

# DOUTRINA NACIONAL

---

## O ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS E CIVIS

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O erro, que no vernáculo possui larga sinonímia (falta, falha, engano, desacerto, equívoco, desvio, incorreção, inexatidão, entre outros significados) mais, muito mais do que uma contingência é uma constante na vida humana.

A toda hora, a todo minuto, a todo instante, diuturnamente, constantemente, alguém está cometendo erro, provocado por sem número de motivos, de atos impensados, de impulsos imponderáveis e inimagináveis, procurando, desejando embora, agir com acerto e perfeição.

O erro, como o acaso, está sempre intervindo nos acontecimentos humanos, na vida dos indivíduos e dos povos. Batalhas decisivas, no curso da história, foram perdidas por erros dos generais e estadistas famosos. O êxito ou o malogro, notadamente na vida de um homem, dependem, em grande parte, desse *croupier* estrábico e surdo, alheio a qualquer critério de justiça ou de equidade, a distribuir indiferentemente as cartas na vasta mesa verde do mundo. De tal modo interfere ele no curso da vida humana, que desta se pode dizer que é uma álea constante, um incessante risco de episódios inopinados, uma sequência de causas que conspiram e operam a coberto de diagnósticos e prognósticos. Surge, a cada passo, do misterioso fundo das coisas e dos fatos. A vida mais rigorosamente “planificada” não consegue eliminá-lo. Está sempre, e sempre, à nossa espera, insuspeitadamente, em todas as esquinas, em

todas as encruzilhadas, em todas as moitas que beiram o caminho da vida. Não há como evitar suas tocaias e alçapões, porque desafia todas as tábuas e todos os planos de prevenção. É uma invariável independente que se compraz em provocar e alterar os mais seguros cálculos de probabilidades. A obra do erro, tal qual a do seu irmão gêmeo acaso, é um dado que se insere arbitrariamente nas coisas terrenas como que para atestar a contingência a que está escravizado o ser humano.

Nos fatos triviais da vida cotidiana, nos negócios, na política, na guerra, nos desportos, nos casamentos, no trânsito, nas pesquisas de laboratório, na ciência aplicada, na execução artística, no tratamento dos enfermos, nas operações cirúrgicas, no julgamento dos tribunais, em todos os setores, enfim, da atividade humana está presente com sua influência, quase sempre maléfica e no mais das vezes decisiva.

A explicá-lo, tentar explicá-lo e compreendê-lo, ao menos, há um *quid*, arbitrário e inescrutável, a decidir o destino de cada homem e o espírito humano, como não percebe, nem pode perceber, o complexo de combinações causais que convergem para o advento dos “erros” incompreensíveis, que considera iníquos, procura relacioná-los aos impenetráveis desígnios do Pai Eterno, que há de tudo explicar, por certo, na hora do Juízo Final...

Todos erram, animados embora do firme propósito de acertar, de proceder

corretamente, resumindo a sabedoria latina: *Errare humanum est*.

Erra o juiz que, por precipitado ou descuidado exame da prova dos autos, condena um inocente; erra o engenheiro que, desatencioso, elabora cálculos incompatíveis e provoca desabamento, com vítimas fatais; como aconteceu recentemente, erra o piloto da aeronave que, não obstante perito, conforme comprovou no pouso forçado, elabora equivocado plano de vôo e, por isso, se encontra na inarredável e incontornável contingência de aterrissar em plena selva, em condições adversas, ceifando vidas e provocando aleijões.

Esta, dolorosa recordação de fato que abalou profundamente a sociedade e os exemplos primeiro citados retratam o típico erro profissional, tema central de nosso trabalho, pois, profissional como os referidos, o médico está igualmente sujeito ao erro no exercício de sua nobre e edificante profissão.

E não vacilo ao afirmar que a medicina é, a meu ver, dentre todas, sem dúvida alguma, a mais sujeita e mais atingida pelas artimanhas desse duende caprichoso e travesso, que é o erro profissional, indesejado, abominado, execrado, mas sempre manifestamente presente no exercício da dignificante missão de curar. A mais visada, ao menos, pela opinião pública e pela maldade inata da sociedade que não perdoa qualquer falta ou falha de quem é incumbido da salvaguarda de seus mais caros e preciosos bens: a saúde, a vida e a dignidade humana.

