos médicos e tem gerado uma série de discussões sobre um novo perfil para esses profissionais, em que a cautela e o cuidado com o paciente são temas centrais.

No Brasil podem ser verificados diversos processos que envolvem erro médico, dos quais a seguir serão destacados alguns casos.

O primeiro caso abordado aqui analisando a jurisprudência brasileira refere-se a uma acusação contra um hospital, iniciada em 2017, onde a acusação aponta que o provimento jurisdicional que condene os requeridos ao pagamento de indenização por danos morais e que obrigue as rés a entregar o fármaco 'Calcitrol', na dosagem de 0,25/mcg de forma permanente, sem quaisquer autorizações ou declarações periódicas. No entanto, neste caso, a paciente foi advertida dos riscos de seu procedimento médico, conforme indicado abaixo:

Apresentava múltiplos nódulos em ambos os lobos, o maior com 2,3x1,8 cm. Já havia feito três punções aspirativas de tireoide as quais não foram conclusivas. Na época da cirurgia, relatava engasgar-se com facilidade e rouquidão. Os exames pré-operatórios eram normais. Em prontuário médico, existe relato de consulta do dia 23/11/2010 onde consta que foi explicado o risco de hipoparatiroidismo pós-cirúrgico e a possibilidade de lesão de nervo laríngeo recorrente e que a paciente estava de acordo em realizar o procedimento. Na descrição cirúrgica, consta que o procedimento foi sem intercorrências e que foram identificados os nervos laríngeos recorrentes e as glândulas paratireoides superiores e inferiores. [...] Entretanto, devido à sua localização, o tamanho aumentado da glândula tireoide e possíveis aderências, o quadro de hipoparatiroidismo pode ocorrer. Em algumas séries, até 20% de casos de hipoparatiroidismo podem ocorrer após uma tireoidectomia total e 0,8-3% em casos de tireoidectomia parcial. (TRF-4 - AC: 50200751220134047100 RS 5020075-12.2013.404.7100, Relator: CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 19/04/2017, QUARTA TURMA).

No respectivo caso alega-se que não se pode confundir erro médico - efetivo equívoco no procedimento - com complicação decorrente da própria natureza do procedimento. Assim, não se verificou erro médico capaz de ensejar indenização. Logo, observa-se que diversos fatores estão inseridos no campo da responsabilidade médica, que considera, entre outras questões, riscos eminentes nos procedimentos realizados. Sendo assim, é necessário investigar e entender que uma consequência de algum ato médico se dá em função de sua negligência ou em função do risco do respectivo procedimento.

Logo, neste caso, além do hospital e equipe médica serem inocentados, a parte acusadora ainda teve que arcar com todos os honorários da equipe de advogados do hospital, levantando outra questão, que é a capacidade de acessar judicialmente uma instituição de saúde.

Além dos erros que geram consequências físicas e mentais para os pacientes tem-se outros casos em que uma pessoa perde seu ente querido, como por exemplo, a perda do cônjuge, mãe ou pai. Um outro caso traz uma ação contra uma operadora de plano de saúde em função da morte da esposa do autor.

Neste processo o autor acusa um integrante (médico) do serviço de operadora de cometer erro médico que teria levado sua esposa a óbito. De forma geral, neste caso a esposa do autor estava em tratamento nos rins pelo período de um ano, enquanto isso nenhuma outra medida foi adotada para solucionar seu problema de saúde, que segundo o autor e laudo consistia em uma cirurgia, como descrito abaixo:

Houve negligências desde o começo do tratamento com o a paciente. Não justificando os Apelados e nem o Perito, qual foi a real recusa em autorizar em 2012 a cirurgia para retirada dos nódulos e o que levou a optar pelo meio alternativo, que foi o uso de cateter, que durante um ano causou desconforto e dores insuportáveis a esposa do apelante, que veio a falecer. (TJ-SP 10110035020158260020 SP 1011003-50.2015.8.26.0020, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 21/02/2018, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/02/2018).

Neste caso, os documentos indicam um agravamento do quadro de saúde da paciente, o que, segundo os relatórios da equipe médica, inviabilizou a relação da cirurgia, restando apenas o aspecto da troca do cateter, que, também segundo o relatório, não possui nenhuma influência direta sobre o quadro de saúde da paciente, não caracterizando, portanto, erro ou negligência médicas.

