

A RESPONSABILIDADE PENAL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO¹

Rosemari de Almeida dos Santos²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 RESPONSABILIDADE PENAL; 2.1 EXCLUDENTES DE ILICITUDE; 3 RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA; 3.1 MODALIDADES DE CULPA; 3.1.1 Negligência; 3.1.2 Imprudência; 3.1.3 Imperícia; 3.2 ESPÉCIES DE ERRO MÉDICO; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: A responsabilização penal no caso de erro médico é pautada na culpa em sentido estrito. Isso quer dizer que não basta a comprovação da autoria e materialidade do crime, sendo imprescindível a comprovação do elemento subjetivo culpa, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia. É um tema de destaque, pois envolve o bem jurídico mais precioso do ser humano, a vida, sendo crescente o número de denúncias nesse sentido. Visando a busca de solução para o problema, o presente trabalho foi desenvolvido com a utilização do método dedutivo, onde se buscou entender as causas desse aumento e quando deve o médico ser punido. Abordou-se a responsabilidade penal de maneira geral e a responsabilidade penal médica, fornecendo o conceito de crime e os elementos que o constituem. Esclareceu-se que as excludentes de ilicitude podem afastar a responsabilização penal e trouxe algumas hipóteses de erro médico. Por fim, verificou-se que apesar de ser um tema recorrente, as ações e condenações penais não são tão comuns, pois a comprovação deste crime não é tarefa fácil. No mais, verificou-se que a solução para esses conflitos, não deve ser pautada na condenação ou na majoração das penas cominadas, e sim na melhora da relação médico-paciente, na melhora do ensino das faculdades de medicina e das condições de trabalho, assim como, na observação dos deveres gerais de cuidado, nas regras estabelecidas no Código de Ética Médica, Código Penal e demais legislações correlatas.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade penal, Erro médico, Culpa

RESUMÉ: *La responsabilité pénale en cas d'erreur médicale est rayée en la faute au sens strict. Ça signifie que n'est pas assez la preuve de l'auteurie et de la matérialité du crime, c'est indispensable la confirmation de l'élément subjectif faute, caractérisé par négligence, imprudence ou impéritie. C'est un thème importante parce-que enveloppe l'objet plus précieux de la personne, la vie. C'est croissant le numéro de dénonciation en ce sens. Afin de trouver la solution au problème, le travail s'est développé avec l'utilisation de la méthode déductive, où il s'est cherché comprendre les causes de cet accroissement et quand le médecin doit être puni. Il s'est abordé la responsabilité pénale d'une mode générale et la responsabilité pénale medique, fournissant le concept de crime et les éléments qui le constituent. Il s'est renseigné*

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Esp. Luiz Antonio Borri.

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2012. Email para contato ro_marysantos@hotmail.com.

que l'exclusion de l'illicéité peut éloigner la responsabilité pénale et il a apporté quelque hypothèse d'erreur médicale. Finalement, il s'est constaté que malgré être un thème récurrent, les procès et les condamnations pénales ne sont pas autant commun, parce-que la preuve de cet crime n'est pas facile. En tout, il a été constaté que la solution à ces conflits, il ne doit pas être rayée en la condamnation ou majoration des sanctions, mais dans l'amélioration de la relation médecin-patient, l'amélioration de l'éducation dans les écoles de médecine et les conditions de travail, aussi en l'observation des devoirs de diligence généraux, les règles énoncées dans le Code d'Éthique Médique, Code Criminel et d'autres lois connexes.

MOTS-CLÉS: Responsabilité pénale, Erreur médicale, Faute

1 INTRODUÇÃO

Há tempos, o médico era tido como uma pessoa que não cometia erros, era visto como uma pessoa onisciente, dono de todo o saber, confundindo-se muitas vezes com a figura de um mentor religioso.

A relação médico-paciente era mais amigável, de modo que se conseguia exercer com maior facilidade seus papéis, a exemplo do médico de família visto nas novelas de época.

Com o tempo, a medicina foi se tornando cada vez mais mercantilizada e a sociedade percebendo que o médico não possui dons miraculosos, mas sim habilidade para tratar e curar pessoas, de modo que ao cometer alguma falha, busca-se rigorosamente a sua responsabilização, tanto na esfera administrativa, como na judicial.

Vale dizer, apesar de o médico assumir o compromisso de fazer o seu melhor, nem sempre consegue êxito nos diagnósticos e procedimentos empregados ao tratamento de seus pacientes. Como se sabe, o desempenhar de qualquer atividade está sujeita a erro, todavia, em se tratando da atividade médica, dá-se uma maior valoração por envolver o bem mais precioso do ser humano, a vida, a integridade física.

Com o aumento dos casos decorrentes de falha médica, estes profissionais se tornam alvo de processos administrativos, indenizatórios e criminais em virtude dos insucessos ocorridos em seu labor.

Verifica-se que a responsabilidade penal por erro médico tem sua origem no princípio da culpa, em que o agente dá causa a um dano por não tomar as devidas precauções exigidas pela sua profissão.