É, pois, do médico na Justiça que devo falar, enfocando o erro médico perante os tribunais.

Cumprе salientar, de pronto, que a presença do médico, mais freqüentemente do cirurgião, na Justiça, sejam como acusado nos juízos e tribunais criminais, seja como réu, em causas cíveis, é coisa muito recente e de pouca ou quase nenhuma ressonância na so-

ciedade antes dos dourados anos cinquenta.

Até então, todo aquele que exercia a medicina era, sob esse aspecto, um quase privilegiado, um verdadeiro intocável.

E não apenas no Brasil, cabendo aqui a citação do Prof. Agustin Jorge Barreiro, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, quando diz: "Es evidente que nuestros contemporáneos han abandonado con carácter general la tradicional actitud de resignación ante el hecho de los errores e imprudenciales que puedan cometer los médicos. El fracasso del cirujano se considera como signo de incompetencia. En la actualidad y con respecto a España puede decirse que los vaticinios del doctor Marañón se van cumpliendo. El afamado médico español escribía, en 1.943, lo seguinte: "La vida moderna va penetrando basta en los sectores más inexpugnables de la psicología y de las costumbres hispanicas: una manifestación de esa penetración es el que comiense a exigirse responsabilidades profesionales a nuestros médicos. Salvo casos excepcionales la exigencia de responsabilidades a un médico por prejuicios derivados de una asistencia incorreta era, hasta no hace mucho, cosa de otros países. En España se apretaba mucho en el aspecto de responsabilidad moral pero a nadie se le ocurría pedir cuentas al galeno porque su receta o su golpe de bisturí no hubieran estado inspirados en el acierto" (G. Marañón — *La responsabilidad profesional del médico*, 1944, p. 9). Sin embargo, como destaca cierto sector doctrinal de nuestro país (J. M. Martinez-Pereda Rodriguez, *La imprudencia punible en el profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1985, p. 17) "el castigo penal de las conductas médicas claramente imprudentes y con relevantes resultados lesivos es algo relativamente reciente". Puede afirmarse, de

acordo com certo sector de nuestra doctrina penal que la Jurisprudencia española (Tribunal Supremo) sobre la responsabilidad criminal del médico es tan escassa que no cabe hablar de una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de esta materia. Las razones que permitan explicar esta situación pueden encontrarse en: el elevado numero de cifra negra e criminalidad oculta; la consideración que la Medicina no es una ciencia exacta y de que no todo resultado desfavorable de un tratamiento médico ha de ser imputado ao profesional de la Medicina y las dificultades probatorias que se acrecientan con “el espíritu indiscriminado de protección al colega”, mas conocido como “el espíritu corporativista de la classe médica”.

Ainda na Espanha, em janeiro deste ano, sabedor já de que fora convidado para, honrosamente, participar deste encontro, ouvi, com muita atenção, conferência do Juiz Jacob Quiroga, na Faculdade Complutense de Madri, sob o tema “Imprudência Médica”, que para eles engloba imperícia e negligência, caracterizando esta, mero reflexo daquela.

Anotei, em português, aqueles que me pareceram os principais tópicos do alongado, mas esplêndido pronunciamento do jovem magistrado e professor e que vão, a seguir, resumidamente expostos: 1. o paciente dever ser sempre informado de todo e qualquer risco e estar de acordo com ele (teoria do consentimento informado). O consentimento, sempre que possível, tem que ser pessoal (princípio da autodeterminação, não valendo consentimento do cônjuge), salvo nos casos de manifesta urgência, situação em que vale, então, o estado de necessidade geral (Jurisprudência do Tribunal Supremo). O conferencista falou, aqui, em consentimento presumido; 2. Durante anos e anos ocorreu a impunidade total dos médicos na Espa-

