

A RESPONSABILIDADE PENAL **POR ERRO MÉDICO**

*Jorge Henrique Schaefer Martins * ** ****

Tem-se verificado em contatos informais, como em encontros científicos, o despertar da consciência da classe médica, no que respeita à dessacralização de sua profissão. Isso significa que a idealização da figura do médico e de suas responsabilidades, com o passar do tempo, tomou outra dimensão.

São muitas as razões que determinam a intensificação do interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico.

Durante muitos séculos, a sua função esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. *Je le soignais, Dieu le Guérit...s'il le jugeait opportun.* Nesse contexto, desarrazoado seria responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina. Mais recentemente, no final do século passado, primórdios deste, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que

* Juiz de Direito em Blumenau/SC e Professor da Universidade Regional de Blumenau - FURB

** Palestra proferida no I Fórum Regional de Direito Médico – Responsabilidade Médica Civil e Penal, promovido pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina – CREMESC – Blumenau, 17 e 18.04.98.

*** Artigo publicado na Revista Jurídica da FURB, nº 3, junho de 98, pp. 51-64.

não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico) (MIGUEL REALE, “Código de Ética Médica”, RT 503/47).¹

Raciocinando-se mais a fundo sobre a questão, acaba-se não só por concordar inteiramente com seus termos, como a acrescentar que o fenômeno não se tem restringido à área médica.

O que mais se vê nos dias atuais, é a contestação ao comportamento de profissionais das mais diversas áreas, seja dos ocupantes de cargos públicos, como de profissionais liberais, empresários, enfim de toda gama de atividades.

Isso se deve, em grande parte, à descoberta por parte da maioria da população de que é detentora de direitos, de que lhe é lícito questionar, buscar apurar responsabilidades, e obter compensação por prejuízos sofridos, o que se costuma denominar de despertar da cidadania.

A conseqüência que disso defluiu, é o expressivo aumento de demandas judiciais, dos mais baixos aos mais elevados valores, versando sobre os mais variados temas, o que tem provocado sobrecarga nos serviços judiciários e provocado o aumento da sede de solução dos litígios.

É óbvio que isso também comporta um lado negativo: há por parte de alguns o exagero, a intenção de discutir toda e qualquer conduta que entenda lesiva, mesmo que isso não esteja configurado.

O profissional da medicina tem sido alvo de tais situações, na medida em que deixando de ser visto como um ser acima da normalidade, um semi-deus, apto a operar “milagres”, é alvo de questionamentos, dúvidas e, não raro, busca-se responsabilizá-lo por resultados diversos dos almejados por pacientes ou familiares.

A medicina é, sem qualquer dúvida, uma atividade de risco. Cuida da saúde do ser humano, e isso envolve não só o tratamento de moléstias, como as expectativas que tomam de assalto o paciente. O médico é um profissional tecnicamente preparado para se defrontar com enfermidades, desenvolvendo-se entre ele e o paciente, ao menos inicialmente, uma relação de confiança e esperança de resultado

¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de, *Responsabilidade Civil do Médico*, REVISTA JURÍDICA 231, Porto Alegre, Síntese, janeiro/97, p. 122.

positivo, tratando-se de característica que, apesar da desmistificação de sua figura, continua a identificá-lo.

Nessa conformidade, ao exercer seu ofício está sujeito a posições das quais podem advir conseqüências sérias: a deformidade, a restrição da capacidade física ou mental do paciente, como sua morte. Alguns desses atos constituem os denominados *erros médicos*.

São eles tratados no direito penal como *crimes culposos*.

Para que se possa defini-los, necessária se faz a distinção entre *crimes dolosos* e *crimes culposos*.

São *crimes dolosos* aqueles onde o agente tem deliberadamente a intenção de produzir o resultado (dolo direto), ou aqueles onde o agente apesar de não pretender o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo (dolo eventual).

Crimes culposos, por outro lado, consubstanciam-se naqueles onde o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inciso II, do Código Penal).

No dizer de Mirabete:

A *imprudência* é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores.

[...]

A *negligência* é a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental.

[...]

A *imperícia* é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos no exercício da arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber.²

De seus reconhecimentos decorrem sérios incômodos e encargos aos profissionais da medicina.

Somente como forma de facilitar a exposição, procede-se à divisão da atividade médica em três partes: atendimento clínico, ato cirúrgico e pós-operatório.