Sendo assim, o respectivo processo indica que não houve qualquer interferência negativa por conta das condutas médicas ou do requerido que contribuísse negativamente para a evolução da doença cancerígena que foi portadora, a qual foi a causa do óbito. Tem-se,

portanto, que a morte da esposa do apelante, conquanto certamente tenha ocasionado sofrimento ao viúvo, foi resultado da evolução natural da doença de que ela padecia, não podendo ser imputada à apelada qualquer responsabilidade por falha na prestação dos serviços médicos a ela despendidos.

O que se nota desses dois processos analisados até o momento é que o erro médico é uma ação notoriamente negligente junto ao paciente, que por meio de perícia é confirmada, expondo que casos de mortes ou sequelas permanentes, por vezes, são riscos inerentes aos procedimentos médicos e estes estão devidamente respaldados por lei.

Alguns estudos dão uma visão geral dos erros médicos no Brasil. No Estado de Goiás, os pacientes e seus familiares registraram 2.293 queixas entre 2000 e 2006. Destas, 31,6% foram relacionadas à incompetência profissional, ou seja, queixas relacionadas à insatisfação com o resultado do tratamento, óbito do paciente e outros erros. Em outro estudo brasileiro, pesquisadores realizaram uma revisão de publicações produzidas sobre erro médico em duas bases de dados de interesse da área da saúde. Constataram que a literatura produzida sobre o tema nos últimos dez anos foi escassa, com média de pouco mais de uma publicação por ano.

Em 2017, as práticas médicas brasileiras contavam com 400.000 profissionais cadastrados, com uma taxa de 2 médicos por 1.000 habitantes (SCHEFFER, 2018). Entre 2000 e 2004, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) investigou denúncias contra médicos daquele estado no ordenamento jurídico brasileiro e encontrou um total de 353 decisões proferidas na esfera cível e 23 na esfera criminal. Desse total, aproximadamente 46% das decisões foram a favor do paciente, com indenização por danos morais. O mais alto grau de condenação aplicado aos médicos acusados, ou seja, o ato praticado por esses profissionais infligiu dor ou sofrimento à vítima.

Os conselhos médicos no Brasil são organizados por Estados, e têm como objetivo fiscalizar a ética profissional em todo o território sob sua jurisdição e, ao mesmo tempo, julgar e disciplinar a classe médica, priorizando o perfeito desempenho ético da medicina e seu exercício legal (FRANÇA, 2017).

Embora o Código Brasileiro de Ética Médica, que foi aprovado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em setembro de 2009, a Resolução CFM nº. 1931/09, não explicita diretamente o conceito de erro médico, declara no artigo 1º do Capítulo III que é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizado por incompetência, imprudência ou negligência (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE BRASIL, 2013).

No entanto, achamos importante destacar os principais conceitos de erro médico, pois incluem as diretrizes regidas pelos órgãos de saúde mundiais competentes e os trabalhos científicos que vêm sendo desenvolvidos. Com base nisso, é possível afirmar que as vítimas de erro médico não são levadas em consideração nesse tipo de discussão e investigação. Estudos brasileiros têm dado mais ênfase ao número de reclamações registradas pelos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), aos procedimentos disciplinares aplicados e ao perfil dos médicos notificados, além de fornecer algumas regras importantes sobre o que os médicos devem fazer para evitar erros e para que seus pacientes não sofram incômodos (FRANÇA; FERREIRA; ARAÚJO, 2018).

Curiosamente, as vítimas de erros médicos não aparecem muito na literatura científica, e há uma falta de investigação científica sobre a autopercepção das vítimas de erros médicos. Nenhuma voz foi dada a essas pessoas na tentativa de compreender o fenômeno de ser vítima do erro e do sofrimento envolvido. Neste artigo, é possível compreender como é ser vítima de erro médico no Brasil e investigar as circunstâncias que se impõem nesse processo, a partir da experiência e narrativas de pacientes que foram vítimas.