nha (esclareço que a palestra focalizou apenas o aspecto criminal do tema); a primeira sentença condenatória data de 1975 e desse ano até 1989 ocorreram, no país, apenas outras 57 decisões de condenação contra médicos; a imprudência desses foi sempre muito tolerada, mas, hoje em dia, a situação é totalmente diversa; os médicos, de um modo geral, são prudentes, extremamente prudentes, mas existem gravíssimos casos de imprudência, negligência ou imperícia, estes, sem qualquer sombra de dúvida, os mais sérios, censuráveis e reprováveis; 3. Para caracterização de um delito culposos se faz necessário: o desvalor da ação, consistente na infração de um dever objetivo de cuidado. O Código de Conduta dos Médicos (*lex artis*) constitui o ponto de partida — e só isso — para a caracterização da culpa; quando o médico observa o código, não há que se falar em culpa; quando não o observa, deve-se distinguir cada conduta, pois nem tudo que é feito fora dele caracteriza culpa; o médico deve estar consciente de sua capacidade profissional — não deve se arriscar; deve atuar exclusivamente dentro de sua competência profissional, ressaltados os casos de absoluta necessidade; quanto à relação de causalidade, vale a teoria da imputação objetiva; a imprudência (culpa em todas as suas modalidades) pode ser temerária ou simples; 4. Quanto ao discutido problema da equipe médica não é possível a responsabilidade penal em bloco (por força do princípio da culpabilidade, deve-se individualizar a culpa de cada um que participa do delito culposos); vigora o princípio da divisão do trabalho; na divisão horizontal (que ocorre entre colegas em situação de igualdade, sem hierarquia — médico e anestesista, p. ex.) vale o princípio da confiança, cada um confiando que o outro atue corretamente e cada um tornando-se individualmente responsável pela sua

parcela de culpa; na divisão vertical (que ocorre quando há subordinação, relação hierárquica) o médico chefe tem o dever de vigilância e pode responder por culpa se não vigilou corretamente seu subordinado; só uma excepcional e imprevisível atuação do subordinado está fora de sua responsabilidade e vigilância; 5. Quando o médico trabalha para o hospital, surge este como responsável civil (a responsabilidade civil é determinada na própria sentença criminal); 6. Nos casos como os das Testemunhas de Jeová (que não admitem transfusão de sangue) tem ocorrido autorizações judiciais; o Tribunal Superior sempre admitiu intervenção médica, nesses casos, com apoio no estado de necessidade (o perigo de transfusão forçada, nos dias que correm, é principalmente representado pela AIDS e pela incompatibilidade sanguínea, que podem levar à morte, a curto, médio ou longo prazo); quando a pessoa que se recusa a fazer transfusão de sangue — por suas convicções particulares, religiosas ou não — é maior e capaz, o melhor, consignou o orador — é respeitar a sua vontade, até porque, na legislação espanhola, assim como na nossa, a tentativa de suicídio, ainda que traumatizante e com profundas seqüelas físicas, não é punida, em atenção ao princípio da autodeterminação (não se obrigar alguém a fazer algo que absolutamente não quer); na hipótese inexistente qualquer responsabilidade do médico que o respeitou; para o Tribunal Supremo Espanhol não importam quantos sejam os resultados produzidos no crime culposos: é sempre uno quando derivado de uma só conduta (matar ou ferir um, dois, três, ou quantos mais, é sempre crime único); já na doutrina a solução é distinta, pois, sustentam os juristas a ocorrência do concurso formal de infrações em havendo pluralidade de vítimas; 7. O Tribunal Supremo diz que o erro de diagnóstico não enseja puni-

ção penal salvo quando absurdamente grosseiro.

### Retornemos ao Brasil.

Aqui, como lá, a quase intocabilidade do médico em relação ao erro praticado no exercício da profissão, com o correr do tempo e o contínuo progredir da ciência médica, foi sendo, pouco a pouco, paulatinamente, cada vez mais, substituído por uma tomada de posição, no sentido inverso, de chamamento à Justiça para responder, civil e criminalmente, pelos seus atos.

A presença dos médicos nos pretórios vai se acentuando dia a dia, principalmente no foro cível, como réus em ações de indenização por dano ilícito, decorrente de mau desempenho funcional.

E eles próprios se interessam, vivamente, pelo questionamento de seus atos, visando não só a redução do erro, mas também o aprimoramento técnico e a melhoria dos serviços médicos, com necessária e indispensável punição, se criminosos a falta, e criteriosa indenização pelos danos resultantes de erros, palpáveis e manifestos, dos colegas reconhecidamente incompetentes. Não seria exagero dizer que toda a classe se sentiria satisfeita e feliz, exultante mesmo, com o afastamento e banimento desses maus colegas que a comprometem muito, pois, como salientava Dupin, “cada profissão encerra em seu seio homens dos quais ela se orgulha e outros os quais ela renega”.