O atendimento clínico se reveste de fundamental importância, na medida em que o contato inicial com o paciente pode vir a indicar o melhor tratamento a ser a ele dispensado, os exames passíveis de requisição, traçando o norte a ser seguido.

² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, 4 ed., São Paulo, Atlas, 1989, p. 148.

Nessa conformidade, a anamnese deve conter todos os questionamentos importantes para a definição da moléstia, das características pessoais do paciente, da história clínica de seus familiares, enfim, dos dados que possam vir a auxiliar o médico no exercício de seu mister.

Veja-se que em países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, é rotineiro o preenchimento de questionário pelo paciente, consistente em documento recheado de perguntas, as mais diversas, buscando atingir a um universo bastante amplo da vida do paciente e de seus familiares, sendo ele respondido e firmado por ele, como forma de salvaguardar o médico por eventuais problemas que vierem a ocorrer, e tenham relação com informações errôneas.

A adoção de tal conduta, indistintamente, é forma de garantir uma maior eficácia no tratamento, como também de resguardar o médico de falsas acusações. Adotando-se tal procedimento, seguramente o profissional da medicina estará atuando com maior segurança e tranquilidade.

O ato cirúrgico é fator de preocupação para o médico. Nele, a concentração, a capacitação, a integração entre a equipe, são fundamentais para o êxito do procedimento. Por mais simples que possa ser, contém riscos previsíveis, havendo, por conseguinte, obrigação de evitá-los. Não se exige, excetuadas hipóteses como a cirurgia plástica, em relação à qual a jurisprudência tem assim entendido, resultado certo, mas é obrigatória a utilização dos meios técnicos disponíveis, e dos cuidados fundamentais à manutenção da higidez do paciente.

Para melhor ilustração, colhe-se o seguinte posicionamento:

...a obrigação médica é uma obrigação de meio e não de resultado. Quando se propõe a um tratamento, precípua, o objetivo é de se comportar dentro de uma condição ética de diligência, cuidados, atenções, utilizando os recursos em sua disponibilidade, procurando, enfim, todos os meios a atingir a cura. Se seus meios e a sua atividade não atingirem o resultado de cura, não descumprindo o contrato, seria inadmissível outra concepção. A jurisprudência de todas as legislações assim o compreende. A sua inadimplência se projetaria se lhe faltassem as condições éticas e contratuais assinaladas, isto é, cuidado, atenção e diligência.

Mesmo assim, se a obrigação, sem dúvida alguma é de meio e não de resultado, existe uma outra obrigação tácita que diz respeito a uma 'cláusula de incolumidade'. O médico deverá satisfazer todas as exigências deste contrato, inclusive a obrigação de informar, devidamente, tudo o que se relacionar com a doença e

a cuidar que não se realize nenhum prejuízo fora das circunstâncias do momento ³.

O pós-operatório igualmente é fundamental para se definir a eventual responsabilidade do médico por eventos danosos. O acompanhamento da evolução do paciente submetido a ato cirúrgico, a supervisão de seu quadro clínico, muita vez relegada a segundo plano, tem ocasionado mortes ou seqüelas importantes. Não se pode olvidar que o período posterior à cirurgia, onde o paciente está fragilizado, é fundamental para a sua recuperação.

Toda essa história, de outra parte, deve ser consignada no prontuário médico do paciente. Visto por muitos, e erroneamente, como um documento que tem serventia para incriminar o médico, em verdade ele é meio de prova fundamental exatamente para demonstrar como ele agiu, se corretamente, segundo as melhores orientações para cada tipo de enfermidade ou procedimento, ou de maneira equivocada. O registro de cada detalhe, de cada evolução, de cada reação medicamentosa, deverá estar consignado no prontuário, que servirá de espelho à atuação do profissional da medicina naquele caso concreto.

Sabe-se, então, que, advindo como resultado de um tratamento médico uma lesão, uma incapacitação, ou mesmo o óbito do paciente, desde que exista indicação de um possível atendimento equivocado, poder-se-á cogitar de um crime.

A investigação dependerá, em se tratando de lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do Código Penal, com pena de 2 meses a 1 ano de detenção), da manifestação de vontade da vítima (art. 88, da Lei 9.099/95), naquilo que se denomina **representação**.

Antes, porém, possível será a solução do litígio, desde que as partes, vítima e médico, venham a acordar a eventual reparação dos danos havidos, com a conseqüente homologação pelo juiz. A conciliação, nesses termos, implicará a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, § único, da Lei 9.099/95).

