

O ERRO MÉDICO E O FENÓMENO DA (PLURI) VITIMIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS TRIBUNAIS DO BRASIL E SUA INTERFACE COM O DIREITO ITALIANO.

**NOME DO AUTOR: Dra. Teodolina Batista da Silva Candido Vitório.
Pós Doutora em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália (2015).
Doutora em Direito Público pela PUC/MINAS. Advogada. Professora de
Graduação e Pós- Graduação da Fadivale. Autora do livro “Ativismo Judicial
Uma nova era dos Direitos Fundamentais”, dentre outros. Artigos publicados.
Email: lina.adv@terra.com.br**

**NOME DO ORIENTADOR: Dr. Carlos Clerc.
Professor da Universidade de Buenos Aires (UBA). Professor do Pós- Doutorado
em Direito e Saúde da Università Degli Studi Di Messina- Itália.
Email: carlosclerc@yahoo.com.ar**

**ÁREA DO DIREITO: Direito Constitucional; Direito Médico; Direito da Saúde;
Direito Internacional.**

RESUMO

Esta pesquisa perquire questão que já se consolidou como *extreme case* e tem desafiado o tecido jurídico de muitos povos hodiernamente: **“O Erro Médico”**, reconhecido hoje preocupantemente como um sério problema de saúde pública no Brasil e no mundo. Este fato será reprisado sob a égide do *“fenômeno da (pluri)vitimização da dignidade da pessoa humana nos processos judiciais”*. Tem havido um meteórico aumento das ações de erro médico no Brasil e em diversos outros países nos últimos anos, razão pela qual este tema merece um relevo especial. O objetivo é demonstrar que as pessoas que sofrem erro médico são também, surpreendentemente, *“(pluri)vitimizadas”*, vale dizer - atingidas pluralmente em seus direitos fundamentais -, pelo próprio Poder Judiciário Brasileiro. A *mala praxis* médica tem sido diretamente estimulada pela impunidade, nas quais assiste-se muitas vezes a vítima ser redobradamente mutilada em seus direitos da personalidade ao deparar-se com dilemas, dentre tantos, os seguintes: **a)** A morosidade processual irrazoável; **b)** O (des)equilíbrio processual notadamente na fase probatória; **c)** A caricatura sofismática do *quantum* indenizatório. O trabalho estabelece uma interface entre o Erro Médico no Brasil e na Itália e, por fim, lança luzes sobre esse drama universal, apontando caminhos de esperança para a multidão de vítimas.

Palavras-chave: Erro Médico. (Pluri)vitimização. Poder Judiciário. Dignidade. Vida.

ABSTRACT

This research asks the question that has established itself as extreme case and has challenged the legal *fabric* world in our times: "The Medical Error", recognized today worryingly as a serious public health problem. This fact will be reprised under the aegis of the "phenomenon of (multi-) victimization of human dignity in judicial proceedings". How there has been a meteoric rise in malpractice actions in Brazil and in several other countries in recent years, which justifies why this subject deserves special importance. Among many uproars, this essay seeks to inquire: "The unrestrained proliferation of medical error in our times can be the product of the phenomenon of (multi)victimization of human dignity in the courts in cases that discuss their many irreparable and fatal consequences ?". Its goal is to demonstrate that people, in addition to having their rights adversely affected by healthcare professionals who violate human sacredness not observing ethical principles and technical standards, are also surprisingly "(multi)victimized", that is - hit plurally in their fundamental rights - either by (Brazilian) Judicial Power which victims aspired receiving justice and absolute protection emanating from the mysterious robes of the legendary Hercules Judge Dworkiniana philosophy. This new look rise up the striking feeling that the medical *mala praxis* has been directly stimulated by the almost certain impunity depicted in the Courts in general demands of this nature, where often we witness the victim being) doubly crippled in their rights of personality encounter pharaonic procedural dilemmas, demonstrating, among many, as follows: a) the unreasonable procedural delays; b) the (un)procedural equity notably in the evidentiary phase; c) the sofismática caricature of indemnity *quantum*. The work establishing an interface between the medical error in Brazil and Italy, and finally, it sheds light on this drama pointing paths of hope for the multitude of victims who goes wandering without direction in search of faith, peace and dignity lost.

Keywords: Medical Error. (Multi)victimization. Judicial Power. Dignity. Life.

SUMÁRIO

RESUMO.....

ABSTRACT.....

I. INTRODUÇÃO.....

II. ERRO MÉDICO: matriz histórico-doutrinária.....

III. O METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: de Immanuel Kant ao estado democrático de direito.....

IV. RONALD DWORKIN E A METÁFORA DO JUIZ HÉRCULES NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO: *A Leitura Moral da Constituição, o Princípio da Integridade e o Chain Novel*.....

V. O FENÔMENO DA (PLURI)VITIMIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE ERRO MÉDICO E SEUS DILEMAS.....

5.1) Da morosidade processual irrazoável.....

5.2) Do (des)equilíbrio processual notadamente na fase probatória.....

5.3) Da caricatura sofismática do *quantum* indenizatório.....