A perspectiva fenomenológico-existencial utilizada neste estudo está pautada no pensamento de Heidegger, seguidor de Husserl. Essa perspectiva surgiu como um desafio ao modo tradicional de pensamento ocidental, questionando se a ciência moderna poderia tornar a vida humana mais significativa. O impulso da investigação deve partir das coisas e dos problemas, tomando como ponto de partida o conhecimento de volta às próprias coisas: um retorno à experiência (HEIDEGGER, 2009).

Essa concepção busca realizar uma profunda reflexão sobre a experiência, que assim permitiria atingir a essência do conhecimento, pensando sempre na compreensão do homem e do mundo, desde sua própria existência. A fenomenologia elege como base o seu próprio modo de ser do homem, ou seja, busca disponibilizar o que através da metafísica permaneceu oculto para o pensar.

O estigma em relação ao erro médico é algo ainda pouco discutido, porém pode-se observar que a vítima tem lutado para ser aceita por ela ou pela sociedade. O estigma é tudo o que não se encaixa bem com o quadro de expectativas sociais sobre determinado indivíduo. Todas as sociedades definem categorias sobre os atributos considerados normais, naturais e comuns do ser humano, e quando isso não ocorre o estigma do indivíduo, cuja identidade social real inclui qualquer atributo que frustrasse as expectativas de normalidade. O que se vê facilmente na sociedade brasileira em relação à vítima de erro médico.

O referencial teórico da perspectiva fenomenológico-existencial foi de grande valia para a experiência das vítimas favorecendo a compreensão do fenômeno, a partir de sua existência, seu modo de estar no mundo e a forma como cada um responde e ainda responde ao que foi apresentado em caso, o erro médico. Nessa perspectiva, o erro não seria superado pelo fato de fazer parte da essência daquela pessoa que viveu e experimentou o erro médico em sua própria vida. É preciso reconhecer que a saúde pública no Brasil precisa melhorar em vários aspectos.

Após vinte e cinco anos de existência, o Sistema Único de Saúde, o sistema nacional de saúde brasileiro, ainda apresenta desafios a serem superados, como os citados pelos participantes da pesquisa. A população cresceu e a lógica proporcional dos profissionais de saúde ainda precisa ser melhor gerenciada e distribuída. A demanda cresceu tanto que a quantidade e qualidade de equipamentos e mão de obra já são insuficientes para um atendimento mais humanizado.

5. RESPONSABILIDADE E O ERRO MÉDICO

Os casos de negligência médica surgem quando um paciente é prejudicado ou considera que foi prejudicado por um médico, enfermeiro ou outro profissional médico, que deixou de indicar ou aplicar o tratamento adequado à saúde.

A imperícia ou imperícia médica, como aborda Savi (2006), é caracterizada pelo fato de a pessoa que prestou o atendimento ter agido com negligência, imprudência ou inexperiência, implicando que essa pessoa não era competente ou razoavelmente habilidosa e prejudicando o paciente, até mesmo a ponto de causar sua morte.

Para Gomes (2017), erros de diagnóstico e de medicação são responsáveis por uma grande porcentagem de reclamações em ações de negligência médica. Quando o médico não diagnostica uma doença grave ou não indica o tratamento e/ou medicamentos corretos, o paciente pode perder oportunidades de evitar complicações, danos colaterais e suas consequências.

Processos de negligência médica levaram à promulgação de leis para tratar de vários aspectos desses problemas; isso, aliado à reação das seguradoras que, por meio de valores-teto mínimo/máximo e outros condicionantes, tentam evitar o pagamento de indenizações quando surge uma situação adversa para seus segurados, tem gerado a prática da “medicina defensiva”. Isto é as reivindicações de responsabilidade

Como descreve França (2017), a confiabilidade médica aumentou muito os custos da saúde, forçando uma quantidade significativa dos escassos recursos disponíveis para o setor de saúde a serem desviados para o sistema legal para atendimento ao paciente, pesquisa e formação de mais médicos. Se o médico pratica medicina defensiva depende mais de sua percepção do risco de ser processado do que de outros fatores.

Nessa linha, pode-se entender que “responsabilidade” é a consequência do descumprimento, ou seja, a obrigação de prestar contas dos próprios atos. Uma profissão implica a capacidade qualificada com que a pessoa, por meio de uma atividade, desempenha sua vocação dentro de um quadro escolhido, determinando sua participação na sociedade. Serve como meio de subsistência e deve influenciar positivamente a economia da comunidade.