Inocorrente a conciliação, mesmo assim, antes que se venha a cogitar da instauração da ação penal, poderá vir o Ministério Público a ofertar proposta de transação penal ao médico, consistente em aceitação de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76, do mesmo normativo). Aceita, não se terá como admitida a culpabilidade, como também não será possível a averiguação da responsabilidade no âmbito penal.

Ofertada a denúncia, caso não tenha ocorrido a aceitação da proposta de transação penal, ou não tendo ela sido ofertada por não

³ PANASCO, Wanderley Lacerca, *Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 112.

atendimento aos pressupostos legais, será analisada a proposta de suspensão condicional do processo. Trata-se de instituto criado pelo art. 89, da Lei dos Juizados Especiais, que se aplica a todas as infrações penais que se encontrem dentro do limite nele proposto, que visa à suspensão do curso da ação penal, por prazo variável de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, mediante o cumprimento das condições de apresentação periódica a juízo, eventual proibição de frequência a determinados lugares, proibição de ausência da comarca de residência sem autorização judicial e prova da reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 89, § 1º, incisos I, II, III e IV, da Lei 9.099/95), desde que não registre condenação ou ação penal em curso, ou mesmo satisfaça requisitos subjetivos.

Não tendo sido ofertado o *sursis* processual, ou não tendo sido possível sua concretização, em face da recusa ou da inocorrência da reparação do dano, proceder-se-á à instrução do processo.

Via de regra, a apuração de eventual ocorrência do crime ocorrerá perante o Juizado Especial Criminal.

Na hipótese de homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP, apenado de 1 a 3 anos de detenção), diferentemente do procedimento anterior, não se verificarão as tentativas de conciliação ou de transação penal, em face de não se tratar de infração de menor potencial ofensivo.

Presentes os requisitos legais, será apresentada a denúncia e, concomitantemente, a proposta de suspensão condicional do processo, nos moldes já mencionados.

Inaceita, ou não concretizada pela ausência da reparação do dano, terá seguimento a ação penal, que tramita no juízo comum.

O que poderá ser levado em consideração a título de prova ?

A prova na apuração de tais delitos consistirá no exame de corpo de delito (verificação da lesão ou comprovação da morte do paciente), na coleta das declarações do acusado, na oitiva de testemunhas, em prova documental, consistente nos documentos elaborados pelo médico durante o período de atendimento (anamnese, prontuário), receituário e outros, como os escritos por médicos assistentes, enfermeiros, anotações da sala cirúrgica, além de perícias.

As perícias poderão ser levadas a efeito nas vítimas (até por exumação, quando falecidas), ou mesmo tendo em conta os dados integrantes do prontuário. São elas efetivadas por profissionais da área, o que empresta valor científico às conclusões dela extraídas.

Buscar-se-á, portanto, verificar no curso da ação penal, se presentes ou não as modalidades culposas da imprudência, negligência

ou imperícia, capazes de motivar a responsabilização criminal do médico.

Somente quando evidenciada tal situação, de forma clara e insofismável, será possível a prolação de decreto condenatório:

O acusado só pode ser condenado quando a acusação ficou provada plenamente, porque só a prova plena é que pode gerar certeza.

O acusado deve ser absolvido quando, com qualquer espécie ou elemento de prova, torne racionalmente crível a hipótese de sua inocência. Para isto bastam as suas declarações, desde que sejam verossímeis, não estejam em desacordo com as circunstâncias do fato e não tenham prova eficaz em contrário.⁴

Dessa forma, verificada a ausência de elementos que agasalhem a pretensão acusatória, não sofrerá sanção penal.⁵

Contrariamente, havendo possibilidade de se extrair da prova produzida, a conclusão firme de que o agente obrou com culpa, a ele será aplicada a pena correspondente.

É conveniente traçar, nesse ponto, a diferenciação entre erro e acidente médico.

O erro médico, que possibilita a condenação do profissional, é aquele em que se observa a presença de uma das três modalidades já descritas, sendo exigível do médico a conduta diversa. O acidente

⁴ DA ROSA, Inocencio Borges, *Dificuldades na Prática do Direito*, Porto Alegre, Oficina Gráfica da Livraria Globo, 1942, p. 141.