Desse modo, o médico deve sempre zelar por seu trabalho, sob pena de ser responsabilizado penal, civil e administrativamente, por seus atos incautos que podem advir da negligência, impudência ou imperícia.

É nesse momento que surge o direito penal, no intuito de dar proteção ao cidadão vitimado pelo erro médico. Nesse contexto, o médico que age violando um dever geral de cuidado, seja por negligência, imprudência ou imperícia, colocando em risco os valores fundamentais da sociedade, merece ser sancionado para coibir a prática contínua de novos atos errôneos.

Assim, visando a busca de solução para o caso, o presente estudo se deu por meio de pesquisas em artigos jurídicos, jurisprudências, legislações e posicionamentos doutrinários, utilizando-se do método dedutivo, por oferecer maior precisão em seus resultados. Desse modo, o trabalho está estruturado em duas partes, abordando-se: a responsabilidade penal de um modo geral, conceituando crime e seus elementos, bem como as excludentes de ilicitude; a responsabilidade penal médica, a qual tem sua origem na culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), e por fim, as espécies de erro médico.

2 RESPONSABILIDADE PENAL

Visando a proteção dos bens jurídicos fundamentais, tais como a vida e a integridade física, o Estado se insurge definindo crimes e estipulando sanções, por meio de norma, àqueles indivíduos que praticam fatos graves contrários ao direito.

Nesse contexto, diferentemente da responsabilidade civil (interesse privado) a responsabilidade penal trata da reparação do dano causado à sociedade e é regulada principalmente pelo Código Penal Brasileiro.

Assim, para caracterização da responsabilidade penal de uma pessoa (obrigação de arcar com as consequências jurídicas) é necessário que ela tenha praticado um crime. No entanto, mencionado Código não fornece o conceito exato de crime e em razão disso, a doutrina atual se encarregou de atribuir tal conceito.

Crime é a ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. É dizer, não existirá crime sem que tal ação ou omissão esteja descrita na lei e seja contrária ao direito por não haver causa de justificação ou exclusão da antijuridicidade, e

ainda, não haverá crime sem que essa ação ou omissão típica e antijurídica constitua comportamento juridicamente reprovável.³

Sobre o tema, veja-se:

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 socialincidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.⁴

Verifica-se que para conceituar o crime é necessário levar em consideração os elementos que compõe a infração penal: a) fato típico (tipicidade), b) ilicitude/antijuridicidade e c) culpabilidade.

a) Fato típico (tipicidade) - Fernando Capez conceitua fato típico como sendo “o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal”⁵, ou seja, é a correspondência entre a ação ou omissão do agente e a ação ou omissão que a lei define (em abstrato) como ilícito penal.

Fato típico é a conduta humana positiva ou negativa que provoca um resultado, devendo estar previsto na legislação penal como crime. Exemplificando, no homicídio doloso ou culposo, o fato é a conduta que resultou na morte (art. 121 do CP).⁶

Ainda, para que haja a responsabilização penal (crime), faz-se necessário que existam os seguintes elementos legais formadores do fato típico: conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

O primeiro elemento formador do fato típico é a conduta. De acordo com Rogério Greco, conduta é sinônimo de ação e de comportamento, podendo ser positiva, negativa, dolosa ou culposa:

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou

³ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 16ed., p. 172.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ed., 2011, p. 173.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p.136.

⁶ LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 254.

culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).⁷

Ainda, segundo Cezar Roberto Bitencourt, a conduta é uma atividade ou inatividade. Veja-se:

O núcleo objetivo de todo crime é a descrição de uma conduta, que pode ser realizada mediante ação ou omissão. Os tipos penais podem descrever: a) simplesmente uma atividade ou inatividade humana, sem a necessidade de um resultado externo para que a conduta seja punida como delito consumado, ou então b) uma atividade humana que produz determinado resultado, sem o qual a conduta somente poderá ser punida como tentativa. Na primeira hipótese teríamos os crimes formais, também conhecidos como crimes de mera atividade ou, no caso, de omissão própria, e, na segunda, os crimes materiais ou de resultado. Os crimes de resultado podem ser realizados mediante comissão ativa ou em comissão por omissão (omissão imprópria).⁸

Não basta a conduta para configuração do crime. É necessário que esta conduta produza um resultado. Conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, resultado “é a modificação sensível do mundo exterior. O evento está situado no mundo físico, de modo que somente pode se falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos”.⁹

Também nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso ensina que o resultado é “o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade”.¹⁰

Exemplificando, é a morte da vítima no homicídio, a destruição, inutilização ou deterioração da coisa no dano.¹¹

O nexa de causalidade, também conhecido como nexa causal, consiste na comprovação da existência de relação entre o resultado causado e a conduta do agente. Vale dizer “é a ligação entre o comportamento humano e a

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.141.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013, p. 353, 2013. VitalSource Bookshelf Online

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7 ed., 2011, p. 210.