Desta forma, a responsabilidade médica profissional é a obrigação que os médicos e todos os profissionais médicos têm de reparar e satisfazer as consequências dos seus atos,

omissões e erros, voluntários e involuntários, cometidos no exercício da sua profissão. O médico está sujeito à responsabilidade legal quando age com negligência, incompetência e/ou imprudência.

Segundo Nucci (2020), a negligência é a violação dos princípios elementares inerentes à profissão; é que sabendo o que deve ser feito, ele não o faz, ou inversamente, sabendo o que não deve ser feito, ele o faz. Em outras palavras, existe quando em determinada situação o médico não age como qualquer um de seus colegas com os conhecimentos e habilidades necessários faria, em igualdade de circunstâncias.

Vale destacar que a imperícia, é a falta de habilidades ou conhecimentos básicos, essenciais para o exercício de uma determinada arte ou profissão. A imprudência consiste em enfrentar um risco sem ter tomado as devidas precauções para evitar suas possíveis consequências, procedendo com pressa desnecessária, sem considerar os inconvenientes que possam resultar dessa ação ou omissão. A imprudência está indo além dos limites razoáveis.

A sanção pela prática médica ou omissão qualificada como crime pode consistir mesmo na privação da liberdade e/ou suspensão do exercício profissional. A responsabilidade civil refere-se à obrigação de reparar o dano causado a outrem. Quando decorre de uma ação inadequada ou contrária ao estabelecido, é chamada de “responsabilidade subjetiva” (LOPES, 2019). Quando o dano resulta do uso de mecanismos, instrumentos, dispositivos ou substâncias perigosas permitidas por lei, denomina-se “responsabilidade objetiva” ou “risco criado”.

Quando se fala em responsabilidade civil do médico, referimo-nos à obrigação legal de indenização econômica pelos danos causados por imperícia. De acordo com a legislação sanitária, a assistência médica deve ser realizada de acordo com os princípios científicos e éticos com os quais a *lex artis* médica orienta sua prática. Se um prestador de serviço de saúde causar algum dano a um paciente por não aderir à *lex artis* estabelecida para o caso específico, ele incorre em responsabilidade civil (MASSON, 2020).

A responsabilidade administrativa começa com uma reclamação a partir da qual integram o processo do reclamante. Até este ponto pode haver possibilidades de uma conciliação. Se isso não acontecer, o procedimento continuará finalmente emitindo uma resolução. A resolução pode exonerar o prestador de serviços de saúde da responsabilidade; caso contrário, é emitida uma recomendação ou sanção: suspensão, demissão, inabilitação temporária ou permanente e/ou pagamento de indenização. No caso de servidor público, é viável sua inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos, cargos ou comissões no serviço público, bem como uma possível sanção econômica.

A responsabilidade médica é a obrigação ética e legal do médico de responder pelos atos que praticar no exercício de suas ações profissionais. O médico responsabilizado é responsável na medida em que assume integralmente o cuidado de seu paciente, que nele depositou sua confiança ao solicitar seus serviços profissionais (FRANÇA, 2017).

Em relação ao âmbito legal no exercício da profissão médica, no exercício da Medicina, errar não é passível de perdão, como pode acontecer com outras profissões, pois gera consequências para a saúde e este é um dos direitos humanos fundamentais protegidos por lei. O médico está sujeito à responsabilidade legal quando age com negligência, incompetência e/ou imprudência.

Também é necessário considerar que erro médico se trata do dano causado ao paciente pela ação ou omissão do médico no exercício de sua profissão, sem cometê-la intencionalmente, conduta clínica incorreta, aplicação de critérios equivocados, etc. e decorre na obrigação de responder pelos danos causados.

Nesse sentido, segundo Kfoury Neto (2021), é importante distinguir entre o erro e a imperícia médica, uma vez que o erro pode ser escusado por não ter a gravidade da negligência médica, condição sobre a qual o Judiciário é muito claro.

