

ERRO MÉDICO E COMPLIANCE

Autores: Felipe Pessoa Fontana, Alexandre Imbriani* e Gabriel Domingues**

Em tempos de pandemia o quadro usualmente verificado em hospitais, sejam públicos ou privados, é consideravelmente agravado. Em razão das implicações da Covid-19, a taxa de ocupação dos leitos de UTI em certos estados brasileiros chegou a atingir o percentual de 90%, como nos casos do Amazonas e de Pernambuco¹.

A região metropolitana de São Paulo também tem sido objeto de preocupação das autoridades locais. No último dia 23 de abril a ocupação dos leitos de UTI na Grande São Paulo registraram 77% de ocupação por pacientes infectados com o Coronavírus, levando-se em consideração hospitais públicos e privados. Nas enfermarias esta taxa de ocupação por pacientes com Covid-19 bateu o percentual de 67%.

É notável, portanto, a possibilidade e até a probabilidade de sobrecarga do sistema de saúde e mesmo do aumento de trabalho para todo o corpo de profissionais atuantes, dentre eles os próprios médicos. Como fator de complicação, não é incomum que no Brasil tais profissionais também se deparem com hospitais desparelhados, que, por exemplo, carecem de materiais básicos e possuem insuficiência de leitos.

Tais circunstâncias, aliadas à superlotação, podem trazer consigo uma elevação do número de óbitos dos pacientes ou mesmo complicações decorrentes das internações. Assume relevância, nesse cenário, o questionamento sobre a possível ocorrência de eventuais erros médicos e as consequências para os profissionais envolvidos em tais eventos.

O Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018) trata do erro médico, embora de forma genérica, no artigo 1º de seu Capítulo III: “*É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida*”.

Partindo de tais premissas, o Conselho Federal de Medicina conceitua o erro médico como: “[...] o dano provocado no paciente pela ação ou omissão do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. [...] É a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem”².

A responsabilização administrativa do profissional - aplicável pelo órgão de classe - que perpetra erro nesses termos é disposta no inciso II do capítulo XIV do Código de Ética Médica: “*II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico*”.

¹ <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/coronavirus-taxa-de-ocupacao-de-hospitais-alta-em-estados-recordistas-de-casos-24393033>.

² http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm

A conduta do médico, contudo, pode assumir relevância fora da esfera administrativa do Conselho Federal de Medicina, projetando contornos também no Direito Penal. Isso se daria caso houvesse indícios de que algum dos crimes previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro pudesse ter sido praticado pelo profissional no exercício de sua função e em razão dessa, a exemplo do homicídio (artigo 121 do Código Penal) e lesão corporal (artigo 129 do Código Penal).

Ao se tratar do erro médico, há sobretudo a possibilidade de responsabilização culposa, ou seja, “[...] quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, nos termos do artigo 18, inciso II, do Código Penal. Nesses casos, por óbvio, o agente não quer o resultado, ou seja, não o pratica dolosamente, com a intenção de que o evento danoso ao paciente ocorra.

Necessário, pois, que se delineie brevemente as 3 (três) modalidades da culpa previstas pelo referido dispositivo. A imprudência se configura quando o agente “vai além”, atuando de maneira perigosa e arriscada. Já a negligência se dá quando há a inobservância de certas cautelas que deveriam ser tomadas e que não o são. A imperícia, por sua vez, é a “a culpa técnica, em que o agente se mostra inabilitado para o exercício de determinada profissão, embora possa estar credenciado por diploma, que não passa de mera presunção de competência”³.

Não se descarta aqui também a possibilidade - de menor probabilidade, ao menos abstratamente - da prática de eventuais crimes na modalidade dolosa pelo profissional médico. Isto seria possível a título de dolo eventual ou mesmo por uma atitude omissiva que implica na quebra de um dever.

O primeiro se configura quando o agente, embora não queira o resultado, assume o risco de produzi-lo (artigo 18, inciso I, do Código Penal). Já o segundo caso diz respeito à hipótese na qual o agente devia e podia agir para evitar o resultado e não o faz de qualquer maneira (artigo 13, § 2º, do Código Penal)

Esse dever e necessidade de agir, imprescindível à responsabilização por uma conduta absolutamente omissiva, decorre, inclusive, da posição de garantidor que o médico poderá assumir. Vale dizer, é necessário observar na prática se o médico, ao se abster totalmente de agir, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (artigo 13, § 2º, alínea b, do Código Penal) ou se a partir de um comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado (artigo 13, §2º, alínea c, do Código Penal).

Todos esses fatores e mesmo a similitude de todos institutos jurídicos - cuja aplicação resta sujeita a um forte elemento interpretativo - implicam em um grande risco de que o profissional médico seja, eventualmente, acusado criminalmente por ter contestada a regularidade de sua atuação em determinado procedimento, notadamente quando se está diante de um grave cenário pandêmico, conforme referido acima.

Surge nesse contexto, como uma espécie de ferramenta auxiliar dos hospitais e do profissional, o chamado “*compliance médico*”.

O termo “*compliance*” é originário do verbo de língua inglesa “*to comply*”, que denota a ideia de um agir em conformidade com a certas regras. Atualmente já é notória a ampla

³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. COSTA, Fernando José da. *Código Penal Comentado*. 10 Ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 116.

adoção de estruturas de *compliance* no âmbito empresarial, cujo intento é sobretudo adequar as práticas das empresas à legislação e às normativas regulatórias existentes, prevenindo, inclusive, eventuais riscos no desempenho da atividade dessas instituições. É inegável portanto, o enfoque em preceitos éticos e de transparência.

Retomando-se, na área da saúde tal prática igualmente vem ganhando relevância gradativamente. Como exemplo pode-se citar o Hospital das Clínicas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que foi o primeiro hospital público do Estado de São Paulo a instituir uma diretoria de *compliance*: “O programa busca fortalecer e desenvolver a integridade, a transparência, o respeito às leis e às normas dentre os profissionais da Instituição”⁴.

Neste segmento, busca-se a partir de um departamento de *compliance* aprimorar os mecanismos de identificação das ocorrências vivenciadas na rotina do profissional da medicina, para após implementar sistemas de controle para evitar que tais episódios ocorram repentinamente, minimizando-se riscos. Em outros termos, identificando-se o erro, busca-se evitá-lo ou diminuir a probabilidade de que se repita. Além disso, a existência de um sistema de *compliance* também pode auxiliar o profissional e a instituição médica, quando questionados, a demonstrarem que todos os procedimentos instituídos foram observados corretamente.

Portanto, considerando-se que o gravíssimo cenário ocasionado pela Covid-19 pode propiciar, de certa forma, o aumento da probabilidade de contestação de erros médicos, o *compliance* médico pode se mostrar uma ferramenta eficiente para proteção tanto do médico quanto do paciente.

***Felipe Pessoa Fontana**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-Graduado em Direito Penal (Teoria do Delito) pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Bacharel em Direito pela mesma instituição.

in

***Alexandre Imbriani**, advogado criminalista, atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados, pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e graduado pela FAAP/SP.

in

***Gabriel Domingues**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

in

⁴ <https://sites.google.com/hc.fm.usp.br/conducta-profissional/>.