¹⁰FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 16ed., p. 205.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, v. 1, 28 ed., 2012, p. 94.

consequência da ação que resultou no perigo de lesão ou dano, ou seja, é a relação de causa e efeito”¹².

Para Rogério Greco:

O nexo causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador.¹³

Complementando a ideia, o caput do artigo 13 do Código Penal preceitua que se considera causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Assim, o resultado, que depende da existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.¹⁴

Por fim, a tipicidade busca verificar se o fato é típico ou atípico, ou seja, se o fato praticado está expresso na legislação penal ou não. Segundo Guilherme de Souza Nucci “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).¹⁵

Bem é de ver “é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”¹⁶ de modo que, um fato será atípico quando não corresponder com a descrição legal que o classifica como criminoso.

Por outro lado, é possível que mesmo com a existência desta adequação (tipicidade formal), inexistente crime, ou seja, se a lesão ao bem jurídico for ínfima (tipicidade material), mesmo havendo tipicidade, a conduta deixará de ser considerada criminosa, a exemplo do princípio da insignificância.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini ensinam:

¹² LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 255.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 207.

¹⁴ BRASIL. **Código penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral e parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7 ed., 2011, p. 210.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, v. 1, 28 ed., 2012, p. 98.

Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. É indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um prejuízo positivo de tipicidade.¹⁷

b) Ilicitude/antijuricidade – é o segundo elemento caracterizador de crime. Sobre o tema, Luiz Regis Prado ensina:

Ilicitude ou antijuricidade – expressões consideradas aqui como sinônimas – , exprime a relação de contrariedade objetiva de um fato com toda ordem jurídica, com o Direito positivo em seu conjunto (...) Com precisão, salienta-se que a antijuricidade é dada pela relação objetiva de contradição da vontade do sujeito com o mandato ou a proibição. Em outras palavras: apresenta-se como violação a uma norma imperativa ou de determinação (mandato/proibição), e é única para todo o Direito.¹⁸

Fernando Capez conclui que:

Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico. Se não fosse, nem existiria preocupação em aferir sua ilicitude. No entanto, pode suceder que um fato típico não seja necessariamente ilícito, ante a concorrência de causas excludentes. É o caso do homicídio praticado em legítima defesa. O fato é típico, mas não ilícito, daí resultando que não há crime.¹⁹

Nesse viés, entende-se que a ilicitude/antijuricidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo, trata-se de conduta típica não justificada.

Sendo assim, a existência da tipicidade presume incidência da ilicitude, sendo esta afastada somente diante da prova em sentido contrário, como no caso das causas de exclusão de ilicitude, as quais serão abordadas posteriormente.

c) Culpabilidade - o terceiro e último elemento necessário para configurar a existência de crime, é a culpabilidade, a qual é formada por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Para Rogério Greco “a imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente”.²⁰

¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, v. 1, 28 ed., 2012, p. 102.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

¹⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010, p.293

²⁰GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.388.

Sobre a imputabilidade, o Código Penal Brasileiro, no artigo 26 traz que se ao tempo da ação ou da omissão, o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, este será isento de pena.²¹

Segundo este artigo, é possível concluir que imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que conferem ao agente a capacidade de discernimento e compreensão para entender seus atos e agir de acordo com tal entendimento.

A potencial consciência da ilicitude diz respeito a possibilidade de o agente compreender o caráter ilícito de sua ação, caso contrário, pode-se excluir a culpabilidade. Veja-se o que ensina Luiz Regis Prado a respeito:

O agente só age culpavelmente quando conhece ou pode conhecer a ilicitude de seu comportamento, [...] a ausência desse elemento – potencial conhecimento da ilicitude – dá lugar ao erro de proibição (artigo 21, CP) que, quando inevitável, é causa excludente de culpabilidade.²²

Finalmente, a exigibilidade de conduta diversa é o terceiro elemento integrante da culpabilidade e “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente”,²³ ou seja, ocorre a exigibilidade de conduta diversa quando se espera que o agente atue de forma diferente da ação por ele realizada.

Dito isto, não resta dúvida que para haver a responsabilidade penal é necessário a presença de todos os elementos que integram a figura do crime, e, sem dúvida uma conduta que inclua todos esses elementos pode ensejar erro decorrente da falta de cautela.

Assim, não só os cidadãos comuns, mas também os profissionais que exercem atividades nobres, como os médicos, estão sujeitos às normas de convívio social, haja vista que além do dever de obediência às regras éticas provenientes de sua profissão, também devem obedecer às normas gerais aplicadas à sociedade.

²¹BRASIL. **Código penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 212.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 352.

Sendo assim, no exercício da profissão, pode o médico incorrer em erro e cometer crime de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa por não observar o dever de cuidado inerente à sua atividade. Assim, os requisitos do crime ligados à perspectiva da responsabilidade médica (negligência, imprudência e imperícia) serão abordados no próximo capítulo.