VI. O ERRO MÉDICO E A (PLURI)VITIMIZAÇÃO DIAGNOSTICADA NOS TRIBUNAIS DO BRASIL E SUA INTERFACE COM O DIREITO ITALIANO.....

VII. CONCLUSÃO.....

I. INTRODUÇÃO

Esta investigação perquire questão que já se consolidou como *extreme case* e tem desafiado o tecido jurídico de todos os povos hodiernamente: **“O Erro Médico”**, que nesse ensejo será reprisado sob a égide do *“fenômeno da (pluri)vitimização da dignidade da pessoa humana nos tribunais do Brasil e sua interface com o direito italiano”*.

Justifica-se o estudo ora proposto ante o meteórico aumento das ações de erro médico no Brasil e em diversos outros países nos últimos anos, ao ponto de já estar sendo considerado um problema de saúde pública. Esse fato denuncia o afastamento da ética da relação médico-paciente e aponta para um dos mais deploráveis dramas decorrentes da violação da cidadania, notadamente no que concerne aos sacrossantos direitos à vida e à *saúde*.

Consoante sugere o título deste trabalho, a *questão-problema* consiste na seguinte perquirição:

“A incontida proliferação do erro médico hodiernamente pode ser produto do fenômeno da (pluri)vitimização da dignidade da pessoa humana nos tribunais nos processos que debatem os seus reflexos irreparáveis e fatais?”

Seu *objetivo* é demonstrar que as pessoas, para além de terem seus direitos lesados por profissionais da área da saúde que violam a sacralidade humana inobservando os princípios éticos e as normas técnicas, são também, surpreendentemente, “(pluri)vitimizadas”, vale dizer - atingidas pluralmente em seus direitos fundamentais -, pelo próprio Poder Judiciário do qual aspiravam receber justiça e absoluta proteção emanadas das misteriosas togas do lendário Juiz Hércules da filosofia Dworkiniana.

Esse ensaio científico, portanto, anseia direcionar para os Tribunais e seus atores o olhar de criticidade que até então era lançado exclusivamente sobre os profissionais da saúde, clínicas e hospitais nas múltiplas ocorrência de erro médico. Esse novo olhar exsurge da impactante sensação de que a *mala praxis médica* tem sido diretamente estimulada pela quase certeza de impunidade retratada nas Cortes em geral, em demandas desta natureza nas quais assiste-se muitas vezes a vítima ser redobradamente mutilada em seus direitos da personalidade ao deparar-se com dilemas processuais faraônicos, evidenciando-se, dentre tantos, os seguintes:

- a) A morosidade processual Irrazoável;
- b) O (des)equilíbrio processual notadamente na fase probatória;
- c) A caricatura sofismática do *quantum indenizatório*

É nessa esteira que Ronald Dworkin, marco teórico deste trabalho, reverenciado como um dos maiores pensadores contemporâneos, idealizou a imagem do *“Juiz Hércules”*, com atributos pessoais e profissionais sobre-humanos e preconizou o *“princípio da Integridade”* vislumbrando uma interpretação dos *hard cases* pautada *“na Justiça, na equidade e no devido processo legal”*.

Propõe que o Judiciário passe a revelar fidedigna e prioritariamente o objeto de cada processo em sua *melhor luz possível*. Para tanto, deve buscar colocar em evidência não apenas a substância das decisões adotadas por julgadores pretéritos. Cabe-lhe destacar o modo, as circunstâncias e o perfil da autoridade que fecundou especificamente cada veredicto que, no estudo em tela, transitarão entre as Cortes do Brasil, e da Itália.

O *método* deste estudo é a *pesquisa-ação*, espécie de análise de caráter científico, que pressupõe também a intervenção social, rompendo a dicotomia entre o universo teórico e o prático presente nas pesquisas convencionais, na forma decantada por Gardo, Michel Thiolent e Zuñiga (apud SIQUEIRA, 2005, p. 148-149)¹.

Sua *natureza doutrinária e jurisprudencial* se encontra evidenciada não apenas no permanente paralelo crítico-científico estabelecido em seu texto em torno dos precedentes das Cortes Superiores em âmbito nacional e internacional, como também no debate fomentado entre as múltiplas correntes jurídicas que se entrecruzam na esfera do direito com suas antinomias e idiosincrasias concernentes ao erro médico e o fenômeno da (pluri) vitimização da dignidade da pessoa humana nos processos judiciais.

¹ SIQUEIRA, Sueli. O trabalho e a pesquisa na construção do conhecimento. 2º ed. Governador Valadares: Editora da Univale, 2005.

II.O ERRO MÉDICO: MATRIZ HISTÓRICO-DOCTRINÁRIA

A justiça de Deus, só obtém aquele que tem fé. A justiça dos homens, nem sempre é possível obter, por que as amizades e intimidades, nos meios profissionais, incentivam a impunidade. A justiça da consciência, para aqueles que têm caráter, é o seu verdadeiro castigo”². (Célia Destri)

A priori soa oportuno elaborar um traço histórico dos avanços experimentados na esteira da responsabilidade civil atribuída aos médicos no decorrer das eras, afastando-se o tênue sentimento de que esta imputação constitui produto tão apenas da modernidade.

