

Erro Médico

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Professor do Curso de Medicina da UCB
Doutor em Direito
Pós-Doutor em Direito e Bioética
Membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

A responsabilização de médicos pela *malpraxis* profissional não é novidade. O Código de Hamurabi, de 18 séculos a.C., punia, com a amputação da mão, o médico que causasse a morte de paciente operado por ele. «É, sem dúvida, uma forma de aplicação de *jus talionis* [Lei de Talião] já que a mão do médico é, aqui, considerada o órgão agressor. Mas esta era, certamente, também uma maneira drástica de evitar futuras intervenções desastrosas desse médico.»¹

No Egito antigo, o médico era condenado à morte por toda conduta que contrariasse os preceitos profissionais transmitidos de geração a geração. Na Grécia, precisamente no século V antes de Cristo, no juramento de Hipócrates, precursor da ética médica, já havia referências à responsabilidade profissional. Na Roma antiga, a *Lex Aquila*, datada de 285 a.C., tornou mais difícil a responsabilização dos médicos por seus atos porque, de um lado, eles não eram sancionados, senão por faltas graves; de outro, porque incumbia aos pacientes a prova dessas faltas. Tal prova tornava quase impossível a punição, porque os conhecimentos técnicos eram

restritos aos próprios médicos.² Foi por essa mesma razão, por entender que o consumidor, categoria na qual se inserem os pacientes, não tinham conhecimentos técnicos suficientes para fazer prova contra médicos e contra outros fornecedores de bens e serviços, que o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, instituiu a inversão do ônus da prova.

A novidade dos últimos 20 ou 30 anos é a maciça divulgação de processos judiciais pela mídia, incluindo processos contra médicos. É uma experiência universal decorrente da popularização dos meios de comunicação, em especial da Internet, que permite, inclusive, o neologismo *estadunização* da relação médico-paciente. Essa é uma expressão ampla que se refere, desfavoravelmente, tanto à alta frequência com que profissionais de saúde são julgadas pelos tribunais, quanto à importação de práticas profissionais próprias dos médicos americanos.

A sensação de aumento da litigância contra profissionais de saúde pode tanto demonstrar um efetivo e real crescimento dos erros, com evidente perda da qualidade da relação médico-paciente, quanto, em outro

extremo, pode indicar o amadurecimento da cidadania na prática. Os cidadãos não reclamam apenas dos médicos, mas de todas as categorias que prestam serviços, públicos ou privados, e que estão igualmente sujeitas à responsabilização. Pode, por fim, constituir o somatório dessas variáveis, na medida em que: há mais cidadania, a relação médico-paciente está «despersonalizada, desumanizada, desprofissionalizada e descaracterizada».³ Logo, há, também, mais erros médicos e mais processos.

Os processos contra médicos podem até fazer parte de uma indústria da indenização, como ocorre nos Estados Unidos, desestimulando, ano após ano, candidatura a especialidades que atuam no limite tênue entre a vida e a morte. Uma leitura menos patrimonialista das estatísticas de processos judiciais permite compreender, entretanto, que os pacientes ou seus familiares, ao buscarem a tutela judicial ou a de outra autoridade – como os Conselhos de Medicina –, na maioria das vezes, procuram restabelecer a qualidade perdida na relação médico-paciente, da qual saíram insatisfeitos, malsucedidos, com sequelas lesionais ou, de alguma maneira, órfãos. Esse restabelecimento, ainda que em plano meramente idealista, dá-se com a sentença.

Em resumo, a quebra da relação médico-paciente nem sempre decorre de queixas

relativas a falhas técnicas, mas, majoritariamente, da inexistência de um diálogo efetivo; há falta de comunicação. São problemas eminentemente relacionais que afastam a incidência de *erro médico*, classificação que será feita seguir.

Essa equidade relacional, que evitaria processos judiciais e administrativos, exige, antes de tudo, que o médico *fale a língua dos homens* com o paciente. Não sendo assim, pode uma autoridade – do Ministério Público, do Poder Judiciário, dos Conselhos de Medicina ou da Administração Pública – ser chamada a intervir nessa relação, como restauradora ou intérprete de um diálogo inexistente ou que o doente não compreendeu, entre outras razões, porque o profissional não se comunicou ou não fez por onde ser compreendido. Por sinal, uma de nossas constatações em bem mais de uma década investigando reclamações contra profissionais de saúde é a desqualificação do diálogo entre profissionais e doentes como maior justificativa para se buscar a tutela do Ministério Público e do Poder Judiciário. Na maioria absoluta dessas reclamações, não há erro, não há crime, não há ilícito civil a ser reparado, nem infração disciplinar administrativa a ser punida. Há, sim, em muitas delas, lugar para a intervenção dos Conselhos de Medicina, não na perspectiva de uma penalidade como resultado de processo ético-disciplinar, mas de um processo ético-educador,

que deveria ter sido construído nos bancos das faculdades e mantido no curso da vida profissional.