⁵ É o que se observa na ementa da apelação criminal 97.004213-2, da comarca da Capital, cujo relator foi o Des. Genésio Nolli, julgada pela Primeira Câmara Criminal do TJSC, em 03 de junho de 1997: **ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO CULPOSO POR ERRO MÉDICO. NÃO COMPROVADA SUFICIENTEMENTE A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO MÉDICO, E O ÓBITO DA VÍTIMA, INVIÁVEL A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.**

Da mesma forma, foi o que se decidiu na apelação criminal 30.130, comarca de São José, relator o Des. Souza Varella, julgada pela Segunda Câmara Criminal do TJSC, em 24 de junho de 1994, assim ementada: *Apelação criminal - Homicídio culposo - Imperícia e negligência atribuídas a médicos - Prova técnica inconclusiva - Prova testemunhal insuficiente para o reconhecimento da culpa penal, que exige demonstração inequívoca. Sentença absolutória mantida. Para o exame da conduta culposa de profissionais da Medicina, torna-se de substancial importância a análise dos elementos de natureza técnica contidos no processo, não bastando o juízo crítico de leigos sobre a questão, informado de pesada carga emocional e relacionado mais diretamente a aspectos secundários do comportamento profissional dos médicos (RT 574/357). A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa, da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico (RT 589/355).*

médico, ou erro profissional, de forma diversa, assume outra conotação. No dizer de Mirabete:

É necessário, entretanto, que se distinga a culpa do chamado *erro profissional*. Este ocorre quando, empregados os conhecimentos normais da Medicina, por exemplo, chega o médico a conclusão errada no diagnóstico, intervenção cirúrgica etc., não sendo o fato típico. Segundo a doutrina e a jurisprudência, só a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal, pois exigência maior provocaria a paralisação da Ciência, impedindo os pesquisadores de tentarem métodos novos de cura, de edificações etc.⁶

Outras manifestações doutrinárias também são nesse sentido:

Não se confundem a imperícia, a imprudência ou a negligência com o erro profissional ou escusável. “A imperícia é a falta de habilitação legal; a imprudência é fazer o que não se deve; a negligência é não fazer o que se deve.”⁷

Observadas as situações que autorizem o reconhecimento da culpa⁸, as decorrências serão as seguintes:

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit. p. 149.

⁷ RAMOS, Pedro Lúcio Tavares, *ERRO MÉDICO Aspectos Jurídico e Médico-Legal*, São Paulo, RT 625, p. 418.

⁸ Como exemplificação do reconhecimento da ocorrência de “erro médico”, apesar de se tratar de decisão da área cível, transcrevem-se excertos do acórdão prolatado na apelação cível 41.475, comarca de Joinville, relator Des. Anselmo Cerello, publicado na Jurisprudência Catarinense, vol. 73, p. 318/337: ... *Analisando as causas que poderiam ter ocasionado a tetraplegia no autor, discriminada nos laudos periciais e inúmeros pareceres técnicos, tais como a imponderabilidade, ou seja "caso fortuito", levando-se em consideração o biotipo do paciente (pescoço curto), que o sujeitaria a tal síndrome, não encontra respaldo probatório e científico convincente; as estatísticas a respeito, revelam a raridade destas hipóteses. Da mesma forma se pode dizer quanto ao ato anestésico, a entubação e diligência no retorno ao estado anestésico, evitando quadros emotivos no paciente que o levariam a uma hipertensão, com rompimento de vasos sanguíneos a provocar um quadro hematoso, com compressão da medula, a ponto de causar a sua lesão, não encontra também, o devido amparo nos autos. Aliás é salientável, que o primeiro anestesista, no início do processo cirúrgico, afastou-se sem maiores explicações, sendo substituído por outro profissional, subsistindo o argumento nos autos, de que o primeiro teria constatado que o paciente não se encontrava em condições para suportar tão melindrosa intervenção.*

Também inexistem elementos que respaldem o inadequado manuseio do paciente da mesa cirúrgica à maca a ponto de provocar o "chicote", dada a violência do trato o que ocasionaria a ruptura da coluna.

A necrose, a hérnia que levaria a ruptura da medula, não fora constatada nos exames pré-operatórios.

O que indubitavelmente transparece, como as causas mais prováveis que levaram a ruptura da medula do paciente, foi o excesso de material discal - herniano, não removido integralmente no primeiro ato cirúrgico, ocasionando a compressão da medula, agravada pelo hematoma, resultante do laceramento da artéria espinhal.