Há, pois, geral interesse em punir os faltosos, injustificáveis e primários, e indenizar incautas vítimas de seus erros imperdoáveis, através da aferição de suas responsabilidades pelos danos causados à sociedade, em geral, e a seus pacientes, em particular, pesquisando-se o grau de suas culpas fundamento jurídico de responsabilidade penal médica.

E, tratando-se de erro, há que se

cuidar, neste trabalho, apenas e tão-somente da *culpa strictu sensu*, decorrente da imprevisibilidade de consequências danosas em situações e momentos em que seguramente previsíveis.

Não há, pois, que se cogitar de dolo, somente reconhecível quando o agente quis o resultado ou, prevendo-o, assumiu o risco de produzi-lo. O dolo, sempre que presente em qualquer resultado danoso, querido ou admitido, ao contrário do erro, em que nunca desejado e jamais cogitado, configurará sempre manifesto acerto na execução de malévola e perversa intenção criminosa.

Falar-se-á, aqui e agora, apenas de culpa, estrito senso, com ligeiras alusões e referências a dolo somente quando necessárias à exposição, como nesta obrigatória diferenciação entre culpa consciente, grau máximo da culpa, e dolo eventual, limite inferior na graduação do dolo, muitas vezes confundidos e tomados como exemplo um do outro. Presente em ambos a previsão do mal, mas inteiramente ausente na primeira, apesar daquela antevisão de possibilidade, a adesão ao resultado, totalmente eliminado da vontade do agente. Na culpa consciente ele se conduz de molde a produzir o resultado, que anteviu possível, mas jamais admite sua efetivação, cuidadoso de que em hipótese alguma ocorrerá. Sua forma mais típica e característica é o excesso de confiança e exemplos clássicos, sempre lembrados, são o do lançador de facas, que, com aguçados punhais, arremessados à distância, contorna rente o corpo de outra pessoa, comumente a própria companheira, do chicoteador de circo, que, com seu vulnerante chicote, instrumento de trabalho profissional, corta cerce cigarros na boca de outra pessoa, no mais das vezes, também a mulher amada; do médico que, excessivamente confiante no talento inegável e na exímia perícia, executa perigosa cirurgia,

desprezando cuidados e detalhes técnicos preliminares, conforme observou o já citado Agustin Jorge Barreiro, em *La Imprudencia Punible en la Actividad Médico-Quirúrgica*: “Nos es infrecuente que el facultativo abuse e confíe en exceso en el llamado ojo clínico, que es un don intuitivo de imposible valoración, y que en ocasiones puede provocar temeridad, quando se pôde en tal facultad una ciega confianza prescindiendo de comprobaciones objetivas elementares (prescindir de análisis clínicos, y reconocimientos radiológicos, etc...) No dolo eventual, de raríssima ocorrência no campo da Medicina, o agente não só assume o risco de produzir alguma lesão, ainda que mortal, mas também admite e consente que este resultado lesivo se efetive”.

Numa última referência ao *dolo*, observo que no ominoso, odioso e repugnante crime de aborto, marcadamente doloso, o delito, na quase totalidade das vezes, somente se evidencia e é levado ao conhecimento dos juizes em razão de evidentes e grosseiros erros de execução na torpe empreitada (perfurações do útero e de alças intestinais com suas gravíssimas consequências).

Evidencia-se a culpa, *strictu sensu*, quer na área criminal, quer na civil, através de suas três modalidades mencionadas no art. 18, II do CP Brasileiro: diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Como já vimos, os autores estrangeiros, europeus principalmente, concentram todas na primeira, a imprudência, entendendo não mais do que marcados imprudentes o negligente e o imperito.