DIEGO GRACIA tratou dessa questão com acerto: «O exercício profissional da medicina exige grandes compromissos e dedicação, porque se propõe a nada mais nada menos do que devolver a saúde aos enfermos, aliviá-los, quando a cura não for possível, e consolá-los sempre. É uma das chamadas “profissões de cuidado”, as quais têm em comum algumas características: propõem-se a ajudar os outros com emprego de meios técnicos, que variam conforme o caso, e com elevadas qualidades pessoais. Todos os papéis de cuidado se baseiam na relação interpessoal e, portanto, exigem de quem os realiza não só conhecimentos e habilidades, mas também, e quiçá principalmente, atitudes humanas e humanizadoras.»⁴

O *erro médico* não é uma categoria autônoma do Direito. Entre nós, não há, sequer, legislação definindo o que é erro médico. Essa é uma designação usada, também, para classificar erros de outros profissionais de saúde, como dentistas, profissionais de enfermagem etc. Há autores que preferem a expressão *Erro em Medicina*.⁵ Mas está em curso há algumas décadas, com boas perspectivas mercadológicas, tanto para a especialização profissional como para os segmentos que se dedicam a essa formação, a construção do

Direito Médico (Droit Medicale, Derecho Médico, Arztrechts). Trata-se de uma disciplina que já consta, inclusive, de matrizes curriculares de graduação e de pós-graduação de faculdades de Direito e de Medicina no Brasil e não só. Essa mesma proposta disciplinar gerou desdobramentos: hoje há Direito Penal Médico, Direito da Responsabilidade Civil Médica, Direito Hospitalar, Biodireito, Direito Sanitário, Direito Clínico, entre outras designações que também têm o ato médico como pressuposto disciplinar. Direito Médico, contudo, prevalece para fins de responsabilização das consequências ilícitas da má prática profissional.

O *erro médico*, em sentido estrito, é a consequência de um ato médico, representada por lesão corporal ou morte, desde que, previsível, ela pudesse ter sido evitada. Se não previsível ou evitável por circunstâncias alheias à vontade do médico, não há que se falar em erro médico. Assim, não tipificam erro médico os resultados iatrogênicos, inerentes ao próprio ato médico, e os que não foram alcançados nem dominados pela ciência médica.

O Código de Ética Médica, por pudor corporativo, não admitiu a figura conhecida em Direito Penal como *dolo* nas infrações ético-profissionais. Optou, apenas, por repetir a trilogia conceitual dos chamados crimes culposos: imprudência, negligência ou imperícia. O dolo criminal tem duas

subdivisões: a primeira, conhecida como *dolo direto*, incide quando o agente quis o resultado; a segunda, chamada *dolo eventual*, ocorre quando o agente assumiu o risco de produzir esse mesmo resultado. «O dolo eventual é chamado por [Claus] Roxin de dolo condicionado (*bedingter Vorsatz*). É essa, na verdade, a terminologia habitual na Alemanha. Fala-se em dolo condicionado ou condicional (*bedingter Vorsatz*), mas igualmente em *dolus eventualis*, que são sinônimos. A despeito do uso corrente dessa terminologia, o próprio Roxin anota que, na verdade, o dolo não é condicionado, mas o resultado. Ele diz que seria mais correto (*richtiger*) falar de um “dolo de fundamentos fáticos conscientes incertos” (*Vorsatz auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage*).⁶

É inadmissível que um médico queira, no exercício legal da medicina, matar ou lesionar um paciente. Se essa for a intenção, não há que se falar em erro médico, mas em ação deliberadamente criminosa, e a condição de médico, nesse caso, poderá ter relevância para a punição. Mas isso não transforma esse homicídio em erro médico. Por exemplo: se um médico *eutanatizar* um paciente acometido de doença incurável e em fase terminal, mesmo em atendimento a um pedido instantâneo dele próprio ou de familiar, não haverá erro médico. Pelo menos em países onde a eutanásia é punida, como no Brasil, haverá homicídio doloso (com

animus necandi) praticado por médico. O mesmo ocorre com o aborto criminoso praticado por médico, que não tipifica erro médico, mas um crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa.

Há um caso real, exemplar de homicídio doloso, praticado por médico com dolo direto: trata-se de um cirurgião plástico que quis e efetivamente matou uma paciente com quem mantinha relacionamento afetivo. O crime ocorreu durante um suposto procedimento médico, insídia utilizada por ele para atingir o seu objetivo. O profissional não foi acusado de erro médico, mas de homicídio por motivo torpe e insidioso, não dando qualquer chance de defesa à vítima, que estava sob efeito de anestesia com sedação.

O dolo direto afasta, pois, o erro médico e classifica a conduta em outra categoria infracional, na qual estão, ainda, a omissão de socorro, a emissão de atestado médico falso, a omissão de notificação compulsória de doença e os crimes contra a dignidade sexual, praticados por médico contra paciente, dentre outros. Em qualquer desses casos, mesmo não havendo erro médico, esses crimes têm repercussão ético-profissional, e o médico pode ser cassado pelos Conselhos de Medicina, independente das consequências judiciais possíveis.