Então, repita-se, a causa da tetraplegia em apreço, foi a secção da medula, que inexistia antes do primeiro ato cirúrgico e nem mesmo fora constatado, pelos próprios exames dos requeridos, o processo necroso da hérnia discal-cervical, de que era portador o autor. Também a lesão da

coluna, segundo admitem os técnicos, não resultou do ato operatório em si, mas é inquestionável que foi uma resultante. O que mais se impõe como causas eficientes da ruptura medular foram: a compressão do material discal, não inteiramente removido, por opção do neurocirurgião requerido, e ainda a pressão exercida pelo hematoma.

Não resta dúvida que o procedimento do neurocirurgião, que, tratando-se de microcirurgia, não removeu todos os resíduos discais, foi inadequado e tanto é certo, que para corrigir o quadro teve o paciente de ser submetido na Capital Paulista, a mais duas cirurgias, destinadas à remoção do excesso, tendo o neurocirurgião constatado a compressão da medula.

Incorreto, também, o procedimento do neuro-cirurgião, autor da primeira intervenção, ao cuidar da artéria espinhal, ocasionando o seu despedaçamento, daí o hematoma de que resultou maior compressão da medula.

É de se aceitar que no caso, a prestação não é de resultado, a cirurgia, como ocorre nas de ordem estética, corretivas de formas, removedoras de feiuras, nas quais inexistente um quadro patológico preexistente à operação, mas sim a prestação no caso, a toda evidência, se apresenta como sendo de meio, exigindo-se portanto do cirurgião, o emprego rigoroso de todos os meios e instrumentos necessários e das diligências pertinentes, sem, no entanto responder pelo resultado.

A exigência se revela mais rigorosa em tema de especialista, como no caso presente, de alto nível, sem dúvida, segundo traduz seu curriculum e as referências nos autos.

[...]

É que in casu, predominantes são os seguintes entendimentos consagrados em nossa jurisprudência:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por danos pessoais contra Casa de Saúde. Perda de mobilidade do braço, em conseqüência de fratura. Erro médico comprovado. Obrigação de indenizar.

"Ementa oficial: Indenização. Responsabilidade da ré por culpa, em tratamento de fratura. Ocorrência de Síndrome de Volkmann. Perda de mobilidade de membro superior. Dano irreversível. Perícia. Improcedência da ação no juízo a quo, por dúvida na verificação da culpa.

"Estudo das causas, conseqüências, tipos e momento oportuno de diagnóstico e tratamento. Comparação com tratamento prestado ao paciente (menor). Erro médico. Configuração da culpa. Imperícia e negligência. Recurso provido (TJPR, 1a CC n. 302 Rel. Des. Cordeiro Machado, PJ 28/23).

Também a respeito, manifestou-se nossa eg. Corte de Justiça, em v. aresto relatado pelo então desembargador, hoje eminente Ministro do Colendo STJ, Hélio Mosimann:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Hospital e Maternidade. Danos sofridos no parto. Paralisia braquial. Culpa comprovada. Imperícia e omissão. Ato praticado por preposto do estabelecimento... Dever de indenizar.

"Resultando de todo o debate processual que o autor, quando de seu nascimento, sofreu paralisia braquial e encurtamento do braço direito, provocados por traumatismo de parto e comprovado o vínculo paciente-hospital, responde o estabelecimento pelo ato culposo do empregado.

"Nem a imperícia da enfermeira, por si só, exclui a culpa do médico por omissão.

"A obrigação do hospital, como a do médico, é de meio e não de resultado, impondo-se a reparação do dano, se houve infração à cláusula tácita contratual da incolumidade nas relações com o paciente" (Ac 24.334 da 2aCC in JC 57/90).

"AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO - Dano causado por cirurgia mal feita. Ajuste de serviços celebrados entre o paciente, o médico e o hospital, há solidariedade deste últimos, pelos danos causados em virtude de cirurgia mal feita, mormente quando demonstrada a relação de preposição entre eles" (TJMS, 2 Tt Civil, AI n. 2.766/90 j. em 25/4/90. V.u. Rel. Des. Marco Antônio Cândia).

Indenização – Responsabilidade civil. Doente que tem a perna amputada por negligência no tratamento hospitalar. Ônus da prova sobre ser ou não culposa a conduta hospitalar – indenização devida..." (TJSP, RJTR, SP 61/180).