2.3 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Como tratado anteriormente, para que determinada conduta seja considerada criminosa é necessário que ocorra um fato típico, antijurídico e culpável. Contudo, em alguns casos, devido a alguns fatores e causas determinadas, pode-se afastar do fato típico a ilicitude. Senão vejamos.

As causas excludentes da ilicitude são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito (art. 23 do CP).

O estado de necessidade “é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável, o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível”.²⁴

São exemplos de estado de necessidade: o aborto praticado pelo médico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; o médico que deixa morrer um paciente para salvar outro, quando não tem como atender a ambos simultaneamente.

Por sua vez, a legítima defesa ocorre quando o agente pratica um fato típico no intuito de defender direito próprio ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão atual ou iminente (artigo 25 do CP).

Desse modo, tal excludente não pode ser alegada pelo médico quando ele incorrer em erro, durante o exercício de sua atividade profissional, haja vista as características desta excludente.²⁵

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 259.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 449-452.

No que tange ao estrito cumprimento do dever legal, o Estado obriga o sujeito a praticar o fato. Nesse sentido:

[...] Não se trata de faculdade (direito subjetivo), mas de obrigação imposta pela lei como um dever, de que o agente deve ter consciência. Deve tratar-se de dever legal e não apenas moral ou social. Cumprem dever legal, por exemplo, o oficial de justiça que ingressa em imóvel para executar despejo forçado ou o carrasco que executa o sentenciado à pena de morte.²⁶

Trata-se portanto, “da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro”.²⁷

Além disso, Alexandre Martins dos Santos acrescenta que quando “o agente é obrigado a agir, existe um dever legal a ser cumprido; sua omissão será tida como crime”.²⁸

Em relação ao exercício regular do direito, Guilherme de Souza Nucci ensina:

É o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico, Se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito.²⁹

Portanto, não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito. Cabe ressaltar que este exercício é facultativo, podendo o agente exercê-lo ou não. Na verdade esta excludente “consiste no exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico, caracterizada como fato típico”.³⁰

Sobre o tema, Maria Helena Diniz aduz o seguinte:

[...] se houver lesão a direito alheio causado por ato perpetrado no exercício regular de um direito reconhecido, não haverá imputabilidade, excluindo-se qualquer responsabilidade, por não ser procedimento contrário ao direito.³¹

²⁶ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 16 ed., p. 235.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 284.

²⁸ SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade penal médica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.26.

²⁹ NUCCI, *op. cit.*, p. 285.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2. p.244.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.7., p.45-46.

O exemplo tem-se o aborto com o consentimento da gestante, quando a gravidez resulte de estupro; tratamento médico e a intervenção cirúrgica quando autorizada por lei; as lesões praticadas no esporte, como a luta de boxe; os aparatos de defesa chamados de ofendículos (cerca eletrificada, caco de vidro em muros, cão de guarda etc).

Por fim, a doutrina acrescenta mais uma causa excludente de ilicitude: o consentimento da vítima.

O consentimento da vítima/paciente consiste na autorização ou na concordância, ou ainda, na adesão do paciente que permite a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.³²

Trata-se de uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade/ilicitude, a qual permite que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível concorde voluntariamente com a sua perda. A exemplo disso tem-se a Lei nº 9.434/1997 que dispõe sobre a possibilidade de pessoa doar órgãos, tecidos e outras substâncias, desde que não haja fito de comercialização.³³

No entanto, nos casos de intervenção médico cirúrgica sem o consentimento do paciente, quando esta ocorrer por iminente perigo de vida (artigo 146, § 3º, I, do Código Penal) a excludente será de tipicidade e não de ilicitude.

3 RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA

Como visto no capítulo anterior, a responsabilidade penal ocorre quando da existência de todos os elementos formadores do crime.

No entanto, a responsabilidade penal por erro médico, tem seu fundamento na culpa, isso quer dizer que além dos elementos formadores do crime, como a conduta humana, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade, é necessário que haja a inobservância do dever de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia), o resultado lesivo involuntário e a previsibilidade.

³²NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.199.

³³NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 292.

Assim, “É necessário que o agente tenha dado causa sem ter querido o resultado, mas que o tenha feito por negligência, imprudência ou imperícia”.³⁴

Para Delton Croce e Delton Croce Júnior, culpa “é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que poderá, com a devida atenção, ser evitado”.³⁵

Ou seja, é a violação de um dever jurídico que causa dano a outrem. É uma omissão de diligência de alguém que deixa de cumprir um dever ou um ato de ofício e que, mesmo sem o ânimo de lesar, viola os direitos de terceiro.³⁶

Assim, o médico que não age com cautela ou toma as precauções necessárias para evitar que o paciente seja lesionado age culposamente.