Em seu *Tratado de Direito Penal* t. II, p. 211, consignou Vincenzo Manzini que “não há razão para distinguir, em essência, entre culpa por negligência, imprudência ou imperícia, estando estes conceitos fundados sobre idêntico cri-

tério jurídico". E acrescentou, logo em seguida: "Pode-se dizer que a negligência se refere a omissões voluntárias; a imprudência, as mais das vezes, uma atividade positiva. Por imprudência (aresto de 26.10.21) deve se entender a omissão de cautelas que a experiência comum da vida ensina a tomar no cumprimento de alguns atos e no uso de certas coisas; por negligência, a inobservância dos deveres. A imperícia consiste no exercício de uma atividade relativa a uma profissão ou a uma arte desconhecida pelo agente, isto é, uma inaptidão ou insuficiência profissional, genérica ou específica, conhecida do agente e que não leva em consideração".

Presente qualquer delas na ação profissional do médico, acarretando dano ao paciente, caracterizado fica o erro médico, por culpa, indenizável no plano civil e punível no penal, considerado, neste caso, seu grau de intensidade: gravíssima, grave, leve ou levíssima, isenta de punição esta última, porque, doutrinária e jurisprudencialmente, equivalente ao *fortuito* e, por isso, somente reconhecível e admissível nas modalidades de imprudência e negligência, pois que a imperícia traduzirá, sempre e sempre, culpa lata.

O erro médico pode, destarte, provocar condenação por crime culposos, na esfera do direito penal, ou indenização reparatória, na do direito civil.

Bem mais rara a primeira.

Salvo aquelas por imperícia ou erros grosseiros, poucas vezes ocorrentes, pois como já observado, os médicos de nossa pátria são normalmente hábeis e competentes, as denúncias criminais contra médicos, por imprudência e negligência, quase sempre na grande maioria dos casos, terminam em decisões absolutórias, por razões várias; a circunstância de não ser a medicina uma ciência exata pelo que nem todo resultado desfavorável de um tratamento médico deve ser, obrigatoriamente, computado

ao profissional que a exerce; a consideração de que, na elaboração da responsabilidade, surgem situações que se contrapõem a todo subjetivismo, em face de condições tão inerentes aos fatos e inarredáveis deles, em que se pode perceber apenas um fator súbito, imprevisto e fortuito; a previsão legal de excludentes de criminalidade ou isentantes de penas, como estado de necessidade, a coação irresistível, o cumprimento de um dever, ofício ou cargo, o erro plenamente justificado (arts. 20, §§ 1º e 2º, 22 e 23 do CP); e, principalmente, a convicção do juiz criminal, que, com raras exceções, só se inclina por um edito condenatório em face da absoluta certeza da responsabilidade criminal, optando, fora disso, pelo *non liquet* e conseqüente aplicação do consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Em acórdão, por mim relatado a 3ª CCrim do TJSP, que tenho a honra de integrar, proclamou: "O exame acurado, cuidadoso e percutiente dos autos, neste caso, poderá levar, quando muito, na melhor das hipóteses para a acusação, à quase certeza da culpa (*lato sensu*) do apelante, mas não à certeza, à plena e inarredável convicção de responsabilidade penal, única suficiente a justificar seguro e preciso juízo condenatório. Certeza da ocorrência delituosa e de sua autoria são sempre exigidas, por juristas e pela jurisprudência, para admitir prolação de edito condenatório, cabendo bem lembrar memorável pronunciamento de Malatesta, que vale a pena transcrever: "O direito da sociedade só se afirma racionalmente com direito de punir o verdadeiro réu; e para o espírito humano só é verdadeiro o que é certo; por isso, absolvendo um caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado e não se oprime o da sociedade. A pena que atingisse um inocente perturbaria a tranqüilidade social, mais do que a teria abalado o crime particular que se pretendesse punir;

porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um erro judiciário. Lançai na consciência social a dúvida, por pequena que seja, da aberração da pena e esta não será mais a defensora do direito e sim a força imane que pode, por sua vez, esmagar o direito indêbil" (*A Lógica das Provas*, Ed. Saraiva, pp. 14-15).

Referindo-se à legislação processual americana, observou o saudoso Heleno Fragoso, in *Jurisprudência Criminal*, 1º/485, nota 389, que esse é o princípio que vigora do direito norte-americano, incluindo entre as regras do devido processo legal, *due process of law*. Não se pode aplicar a pena sem que a prova exclua qualquer dúvida razoável, *any reasonable doubt*. Aqui não basta estabelecer sequer uma probabilidade, "it is not sufficient to establish a probability even a strong one": é necessário que o fato fique demonstrado de molde a conduzir à certeza moral que convença o entendimento, satisfaça a razão e dirija o raciocínio, sem qualquer possibilidade de dúvida". (cf. Kennys, *Outlines of Criminal Law*, 1958, 480).