Existe, como anunciado, a outra subcategoria do dolo, conhecida como *dolo eventual*. É uma solução de política criminal

para punir crimes causados pela prática negligente ao extremo, conhecida como negligência temerária, decidindo o legislador brasileiro que, nesses casos, a punição deve ser equiparada à dos crimes praticados com intenção, com dolo direto. Como se trata de uma potencialização da negligência, da imprudência ou da imperícia, o dolo eventual pode, em casos excepcionais, alcançar o ato médico.

A propósito desse tema, invoco, mais uma vez, a reflexão acadêmica de JOÃO COSTA NETO: «São infundáveis os debates na doutrina que apontam para a nebulosidade da distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. Se, de fato, eles forem suficientemente análogos, poderemos estender muito do que se disse sobre os crimes negligentes aos que envolvem dolo eventual. No Brasil, segundo o entendimento das cortes superiores, sobretudo do STJ, o dolo eventual não passa de um crime negligente erigido à categoria de dolo por política criminal.(...) Os tribunais superiores transformaram o dolo eventual em um instrumento mais rígido para punir crimes negligentes. Essa constatação não é, entretanto, necessariamente ruim. Talvez o dolo eventual e a culpa consciente tendam a ser, cada vez mais, a mesma categoria jurídica. Isso depende, obviamente, daquilo que se entende por dolo eventual.»⁶

No plano jurídico, o erro médico pode ter a dimensão própria do Direito Penal, podendo também ter, ainda, consequências no Direito Civil, levando o médico a indenizar a vítima. Pelo Direito Administrativo, aplicado quando o médico é funcionário público, esse pode ser punido por seu erro com pena que varia de simples advertência à exoneração, a bem do serviço público. Por fim, o mesmo erro médico terá repercussão ética, com aplicação do Código de Ética Médica pelos Conselhos de Medicina. Nesse caso, a punição varia de uma advertência reservada à cassação do registro profissional. Destaco que a cassação é perpétua, não havendo, na Medicina brasileira, reabilitação profissional para os médicos cassados.

A diferença entre essas dimensões, quando há erro médico em sentido estrito, com lesão corporal ou morte, pode estar, também, no sistema probatório. No Direito Penal, no Administrativo e no campo ético-disciplinar, a comprovação do erro cabe a quem acusa, quase sempre o paciente ou seus familiares, seguindo um modelo que já constava da *Lex Aquila*, conforme mencionado no segundo parágrafo deste artigo.

No Direito Civil, por incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação médico-paciente, haverá inversão do ônus da prova, ou seja, em vez de o paciente

provar que o médico errou, caberá ao médico provar que não errou. É, ainda, sobre esse ramo do Direito que cabe a última observação: uma cirurgia plástica que não trouxe a satisfação esperada pelo paciente, mas cujo resultado foi prometido contratualmente pelo médico, pode gerar um dever de indenizar por quebra do contrato, mesmo não havendo erro médico em sentido estrito. Esse desgosto, em consequência de uma conduta tomada em uma relação profissional de meios e não de resultados, não é suficiente para caracterizar um crime. Ainda que o médico tenha, por sua conta e risco, alterado a natureza desse contrato e se comprometido a um determinado resultado – o que ocorre frequentemente com as simulações em computador com imagens de *antes* e promessa de *depois* –, a mera insatisfação íntima com a nova imagem do corpo não é lesão corporal, não é crime. Mas pode gerar indenizações cíveis e punições éticas.

À guisa de concluir este breve editorial, não há fórmula nova para evitar processos por erros médicos. A prática conhecida como medicina defensiva, atitude antiética e fraudulenta para burlar processos contra médicos, pode ser tão ou mais criminosa do que o próprio erro médico que se pretende encobrir. A lição para se evitar processos já estava em Hamurabi, nas antigas tradições médicas egípcias, em Hipócrates e na *Lex Aquila*. De maneira apenas atualizada, uma boa relação

médico-paciente deve ter: humanismo, diálogo, consentimento livre e esclarecido, boa e atualizada, continuamente, formação técnica e, por fim, prudência. Imprudência, falta de humanismo, paternalismo autoritário, despreparo e indiferença ao paciente são componentes comuns em todos os processos judiciais e éticos contra médicos.

Referências

1. Bouzon E. O Código de Hamurabi. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 189.
2. Dorsner-Dolivet A, La reponsabilité du médecin. Paris: Economica, 2006, p. 1.
3. Knobel E. Lições de uma vida na UTI. Revista Veja, São Paulo, 2013; 2336(35): 96-8.
4. Gracia D. Medice, Cura te Ipsum: Sobre a saúde física e mental dos médicos. In: Diaulas Costa Ribeiro (Org). A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 13-107.
5. Fragata J e Martins L. O erro em Medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra: Almedina, 2006.
6. Costa Neto J. Considerações sobre crimes de perigo abstrato e crimes negligentes (ou culposos) à luz de novas perspectivas: Figueiredo Dias, Claus Roxin e Günther Stratenwerth, 2011. 56p. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito. Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF. 2011.