Dessa forma, diferentemente da conduta dolosa, o fato se inicia por meio de uma conduta humana voluntária, seja por ação ou omissão, onde o agente não tem intenção alguma de praticar um crime, mas deixa de ser diligente e também não observa as normas legais, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

Em relação à culpa médica, Delton Croce e Delton Croce Júnior informam que:

Não deve o médico ter desejado o resultado (effectus sceleris) ou assumido o risco de produzi-lo, e sim ter causado o dano ao bem jurídico protegido por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe, de zelo, atenção ou diligência de que era capaz diante das circunstâncias, ou por não prever o caráter delituoso de seu comportamento profissional ou o resultado desastroso deste, ou, tendo-o previsto, levemente ter conjecturado que ele não sucederia.³⁷

Ademais, majoritariamente a doutrina subdivide a culpa em duas espécies: consciente e inconsciente.³⁸

Com isso, na culpa consciente ou culpa com previsão, o resultado é previsto pelo agente, que espera levemente que não ocorra ou que possa evitá-

³⁴ MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 90-95, fev. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010069912009000100016&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 28 set. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912009000100016>.

³⁵ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p.9.

³⁶ LIMA, Waléria Medeiros. **Responsabilidade penal por erro médico**. João Pessoa: Universitária, 2006. p.49

³⁷ CROCE, *op. cit.*, p.11-12.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 8.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.330.

lo, isto é, o agente confia sinceramente que não vai acontecer o resultado. Neste caso, o agente não deseja o resultado, nem assume o risco de produzi-lo, ao contrário do dolo eventual, em que o agente está ciente do resultado que pode causar, mas assume o risco, pois não deseja renunciar à sua ação, tolerando a produção do resultado.³⁹

Portanto, ocorre a culpa consciente quando o sujeito prevê o resultado, mas espera sinceramente que ele não aconteça.⁴⁰

Já na culpa inconsciente, o agente sequer prevê o resultado, embora fosse previsível. É a culpa comum, que se manifesta pela negligência, imprudência e imperícia. Portanto, nesta espécie de culpa, o sujeito deixa de tomar cuidado e o resultado era previsível.⁴¹

Portanto, ocorrerá crime culposo quando o médico der causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, conforme determina o artigo 18, inciso II, do Código Penal; afinal, estas três modalidades são consideradas as formas de manifestação da inobservância do dever de diligência, exigido pelas normas legais.

3.1.1 Negligência

A negligência é a falta do dever de cuidado no momento imediatamente anterior à prática da conduta (inação), ou seja, quando deixa de se atentar aos cuidados prévio à essa conduta, deixa de fazer o que é necessário.

É uma modalidade de culpa caracterizada por “inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo”.⁴²

³⁹ *Ibidem*, p.330-331.

⁴⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.293.

⁴¹ VILLELA, Maria Stella; RODRIGUES, Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 7.ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 78.

⁴² MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 90-95, fev. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010069912009000100016&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 28 set. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912009000100016>.

Pode-se compreender que é a falta de cuidado necessária para a condução de um negócio, despreocupação, desinteresse, com precipitação, afoitamento, desatenção, falta de cautela.⁴³

Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto afirma que sempre que o médico abandonar o doente ou quando se omitir no tratamento ou ainda, quando, por letra ruim, fornecer ao paciente receita indecifrável, levando o farmacêutico a entregar medicamento errado, ocorrerá a negligência.⁴⁴

Trata-se do desleixo do médico, que podendo tomar as cautelas devidas, não o faz por preguiça, como por exemplo, o médico que esquece instrumental na cavidade abdominal do paciente; não esteriliza instrumentos cirúrgicos; não pede exames pré-operatórios em procedimento eletivo.

3.1.2 Imprudência

A segunda modalidade de culpa é a imprudência, que ao contrário da negligência, caracteriza-se por uma ação.

É dizer, na negligência o médico deixa de fazer alguma coisa que a prudência determina, enquanto que na imprudência o médico realiza uma conduta que a cautela indica que não deve ser realizada.

Delton Croce e Delton Croce Júnior definem-a como:

Uma atitude em que o agente exerce determinada atividade, que guarda necessariamente relação com a arte ou profissão, com intempestividade, precipitação, afoiteza ou insensatez, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos.⁴⁵

Nesse sentido, José Guilherme Minossi aduz que:

Imprudente é o médico que age sem a cautela necessária. A conduta é caracterizada pela intempestividade, precipitação, insensatez. A

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 8.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.330.

⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 62

⁴⁵ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p.17.

imprudência tem sempre caráter comissivo, isto é, resulta de uma atuação e não de omissão.⁴⁶

Na imprudência, ao realizar determinado procedimento, o médico age (ação) de maneira precipitada, ou seja, é uma conduta impulsiva, é o agir sem moderação, é a falta de preocupação com o fim almejado.⁴⁷

Como exemplo, tem-se o médico que realiza procedimento embriagado, que acelera o procedimento cirúrgico em razão da hora, neste caso, ele sabe qual é o dever de cuidado a ser observado, mas não o faz em razão da pressa.

3.1.3 Imperícia

A terceira e última modalidade de culpa é a imperícia, a qual decorre da inaptidão técnica, onde o médico não tem a habilidade suficiente para produzir o resultado que havia proposto inicialmente, ou seja, ele pode até se cercar dos cuidados necessários ao agir, porém a falta de habilidade impede que se tenha o resultado pretendido.