A sociedade só se sente legitimamente perturbada em sua tranquilidade com a certeza do delito, e de seu autor é lógico, asseverando Gorphe: "S'il subsiste une doute c'este que la preuve n'este pas fait" e arrematando o insigne Carrara: "no processo criminal, máxima para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica".

Condenação exige certeza e certeza absoluta, quer de crime, quer da autoria.

Não basta a alta possibilidade desta ou daquele.

A certeza é aqui, a *conscientia dubitandi securo* de que falava Vico e que não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem delito e autoria (*Sauer Grundlagen des*

*Prozessrechts*, 1929, p. 75), sob pena de "conduzir tão somente à íntima convicção insuficiente" (Heleno Fragoso — *RDPenal* 5º/148, Ed. Borsoi).

A íntima convicção, sem apoio em dados ou elementos subjetivos indiscutíveis, leva à simples crença e não àquela certeza, necessária e indispensável à condenação. Essa certeza não pode ser, igualmente, a certeza subjetiva formada na consciência do julgador, sob pena de transformar-se em arbítrio. A certeza que pode e deve levar à condenação, de que todos devem participar, alancada *sub specie universalis*. Como diz Jean Patarin, citado por Heleno Fragoso, no trabalho acima referido (p. 149) "a procura da certeza perfeita revela-se uma exigência particularmente imperiosa do direito penal".

Certeza é sinônimo de manifesto, de evidente, de indiscutível. E, como indagava Ary Franco, em *O Júri e a Constituição Federal* de 1946, pp. 261-262, "o que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares".

Na alçada criminal, o erro médico poderá ser proclamado, a meu ver, naqueles casos de gritante e manifesta imperícia, em que o agente, na ausência de justificativas ou dirimentes, temerariamente, se propõe à prática de atos profissionais para a qual não dispõe de conhecimento e capacidade operatória, ou de flagrantes e grosseiras ações de marcada imprudência ou negligência.

Bem diversa a situação na área civil, em que predomina e prevalece o direito privado, com prevalência, quase total, do individual sobre o social, campo em que avultam os conflitos de interesse pessoal, firmados quase sempre no patrimonial, afastando a aplicação do já referido princípio *in dubio pro reo*.

E, aqui, não vacilo em dizer que as sentenças e acórdãos, em acentuada maioria das vezes, favorecem os postulantes, pacientes, em desfavor dos médicos, por força da teoria do risco, ora predominante, na jurisprudência, sobre a da culpa, não obstante a necessidade de comprovação de culpabilidade para que se produzam condições de ressarcimento de prejuízo ocorrido em decorrência da atividade médica profissional. Merece transcrição trecho do capítulo IV, com o subtítulo fundamentos da responsabilidade, do trabalho do Prof. de Medicina Legal Wanderby Lacerda Panasco, publicado na *Revista Forense*, intitulado: "A Responsabilidade Civil, Penal e ética dos Médicos": "Para a teoria objetiva da responsabilidade estabeleceu-se a existência não de uma culpa, mas de um risco determinando a noção de dano. Não interessa a idéia de culpa ou a sua natureza, nem se escusar o agente do dano, mas permitir um reparo às condições lesivas inexistentes antes da ação ou da omissão. Eis o motivo pelo qual, dentro da idéia clássica de culpa, estaríamos modernamente, diante de muitos casos cujo dano não poderia ser reparado frente a necessidade da prova da culpa. O correlato advento da teoria objetiva foi, inegavelmente, a tecnologia. Estabelecida, de início, nas leis acidentárias, pois o risco profissional, causa do dano, é um fator inerente ao trabalho. A ação lesiva que incapacita, temporária ou definitivamente, não pode ser analisada em relação a uma culpa, mas sim através da existência de um complexo de fatores, mediatos ou imediatos, que elaboram o instante lesivo (acidente atípico) ou estados mórbidos de causas reiteradas e diluídas no tempo (doenças das condições do trabalho, doenças profissionais).