É importante salientar que, conforme expresso no Juramento de Hipócrates, o médico não é obrigado a garantir a cura do paciente, mas a utilizar as técnicas adequadas de acordo com o estado atual da ciência médica e as circunstâncias concomitantes do caso. Da mesma forma, o médico dispõe de orientações ou protocolos emitidos pelas autoridades de saúde que definem os critérios a serem considerados no exercício da sua profissão para não incorrer em eventual erro médico.

Atualmente, alguns médicos aplicam procedimentos diagnósticos de forma superficial e incompleta; O interrogatório exaustivo minucioso e o exame físico minucioso não são praticados por todos e subordinam essa responsabilidade a estudos de gabinete e procedimentos diagnóstico-terapêuticos sofisticados e caros com o objetivo explícito de evitar controvérsias e ações judiciais posteriores (LOPES, 2019).

Outras causas atribuíveis ao médico são as deficiências em seus conhecimentos, habilidades, devido as falhas em sua formação básica ou pós-graduada, com programas provavelmente muito técnicos, mas pouco clínicos, focados na pesquisa, mas desvinculados da solução dos problemas cotidianos.

No que tange ao problema destacado no início deste estudo, é comum que alguns médicos, muitos deles sem a formação formal necessária, invadam campos ou especialidades que não dominam, ou então, por excesso de confiança, realizem procedimentos que

ultrapassam sua capacidade, expondo o paciente, no melhor dos casos, à complicações ou pós-operatórios longos, tortuosos e onerosos, que por vezes comprometem sua vida.

Um aspecto importante da relação médico-paciente é a comunicação. Um número significativo de não conformidades tem sua origem na falta de informação ao paciente sobre sua doença, seu tratamento e seu prognóstico. O consentimento informado visa permitir ao paciente conhecer os riscos e benefícios dos procedimentos diagnósticos e terapêuticos propostos, bem como aceitar ou rejeitar sua realização, evitando muitas controvérsias.

Outro fator importante na atuação do médico, e causador de problemas, é o pagamento por terceiros ou medicamentos pré-pagos, como medicina institucional, seguradoras e administradoras de serviços de saúde. Esses "pagadores" frequentemente limitam o médico na indicação de exames laboratoriais e de gabinete, consultas com especialistas e alguns tratamentos devido ao seu alto custo ou por não os possuírem, resultando na não conformidade do paciente (BERTO; HOFFMANN, 2017).

A qualidade do atendimento pode ser comprometida pela ocorrência de um erro médico, definido como o ato cujo resultado é um erro, não havendo má-fé ou elementos de imperícia. O erro é a causa mais frequente de consequências indesejadas do atendimento médico, acima da negligência.

Haverá imperícia médica quando o dano for causado ao corpo ou à saúde de uma pessoa física, seja este dano parcial ou total, limitado no tempo ou permanente, como resultado de uma ação profissional realizada com imprudência, negligência ou inexperiência em sua profissão, ou por não observar as regras das funções que lhe incumbem, desviando-se das normas legais aplicáveis (NUCCI, 2020).

Ainda seguindo com Nucci (2020), outro aspecto importante em relação ao erro médico diz respeito à medicina preventiva. Isso é ainda mais agravado por médicos que atuam em áreas que não são de formação, ou seja, fora de sua especialidade.

A medicina defensiva é o conjunto de comportamentos desenvolvido por médicos para se proteger e evitar ser processado por negligência. Ações judiciais e extrajudiciais são a principal causa desse comportamento defensivo do médico; nesse sentido, a relação médico-paciente tradicional mudou substancialmente. O médico seleciona seus casos e rejeita ou encaminha aqueles que considera de risco, solicitando múltiplos estudos, muitas vezes desnecessários, para evitar alegações de omissão ou falta de evidências para diagnóstico e tratamento. Realizar intervenções cirúrgicas preventivas (desnecessárias) ou deixar de fazer outras que sejam necessárias para evitar se envolver com suas implicações e possíveis complicações, reclamações de seus pacientes, familiares e possíveis litígios (SAVI, 2006).

Nesse contexto, as seguradoras criaram o chamado seguro de proteção médica, com aumentos progressivos do prêmio, contribuindo para o aumento do custo dos medicamentos. A medicina defensiva foge dos padrões éticos e é completamente ineficaz como estratégia de prevenção de reclamações do paciente, pois não contribui para uma boa relação médico-paciente e agrega riscos profissionais, como a realização de procedimentos médicos não indicados e desnecessários. A solução para os problemas da medicina defensiva está na prática da medicina assertiva, praticada com amplo conhecimento da profissão, sólida base ética, atuação profissional e ambiente médico-legal adequado (LOPES, 2019).