Esta só pode ser praticada pelo profissional no exercício de sua profissão que, pela falta de habilidade, de aptidão, de técnica adequada para a realização de uma atividade, lesiona o bem jurídico protegido.⁴⁸

É a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares; exigidos numa profissão.⁴⁹

Segundo Genival Veloso França a imperícia 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”.⁵⁰

⁴⁶MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 90-95, fev. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010069912009000100016&lng=pt&nrm=iso> Acessos em 28 set. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912009000100016>.

⁴⁷LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 262.

⁴⁸JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1, p.294.

⁴⁹KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4 ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.89.

⁵⁰FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1987, p.205-206.

Outrossim, o Código Internacional de Ética Médica, recomenda que quando o médico identificar que determinado caso, seja exame ou tratamento, estiver além de sua capacidade médica, deverá este convidar outro profissional que tenha a necessária habilidade para realizá-lo.⁵¹

Nesse contexto, sabe-se que o médico necessita de conhecimento técnico para exercer sua profissão, no entanto, se por alguma eventualidade lhe faltar o conhecimento adequado para realizar determinado procedimento/tratamento, vindo este incorrer em lesão ao paciente, esta lesão será caracterizada imperícia médica. Como por exemplo, se na realização de um exame de conjunção carnal, um médico dermatologista ao realizar o toque ginecológico causar a rotura do hímen.

Cumprе esclarecer que a conduta imperita se confunde com a causa de aumento de pena do homicídio culposo prevista no §4º, do artigo 121, do Código Penal (inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício) de modo que esta tem sido considerada por parte da doutrina como inaplicável, sob pena de se gerar o *bis in idem*.⁵²

Assim, por se tratarem de condutas com significados idênticos, não há possibilidade de cumulação de ambas para o fim de majoração da pena. Servem tão somente para caracterizar a culpa.

3.2 ESPÉCIES DE ERRO MÉDICO

Para caracterização da responsabilidade médica são necessários alguns elementos constitutivos: o agente, o ato, a culpa, a ocorrência de um dano, o nexo causal entre o ato praticado e o dano existente e a previsibilidade.

Sobre o tema, José Guilherme Minossi conceitua-o da seguinte maneira:

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.

⁵¹UNIVERSIDAD DE NAVARRA. **Código Internacional de ética médica**. Disponível em <<http://www.unav.es/cdb/ammlondres1.html>> Acesso em 25 mar. 2016.

⁵²NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 643.

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.

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.

O dano – Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade.

O nexó causal – É a relação entre causa e efeito, um elo entre o ato e o dano.⁵³

A previsibilidade, por sua vez, consiste na possibilidade de ser antevisto o resultado nas condições em que o sujeito se encontrava.⁵⁴

Mas, afinal, o que é o Erro Médico? É a má prática, é quando o médico age em desconformidade, sem a observância das regras técnicas de sua profissão. Nesse sentido, Genival Veloso de França responde da seguinte forma:

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma atípica e inadequada de conduta profissional que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência do médico, no exercício regular de suas atividades profissionais. Devem ser levados em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.⁵⁵

Irany Novah Moraes ensina que existem quatro espécies de erros médicos, sendo: erro de diagnóstico, erro deliberado para prevenir mal maior, erro escusável ou profissional e erro grotesco.⁵⁶

Nesse sentido, o erro de diagnóstico ocorre quando, tendo em vista os sintomas que o paciente apresenta, o médico não consegue distingui-los ou enquadrá-los em alguma doença catalogada pela medicina, bem como quando o profissional enquadra os sintomas em uma doença que não é a verdadeira causadora dos males que o paciente vem sofrendo.⁵⁷

⁵³MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 90-95, fev. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010069912009000100016&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 28 set. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912009000100016>.

⁵⁴LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 266.

⁵⁵FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. p.440.

⁵⁶MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 223-226.

⁵⁷MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 223.

Vale dizer, não existe diagnóstico absolutamente seguro, mas apenas um maior ou menor conhecimento do quadro clínico do paciente.

O erro deliberado ocorre para se prevenir mal maior, podendo se dar quando surgirem situações graves e inesperadas, nas quais o médico não tenha outra escolha, a não ser, praticar uma determinada técnica que poderá causar ou não danos ao paciente.