Consta do citado aresto:

"É sempre difícil apurar-se, no pretório, responsabilidade médico hospitalar; a prova fica na dependência dos relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como dos laudos de peritos médicos que podem estar insonscientemente dominados pelo spritide corps.

Caso condenado por lesão corporal culposa, poderá vir a ser aplicada a pena pecuniária, por substituição, ou a pena restritiva de direitos ou, ainda, mantida a pena privativa de liberdade, sendo concedido o benefício do *sursis*. Isso se diz, em face de ainda não ter entrado em vigor o projeto de lei que altera a parte geral do Código Penal, no que respeita às penas restritivas de direitos, que ganharão novos contornos, gerando perspectivas diversas.

Se a condenação for por homicídio culposo, poderá sofrer pena pecuniária e restritiva de direitos, concomitantemente, ou ter aplicadas duas modalidades de penas restritivas de direitos, ser beneficiado com o *sursis*, ou vir a cumprir a reprimenda em regime aberto. Diferente será a situação, de forma mais benevolente, quando vigentes as alterações já aludidas.

Mas, além das conseqüências de ordem penal, que trarão evidentes reflexos à vida do profissional, em face do pagamento da pena pecuniária, da eventual prestação de serviços gratuitos às entidades determinadas, ou mesmo da privação de sua liberdade, pelo controle que

Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra, incompetentes ou impressionados. Acresce que a medicina não é ciência exata, e a arte de curar requer muitas vezes, dom divino" (CF. René Savatier de la Responsabilite Civile, 2ª ed., T. II n. 778 In voto vencido Des. Geraldo Roberto).

Contudo, responda-se, conforme também consta do aresto:

"Pondere-se, por abundância, que a medicina socializada pelos hospitais, a este cabe demonstrar, nos casos de insucesso que tomaram todas as providências adequadas, não podendo eximir-se com alegações de que de seus arquivos não constam estes ou aqueles dados, quando próprios e plausíveis nas circunstâncias de cada caso.

"A prova da regularidade do comportamento, está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observações, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada aspecto. Seria absurdo que o paciente houvesse de ter o ônus da prova de que as falhas do hospital, foram mesmo falhas e não presunção de inexistência de culpa. Na análise global dos elementos probatórios, também as falhas indicativas do acompanhamento de cada caso pelo hospital responsável!" (voto vencedor Des. Vila da Costa).

Ora no caso, seguindo o entendimento do aresto, cumpriria ao hospital a prova de que atuou com toda a diligência possível, o que inorreu, como já foi dito várias vezes, pois o paciente fora compelido a se submeter a mais duas intervenções cirúrgicas melindrosas, na Capital paulista, para retirada de excesso de material discal herniano, que comprimia a medula, ocasionando a fratura, na versão mais aceitável, resultando a tetraplegia.

Como também resultou insofismavelmente comprovado que durante o ato cirúrgico, houve a "laceração" da artéria espinhal, ocasionando hematoma e mais pressão sobre a medula, sendo o paciente submetido a imediata reoperação, para a drenagem.

"Laceração", é o mesmo que "dilaceração" significando "despedaçar" (Aurélio 2ª ed., págs. 589 e 1.000).

Ocorreu falha médico-cirúrgica e portanto, subsiste a obrigação de reparar, que decorre do princípio de Direito Natural, de não deixar qualquer lesão a direito a descoberto de reparação, correspondentemente justa.

será estabelecido sobre seus deslocamentos e atividades, existem outras que transcendem a esfera penal.

Consoante estatui o art. 1.525, do Código Civil, *A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou de quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.*

A ele se acresce o disposto no art. 63, do Código de Processo Penal, que disciplina que *Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.*

A leitura sistematizada dos dispositivos deixa claro que a existência de sentença condenatória criminal não mais permitirá, no juízo cível, a discussão a respeito do fato e suas nuances. Estará definitivamente assentada a responsabilidade do agente, permitindo-se o debate, tão-somente, quanto ao valor quantitativo da indenização.

Verifica-se, dessa forma, que além das implicações concernentes à liberdade do indivíduo autor do fato, a decisão criminal poderá vir a atingir seu patrimônio, ante a conseqüente obrigatoriedade de reparar o prejuízo que dele deflui.