A medicina defensiva não é ética, mas o médico não é o único responsável pela sua origem e existência. O médico se protege solicitando exames, prescrevendo medicamentos ou realizando procedimentos cirúrgicos para evitar problemas, mas esse procedimento inadequado é consequência de sua formação pessoal, tanto de seu preparo precário ou desatualizado quanto de sua inadequada formação ética e moral dentro da família, na escola e no seu meio social. Por meio da medicina defensiva, pretende-se proteger contra uma possível reclamação futura do paciente. É considerada uma forma antiética de exercício profissional, uma vez que o ato médico deixa de ter o paciente como objetivo central, passando para o próprio médico (LOPES, 2019).

Neste sentido, o médico é obrigado a cumprir o que a lei e a Medicina indicam, pelo que o seu descumprimento o obriga a responder ao seu doente. Entre as causas atribuíveis ao paciente como motivo de medicina defensiva são listados três aspectos.

O primeiro aspecto refere-se à maior cultura médica. A escolaridade da população aumentou, a população tem acesso aos meios de comunicação de massa como televisão, rádio, jornais, internet, que divulgam notícias sobre novos medicamentos, procedimentos diagnóstico-terapêuticos e processos judiciais contra médicos por suposta negligência, o que os mantém alertas e expectantes quando vão ao ambulatório e mais ainda quando precisam ser internados ou submetidos a estudos ou intervenções cirúrgicas.

O segundo aspecto diz respeito ao sistema pré-pago para serviços médicos e seguros. O fato de o paciente não selecionar seu médico predispõe ao inconformismo; dessa forma, surgem controvérsias tanto nas empresas privadas de serviços de saúde quanto nas instituições médicas administradas pelo Estado.

E por fim, o terceiro aspecto legitima a demanda da sociedade por atendimento médico oportuno, humanizado e de qualidade, gera reivindicações imediatas quando suas expectativas não são atendidas e estimula a postura defensiva do médico em sua atuação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal missão da profissão médica é participar no processo de cuidar dos doentes, de forma a contribuir para a recuperação da sua saúde. Dentro deste conceito está imerso o preceito indicado por Hipócrates, relativo ao “primeiro não causar dano”, e o postulado de Avedis Donabedian de “buscar o máximo benefício para os pacientes, expondo-os ao mínimo risco”.

O médico, como parte inerente à sua profissão, tem um compromisso com o paciente e com a sociedade. Portanto, deve estar bem preparado para prevenir um erro, evitar um evento adverso ou identificá-lo em tempo hábil para evitar suas consequências, evitar danos secundários, consequências ou a morte de um paciente. São requisitos essenciais em sua prática: preparo adequado, atualização permanente, ato médico realizado de acordo com os procedimentos e conhecimentos médicos atuais, com decisões baseadas em critérios fundamentados em evidências e, na medida do possível, em ampla experiência.

Nesse contexto, diante do aumento das ações judiciais por negligência e imperícia médica, os profissionais de saúde têm buscado a aplicação de medidas para evitar um conflito médico-legal, dando origem à medicina defensiva. A prática da medicina defensiva aumenta significativamente os custos da assistência médica, atrasa o estudo e o tratamento dos pacientes, às vezes torna a medicina privada inacessível às pessoas de baixa renda, afeta a capacidade econômica das instituições de ter os insumos necessários e limita a evolução da medicina Ciência.

Ações judiciais por imperícia médica, especialmente em caso onde o médico atua em uma área que não é de sua especialização, obrigaram os profissionais médicos a fazerem um seguro contra essas eventualidades. Atualmente, em muitos hospitais privados e instituições de saúde do país, os médicos são obrigados a ter um seguro de erro médico para que possam trabalhar lá, serem contratados ou aceitos como residentes.

A responsabilidade médica decorre das ações de um profissional, do descumprimento de normas do trabalho, de uma infração de ordem administrativa ou de uma lei penal, cujas consequências jurídicas serão diferentes em cada um dos casos.