Nesses casos de erro Irany Moraes explica que é necessário que o médico:

Para precaver-se de problemas posteriores, no caso de o paciente vir a ter qualquer doença, [...] deve comunicar por escrito ao Juiz o seu procedimento. A família deverá acompanhar de perto a dificuldade e assinar o documento, atestando estar de pleno acordo com a conduta do médico e assumindo a responsabilidade da decisão. Tal procedimento isenta o médico de qualquer culpa. O documento de autorização da família para esse procedimento não é suficiente para evitar que o médico venha a ser vítima de reclamações futuras por parte daquela mesma família que naquele momento concordou com a solução apresentada.⁵⁸

Tem-se, ainda, o erro escusável, também conhecido como erro profissional. Parece estranho distinguir erro médico de erro profissional, entretanto, tal distinção tem sido feita principalmente por parte dos juízes. Eles 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 possibilita sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente. Cabem nessa classe, também os casos em que tudo foi feito corretamente, mas em que o doente omitiu informações ou até mesmo as sonegou e ainda quando não colaborou com a sua parte no processo de diagnóstico ou de tratamento.⁵⁹

Assim, verifica-se que o erro escusável somente ocorre quando um médico, empregando corretamente as regras e técnicas da medicina, chega a um falso diagnóstico, ocasionando um dano ao paciente.

Sobre o tema, Delton Croce e Delton Croce Júnior ensinam:

O erro profissional, ou escusável, não é devido à falta de observação das regras e princípios que a ciência sugere, e sim devido à imperfeição da

⁵⁸MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 224.

⁵⁹MORAES, *op. cit.*, p. 225.

Medicina – arte despida de precisão matemática – e à precariedade dos conhecimentos humanos: há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras de sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, daí, advir um resultado de dano ou de perigo.⁶⁰

E acrescentam:

Para que o erro médico seja considerado escusável exigem-se os seguintes elementos:

1. que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imprudência, imperícia;
2. que a má relutância seja conseqüente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico;
3. que no estabelecimento desse diagnóstico tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudadamente empregados;
4. que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja a habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado;
5. que o evoluir do caso tenha-se processado dentro das expectativas.⁶¹

Como exemplo de erro escusável na esfera criminal, pode-se utilizar o caso de uma gestante vir a óbito, em decorrência de uma reação alérgica à anestesia geral; tal acontecimento é considerado imprevisto, fortuito, e inevitável pela literatura médica. Nesse caso, não há se cogitar o homicídio culposo, tendo em vista que a culpa se fundamenta no descumprimento do dever de atenção e cuidados.⁶²

Finalmente, tem-se o erro grotesco ou inescusável sendo aquele que ocorre quando o médico, por imprudência, negligência ou imperícia, provoca uma lesão ou um dano ao paciente, gerando-se a responsabilização do profissional.⁶³

Pode-se utilizar como exemplos: o médico que extrai o rim direito do paciente, sendo que na verdade o esquerdo que deveria ser retirado; ou os casos em que o médico sutura o paciente e esquece algum material cirúrgico dentro de seu abdômen.

Assim, é possível perceber que o erro médico não é tarefa fácil de ser comprovada. Devem-se preencher todos os requisitos exigidos para a caracterização do crime, ou seja, o agente, o ato, a culpa, a ocorrência de um dano, o nexó causal entre o ato praticado e o dano existente e a previsibilidade.

⁶⁰CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 24.

⁶¹*Ibidem*, p. 25.

⁶²CROCE, *op. cit.*, p. 26.

⁶³CROCE, *loc. cit.*

Ademais, nem todos os maus resultados são decorrentes da culpa médica, uma vez que mesmo tomando todos os deveres de cautela exigidos no exercício da profissão pode o médico incorrer em erro, a exemplo do erro escusável ou profissional, e neste caso não cabe punição ao profissional, visto que se trata de imperfeição da medicina.

CONCLUSÃO

A responsabilidade penal é dada quando do cometimento de um crime, sendo que crime num conceito geral doutrinário, é toda conduta (ação ou omissão), típica, antijurídica/ilícita e culpável. Típica porque está expressa na lei, antijurídica por ser contrária a lei e culpável, por ser praticada por agente imputável.

Assim, não existirá crime se a conduta praticada pelo agente não se enquadrar exatamente no tipo descrito na legislação penal, ou ainda que se enquadre, seja afastada a sua ilicitude por uma excludente de antijuridicidade.

Importante destacar que a responsabilidade penal por erro médico, tem seu fundamento na culpa, isso quer dizer que além dos elementos formadores do crime, como a conduta humana, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade, é necessário que haja a inobservância de um dever de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia), o resultado lesivo involuntário e a previsibilidade.

Nesse viés, para efetivação da responsabilidade penal médica são indispensáveis os seguintes elementos: o agente (médico), o ato profissional, a culpa, a ocorrência de um dano, o nexo causal e a previsibilidade. Isso porque o médico não pode ser responsabilizado pelo agravamento da saúde do paciente em virtude de fatores adversos, como a culpa exclusiva do paciente ou do hospital, a imprevisibilidade de acontecimentos e a imperfeição da medicina.

Vale dizer, existem algumas espécies de erro médico, tais como, erro de diagnóstico, erro para prevenir mal maior, erro escusável ou profissional e erro grotesco.

Sabe-se, que o médico lida com aquilo que há de mais precioso, a vida, de modo que a responsabilização penal deste profissional pelo cometimento de erros médicos tem como função assegurar à vítima e à coletividade, a punição dos

profissionais irresponsáveis e inconsequentes que quebram um dever geral de cuidado.