Na realidade, as teorias da responsabilidade se completam. E, na profissão médica, não se pode abandonar isoladamente a teoria subjetiva ou objetiva, a culpa ou o risco. As duas se

entrelaçam e se definem no esclarecimento da ação ou omissão do profissional. Contudo, sempre que destes fatos intervier uma demanda, será necessário, seja de natureza dolosa ou culposa, provar a existência da culpabilidade, para que se produzam condições de ressarcimento do prejuízo. Aqui se concentra o elemento mais complexo do relacionamento médico-paciente, consoante o hermetismo e o monopólio médico, que absorvem nos seus meandros a sagacidade do jurista e propicia material de difícil acesso"... Em virtude das proporções dos fatos estudados e conhecidos, a grande causa, mas não a única, dos erros médicos advém da teoria objetiva, semelhante ao que ocorre nos acidentes de trabalho. "A atividade médica permite que seu titular aja criando riscos de prejuízo para outrem, muito embora seu objetivo seja exatamente o contrário, e disso tira proveito. Sempre sob a ameaça do insucesso, o médico vai de risco em risco, lucrando com sua atividade. Ao solicitar ou contratar os serviços médicos sabe o paciente, ou seu responsável, que o resultado final poderá ser bom ou mau ou até não chegar a resultado algum, portanto aceita o risco. O cliente também tira proveito do risco criado, qual seja, o de reencontrar sua saúde, por isso que o ônus do reparo do dano deve ser dividido, como acontece no acidente de trabalho"... "Tratando-se da profissão médica a lesão será confeccionada no paciente através do instrumental trabalhado diretamente pelo médico. Daí sua negligência, imperícia ou imprudência não poder ser irrelevante para qualificar sua responsabilidade. Fora destas considerações sua atividade promove, em grande percentual, os princípios da responsabilidade objetiva".

Acima de tudo isso, de qualquer doutrina (subjetiva ou objetiva), como determinante do erro médico encontra-se o grosseiro, que recebe da própria

classe médica nada mais do que reprovação e repúdio, é, segundo o autor acima citado, “a conduta profissional que fere o entendimento do homem comum, impondo sanções ao médico pelas condições do cometimento. Os tribunais de todas as épocas incriminaram este erro que não deixa dúvida quanto ao reparo legal. É a forma inadvertida, imprecisa e incapacidade de que, por falta de mínimas condições profissionais, se permite o erro desavisado. Não se confunde com o erro profissional (precariedade dos conhecimentos humanos), que se dilata no risco profissional. No erro grosseiro se visualiza uma forma ampla de negligência, ferindo, na sua transgressão, todas as normas do comportamento médico”.

O erro grosseiro, sob qualquer aspecto, sob qualquer ângulo de qualquer teoria, será sempre incompreensível, inadmissível e inaceitável.

Genival Veloso, também Professor de Medicina, enfrentou, com muito brilho, o problema da teoria objetiva, em artigo doutrinário, transcrito na mesma *Revista Forense*, intitulado *Socialização do risco médico*.

Disse esse renomado mestre: “O acidente médico é, não raro, inevitável e inesperado, e suas causas são, sob o ponto de vista subjetivo, dificilmente determinadas. Por isso, a tendência contemporânea, no que se refere ao aspecto civil do dano médico, é substituir a noção de responsabilidade pela noção de risco. Não se pode mais aceitar comodamente a força cega do destino — o *act of God*. Fazer do dano um simples fruto do acaso, sem nenhum responsável, é uma forma cômoda e simplista, de resolver um problema sério, mas é, sem dúvida, uma grande injustiça”... “A falibilidade do médico e da Medicina é inquestionável. É ela aceita pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, principalmente sob o ângulo penal e moral. No entanto,