Porém, em sendo a sentença criminal absolutória, necessárias se fazem as seguintes ponderações:

Tratando de absolvição, com o reconhecimento da inexistência da prova do fato, da não participação do agente na infração penal, ou que tenha agido ao abrigo de excludentes de antijuridicidade (art. 386, incisos I, II, IV e V, respectivamente), a repercussão é a não aplicação de penas e a impossibilidade de se voltar a tratar da matéria civilmente, estando ele isento do pagamento de qualquer indenização.

Diversamente, sendo a absolvição fundada em não ser o fato ilícito penal, tratar-se de agente isento de pena - quando o responsável legal assume o ônus - ou por insuficiência probatória (art. 386, incisos II, V e VI), viável o litígio cível a respeito do dever de ressarcir os prejuízos.⁹

A obrigatoriedade de reparação de danos, no que se refere às atividades do médico, está expressa no art. 1.545, do Código Civil, que estabelece: *Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência,*

⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, *PROVA CRIMINAL. Modalidades. Valoração*, Curitiba, Juruá, 1996, p. 111.

negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimentos.

De igual sorte, conveniente que se estabeleça o que dispõe o art. 14, do Código do Consumidor (Lei 8.078/90): *O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

Aplica-se, de igual modo, o § 4º, do mesmo dispositivo, a respeito do qual, transcreve-se o seguinte comentário:

Embora esteja explícita no art. 14, em seu § 4º, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, o que significa dizer que para os médicos as coisas ficam como elas es tão, há de se ter em conta outros pontos, como o inc. VIII do art. 6º que, tratando das garantias do consumidor, institui: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversões do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiências.”¹⁰

Incluem-se nas verbas possíveis, os danos pessoais, materiais e morais, consoante previsão constitucional (art. 5º, X, C.F.), cuidando-se, ainda, de matéria sumulada (Súmula 37, do STJ).

A gravidade de tais situações, tanto para a pessoa do médico, como para as vítimas de eventuais erros por ele cometidos, é evidente.

Necessário se torna que os profissionais da medicina, tendo como desiderato a prestação do melhor de seus serviços em prol dos seus pacientes, assim como visando à salvaguarda de responsabilizações civis e criminais, busquem dedicar a cada paciente a atenção devida, utilizando-se de seus conhecimentos e habilidades no afã de dar solução às enfermidades, ou minorar-lhes as conseqüências, apesar das dificuldades que hoje se observam para o exercício profissional.

Urge, igualmente, que de forma organizada, mantenham disponíveis dados que possibilitem consulta, o que poderá vir a permitir, de forma sumária, sejam afastadas as pretensões indevidas e que configurem litigância de má-fé, se evidenciado o incabimento de qualquer acusação de má conduta profissional.

¹⁰ MORAES, Irany Novah, *ERRO MÉDICO E A LEI*, 4 ed., São Paulo, Lejus, 1998, p. 408.

O conhecimento das implicações legais, ao contrário de servir como desestímulo à atuação profissional, permite venha ela a ser exercida com maior segurança, sem o risco de surpresas pela absoluta falta de informações.

BIBLIOGRAFIA

- 01. AGUIAR JR., Ruy Rosado de, *Responsabilidade Civil do Médico*, REVISTA JURÍDICA 231, Porto Alegre, Síntese, janeiro/97.**
- 02. DA ROSA, Inocencio Borges, *Dificuldades na Prática do Direito*, Porto Alegre, Oficina Gráfica da Livraria Globo, 1942.**
- 03. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, *apelação cível 41.475, da comarca de Joinville, relator Des. Anselmo Cerello, vol. 73.***
- 04. MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, *PROVA CRIMINAL. Modalidades. Valoração*, Curitiba, Juruá, 1996.**
- 05. MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, 4 ed., São Paulo, Atlas, 1989.**
- 06. MORAES, Irany Novah, *ERRO MÉDICO E A LEI*, 4 ed., São Paulo, Lejus, 1998.**
- 07. PANASCO, Wanderley Lacerda, *Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.**
- 08. RAMOS, Pedro Lúcio Tavares, *ERRO MÉDICO Aspectos Jurídico e Médico-Legal*, São Paulo, RT 625.**
- 09. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, *apelação criminal 97.004213-2, da comarca da Capital, relator Des. Genésio Nolli, julgada pela Primeira Câmara Criminal do TJSC, em 03 de junho de 1997, e apelação criminal 30.130, comarca de São José, relator o Des. Souza Varella, julgada pela Segunda Câmara Criminal do TJSC, em 24 de junho de 1994.***