São várias as causas que contribuíram para o aumento de processos por erro médico, como a grande quantidade de faculdades de medicina existentes atualmente com ensino deficitário, a falta de atualização, o desgaste da relação médico-paciente e a falta de estrutura da rede básica de saúde.

No entanto, em que pese o aumento de ações judiciais nesse sentido, verifica-se pelas jurisprudências, que na esfera penal não são tão comuns, tampouco bem sucedidas, visto que existe bastante dificuldade para comprovação do erro médico. Ademais, quando há condenação, a pena é ínfima, a exemplo do homicídio culposo, cuja pena máxima é de três anos de detenção, que poderá ser substituída por penas restritivas de direito se preenchidos os requisitos legais.

Por outro lado, verifica-se que a solução para esses conflitos, não deve ser pautada na condenação ou na majoração das penas cominadas, e sim na melhora da relação médico-paciente, devendo o médico esclarecer de forma cordial sobre os riscos dos procedimentos/tratamento a serem realizados.

Deve-se ainda, melhorar o ensino das faculdades de medicina, oportunizando aos profissionais a realização de uma residência ou especialização a fim de se manterem atualizados. Necessário também, que se invista na melhoria das condições de trabalho destes profissionais, que são, não raras vezes, precárias.

Por derradeiro, a fim de evitar que o médico incorra em erro, buscando erradicar ou ao menos minimizar as ocorrências desses crimes, sugere-se que o profissional observe os deveres gerais de cautela e siga as regras estabelecidas no Código de Ética Médica, no Código Penal e nas demais legislações correlatas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013. VitalSource Bookshelf Online

BRASIL. **Código penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

CFM. **Código de Ética Médica**. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em 27 set. 2015.

CHEHUEN NETO, José Antônio et al . Erro médico: a perspectiva de estudantes de medicina e direito. **Rev. bras. educ. med.**, Rio de Janeiro , v. 35, n. 1, p. 5-12, mar. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022011000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2015.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Erro médico e o direito. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

DENCKER, Ada de Freitas Maneti. Métodos e Técnicas de Pesquisa. São Paulo: Futura, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRÃO, Romário Gava, **Metodologia científica para iniciantes em pesquisas**. Linhares, ES: Unilinhares/ Incaper, 2003.

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

FRANÇA, Genival Veloso de, **Medicina legal**,6ªed., Rio de Janeiro, Guanabara Koogan S.A., 2001.

GAIO, R.; CARVALHO, R.B.; SIMÕES, R. **Métodos e técnicas de pesquisa: a metodologia em questão**. In: GAIO, R. (org.). Metodologia de pesquisa e produção de conhecimento. Petrópolis, Vozes, 2008.

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

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GUSSON, Antônio Carlos T.; LOPES, José Carlos. Pediatria no século 21: uma especialidade em perigo. **Rev. paul. pediatr.**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 115-120, mar. 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822010000100018&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 set. 2015.

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

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de pesquisa metodológica científica**. 5 ed. Revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.

LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004.

LIMA, Waléria Medeiros. **Responsabilidade penal por erro médico**. João Pessoa: Universitária, 2006.

MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 90-95, fev. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912009000100016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 set. 2015.

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

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

OLIVEIRA, Frederico Guilherme Fonseca Torres de; FONSECA, Lea Mirian Barbosa da; KOCH, Hilton Augusto. Responsabilidade civil do radiologista no diagnóstico do câncer de mama através do exame de mamografia. **Radiol Bras**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 183-187, jun. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-39842011000300012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal n. 1448695-2**. Homicídio culposo. art. 121, §§ 3.º e 4.º, do Código Penal. Médicos absolvidos da imputação. Recurso do Ministério Público. Pleito de condenação. Desacolhimento. Imperícia e negligência não demonstradas cabalmente. Morte de paciente em decorrência da gripe h1n1 (influenza “a”). Inexistência de prova suficiente para embasar condenação. Erro escusável de diagnóstico. Incerteza quanto à culpa e ao nexo causal. Prevalência do princípio *in dubio pro reo*. Absolvição mantida. Recurso desprovido. Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná. Apelados: Zeuzo Lima Ferreira e Luis Carlos Andrade Duarte. Relator: Des. Miguel Kfourri Neto. 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>> Acesso em 01 mai. 2016.

RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Reflexões sobre erro e educação médica em Minas Gerais. **Rev. bras. educ. med.**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p. 263-267, jun. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022011000200016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2015.

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

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do direito penal sob uma perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TV JUSTIÇA. **Responsabilidade por erro médico**. Entrevista concedida pelo Professor Ligiera à apresentadora Helô Pinheiro, no programa Código de Honra. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=mACG9Vbojxs> > Acesso em 02 abr. 2016.

UNIVERSIDAD DE NAVARRA. **Código Internacional de ética médica**. Disponível em < <http://www.unav.es/cdb/ammlondres1.html> > Acesso em 25 mar. 2016.

VILLELA, Maria Stella; RODRIGUES, Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 7.ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.