quanto à responsabilidade civil, esta chega a ser quase ilimitada. Os tribunais passaram a entender que a reparação do dano é um feito indiscutível. Já afirmaram que assim como é injusto o médico responder pela falibilidade da ciência ou da sua própria limitação, mais injusto seria deixar o paciente à sua própria sorte; quando buscando um bem encontrou um mal. Ou que se deixe abater sobre a vítima todo o peso do seu infortúnio”... “A responsabilidade civil gira em torno de duas teorias: a subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva tem na culpa seu fundamento basilar. Não é sinônimo, portanto, de dano. É claro que só existirá culpa se dela resulta um prejuízo. Aqui há responsabilidade do autor quando existe culpa, dano e nexos causal. Seu fundamento é todo moral: primeiro, porque leva em conta a liberdade individual, e, segundo, porque seria injusto atribuir a todos, indistintamente, consequências idênticas a um mesmo fato causador. Não faz injustiça com o autor, mas deixa fazer contra quem já sofre a contingência de ser vítima”... “Atualmente essa teoria começa a ser contestada por várias razões: “a imprecisão do conceito de culpa; o surgimento da responsabilidade sem culpa; o sacrifício do coletivo em função de um egoísmo individual, sem imputabilidade nos tempos atuais, e a socialização do direito moderno”... “O conceito de culpa vai se materializando, surgindo a teoria objetiva da responsabilidade que tem no risco sua viga mestra. O responsável pelo dano indenizará simplesmente por existir um prejuízo, não se cogitando da existência de sua culpabilidade, bastando a causalidade entre o ato e o dano, para obrigar a reparar. O nexos causal consiste no fato de o dano ter surgido de um ato ou uma omissão. No momento em que a noção de culpa passa a ser diluída, a idéia de risco assume um plano superior”... “A

teoria do risco despreza o subjetivismo jurídico e os pontos de vista filosóficos, para atender ao princípio da necessidade que as sociedades contemporâneas estão a exigir, como uma política de igualdade diante dos sacrifícios impostos no interesse público"... "A primeira vista, responder alguém por danos que tenha causado sem culpa, parece uma grave injustiça. Também não seria menor injustiça deixar a vítima sujeita à sua própria sorte, arcando sozinha com seus prejuízos".

E o eminente médico, depois dessas sensatas, criteriosas e convincentes considerações em favor da teoria objetiva, conclui, dizendo: "Só nos acode uma solução para o grave problema das demandas civis contra médicos, oriundas do exercício da profissão: a criação do seguro social médico".

Seja ou não a melhor e mais adequada para a solução do problema da responsabilidade civil no campo da medicina, a verdade é que a teoria objetiva, ou de risco, é, hoje em dia, acertadamente a meu ver, a preferida dos tribunais, que até bem pouco, optavam decididamente pela subjetiva ou da culpa, considerando caracterizada a responsabilidade civil do médico apenas em face de erro grosseiro ou indesculpável negligência. Prevalece, agora, o reverso da medalha, incorrendo responsabilidade do facultativo somente quando inexiste nexo de causalidade ou comprovadamente presentes atos de terceiros, força maior ou culpa do próprio paciente.

Esta a posição que decididamente adotaria se integrante fosse da Seção Civil do Tribunal de Justiça, que integro

como membro da Seção Criminal.

E concordo, plenamente, com o digno Prof. Genival Veloso de França, quando diz que a solução para a grave e tormentosa questão ora focalizada é a socialização do risco médico, com a qual ganhariam todos os envolvidos: paciente, médico e sociedade. É, sem sombra de dúvida, a que melhor atenderá à Justiça coletiva, pois, indubitavelmente é a medicina a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais.

E justifico esse pronunciamento, em prol da socialização da responsabilidade médica, com o exemplo que agora me ocorre: o de respeitável cirurgião, professor emérito, ativo e constante participante de congressos na área de sua especialidade, no Brasil e no exterior, admirado nacional e internacionalmente, jamais envolvido, até então, em qualquer desliz nas centenas e centenas de intervenções praticadas, que, um dia, por capricho do destino ou outro motivo imponderável, acaba cometendo sério, grave e inimaginável erro médico, provocando a morte de renomado cliente. Não bastasse o sofrimento íntimo, a mágoa interior intensa, o coração oprimido pelo erro único na vida, é processado civilmente, descoberto de seguro, e condenado, em primeira e segunda instância, ao pagamento de pesadíssima indenização reparatória do dano causado.

O seguro do risco médico não traria lenitivo à alma impactada, mas obstaria o desfalque, ruína talvez, de um patrimônio amealhado no curso de toda uma existência de trabalho e sacrifício.