Para determinar a responsabilidade por imperícia médica, os tribunais se baseiam no conceito de *lex artis*. Também é admitida a participação de especialistas da área (*experts*) para apurar a existência de erro médico, uma vez que os juízes não possuem conhecimento

técnico para determinar se um profissional médico seguiu as normas estabelecidas pela comunidade médica.

A ética médica exige a redução e prevenção do erro. A prática profissional do médico e demais participantes envolve riscos, portanto, não devem ser garantidos resultados positivos ao paciente para evitar que, caso isso não aconteça, possa surgir uma reclamação por erro médico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Thereza Meirelles; BARBOSA, Amanda Souza. **Dano iatrogênico e erro médico: o delineamento dos parâmetros para aferição da responsabilidade.** Revista Thesis Juris, v. 6, n. 1, p. 186-209, 2017.

BERTO, Lorena Teruel; HOFFMANN, Eduardo. **Responsabilidade civil no erro médico.** Revista Thêma et Scientia, v. 7, n. 1, p. 44-57, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120).** 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BRASIL. **Código penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso: 10 de março de 2022.

CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do superior tribunal de justiça - STJ.** Revista Jurídica, v. 3, n. 36, p. 262-289, dez. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 27. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos.** Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, v. 150, n. 112, p. 59-62, 2013.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, p. 22, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Imprensa: São Paulo, Saraiva jur, 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120).** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FRANÇA, Danielle Cristina Honorio; FERREIRA, Laura Alencar; ARAÚJO, Eleno Marques de. **Avaliação dos índices de negligência Médica no Estado de Goiás**. Disponível: <<https://www.unifimes.edu.br/ojs/index.php/coloquio/article/view/486>>. Acesso: 12 de abril de 2022.

FRANÇA, Genival Veloso De. **Direito Médico**. 14ª edição. 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FUJITA, Reginaldo Raimundo; SANTOS, Ilian Cardoso dos. **Denúncias por erro médico em Goiás**. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 55, n. 3, p. 283-289, 2009.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Responsabilidade civil e medicina**. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

GOMES, Talita Rodrigues. **O erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 6, n. 1, p. 72-85, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11º ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

LAMAS, Lívia Paula de Almeida. **A responsabilidade civil por erro médico à luz da legislação brasileira**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61288/aresponsabilidade-civil-por-erro-medico-a-luz-da-legislacao-brasileira>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

LOPES, Caetano Levi. **A responsabilidade civil e o erro médico genômico**. Revista Amagis Jurídica, n. 1, p. 83-101, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** - v. 1. - 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MINOSSI, José Guilherme; SILVA, Alcino Lazaro Da. **Medicina defensiva: uma prática necessária?**. Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 1, 28 ed., 2012.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP - volume 1. - 34. ed. -** São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin De. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-constitucional dos Danos Morais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Ação ajuizada contra a operadora de plano de saúde em razão do falecimento da esposa do autor. Responsabilidade objetiva da operadora do plano de saúde por erro médico perpetrado por profissional integrante de sua rede credenciada. Laudo pericial que não evidenciou a ocorrência de erro médico. Morte da esposa do autor que decorreu da evolução natural da doença de que padecia, não podendo ser imputada ao plano de saúde qualquer responsabilidade por falha na prestação dos serviços médicos a ela despendidos. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP 10110035020158260020 SP 1011003-50.2015.8.26.0020, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 21/02/2018, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/02/2018)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TIREOIDECTOMIA TOTAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ERRO MÉDICO, CULPA OU RESPONSABILIDADE DA EQUIPE MÉDICA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO QUANTO À INOCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. NÃO-COMPROVAÇÃO DO DIREITO A RECEBER O MEDICAMENTO PRETENDIDO DE FORMA PERMANENTE E NA DOSAGEM INDICADA. Sentença de improcedência mantida. Apelação conhecida, mas improvida. (TRF-4 - AC: 50200751220134047100 RS 5020075-12.2013.404.7100, Relator: CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 19/04/2017, QUARTA TURMA)

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. Atlas, 2006.

_____. **Responsabilidade civil por perda da chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHEFFER, Mário, et al. **Demografia médica no Brasil 2018**. 2018.