Os povos primitivos já conheciam este instituto, ocasião em que a atividade médica era exercida restritamente sob uma áurea de intensa religiosidade, quando o médico era até mesmo reconhecido como intérpretes dos deuses, vindo posteriormente a padecer de excessivo rigor ante equívocos eventualmente consumados.

Há relatos de que divindades agiam em nome dos médicos, representando-os inclusive moralmente. Narram os registros que Esculápio, na Grécia do século VI a.C., manifestava-se aos enfermos ao anoitecer e os curava ou revelava-lhes milagrosos tratamentos.

Hipócrates teria nascido em 460 a.C. e retirou dos deuses a arte de curar entregando-a aos homens. Tornou-se o *Pai da Medicina*, idealizando o juramento que até hoje prevalece e foi o principal líder da *Escola de Cós*, referência maior daquela época nos debates atinentes à saúde e suas mazelas.

Nesse cenário histórico, destaque-se o doutrinador Wanderley Lacerda Panasco³ o qual prelecionava que o Código de Hamurabi 1681-1750 a.C., dedicou nove preceitos à responsabilidade médica com sanções excessivamente rigorosas. *Verbis gratia*, se o médico não obtivesse êxito em sua intervenção cirúrgica e o paciente viesse a falecer, sendo “pessoa livre”, teria sua mão cortada como determinava a “Lei de Talião”, sem possibilidade de comprovar ou não sua culpa (responsabilidade objetiva).

Antes, outras codificações existiram a respeito, tal como o Corpo de Leis do Rei Urukagina de Lagos, no terceiro milênio da era pré-cristã, a Consolidação de normas do Rei Ur-namu (2.111-2084, a.C.), que em seu artigo 625 punia o erro médico. Por sua vez, o Código Lipisî Ishtar de Isin (1934-1924 a.C.), além das Leis de Eshnumma, do Rei Dadusha (1845-1787 a.C), semelhantemente reprimia esta conduta.

No Egito o exercício da medicina confundia-se com a dos sacerdotes e possuía um livro de normas o qual, se observado, isentava o profissional de pena, mas, se desprezado, conduzia o médico à imputação de culpa se o paciente viesse a óbito, consoante Panasco⁴ (1984, p. 37).

² DESTRI, Célia. Erro Médico. Julgo Procedente. Rio de Janeiro: Forense. 2002. P15. 2ª edição

³ PANASCO, Wanderley Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

⁴ PANASCO. Op. Cit. 1984, p37.

A Lei das Doze Tábuas, datada de 2.392 a.C., em seus arts. 219 e 226 impunha aos cirurgiões severas penas, como amputação da mão e outras não menos gravosas, se houvesse óbito ou perda da visão. Caso a pessoa falecida fosse escravo, competia ao médico pagar o seu preço ao seu senhor.

No Talmude, substituiu-se a pena de Talião pela de multa, prisão e castigos físicos, trocando a pena capital pela prisão perpétua sem trabalhos forçados se a vítima falecesse.

Rememore-se, outrossim, o que se refere aos visigodos. Os médicos seriam privados de seus honorários preteritamente avençados se o paciente falecesse. Constatando-se lesão decorrente da incidência de erro médico, o profissional repararia o prejuízo com 10 saldos de ouro. Se houvesse morte, o cirurgião era entregue aos parentes da vítima para retribuir a ofensa como melhor escolhessem (Lei VI: Código das Partidas). Se no entanto um servo padecesse em decorrência de sangria, o médico compensaria o seu senhor com outro escravo saudável (Lei XI do prefalado estatuto):

Entre os povos antigos há notícias de que os Visigodos e os Ostrogodos entregavam o médico à família do doente por suposta imperícia para que o justicassem como entendessem. Outros Códigos antigos, como os livros dos Vedas e o Levítico, já estabeleciam penas para os médicos que não aplicassem com rigor a medicina da época. E, assim, poderiam eles ter as mãos decepadas ou perder a própria vida se ficasse cego ou morresse o cliente⁵ (GOMES, 200, p. 27).

Glaucus, médico em Ephestion, na Grécia, foi censurado por negligência. Foi ao teatro e deixou o seu cliente sem a devida assistência, vindo este a falecer. Segundo Plutarco, sua crucificação teria sido determinada por Alexantre.

Na antiga Roma denotou-se uma tolerância exacerbada das Cortes para com a desídia médica. Plínio na ocasião protestou afirmando que “apenas aos médicos era permitido cometer assassinatos impunemente...”, tal como atualmente assevera-se que “o erro dos médicos são cobertos pela terra, assim como o cimento esconde o dos engenheiros”.⁶ (CROCE, 1997, p.6).

Na Idade Média penas bárbaras eram adotadas em caso de eventos letais, ainda que o erro médico nem sempre restasse comprovado.

Em 1825, o emblemático evento ocorrido em Domfront logrou justificável repercussão. O Dr. Hélie, ao realizar o parto da Sra. Foucault⁷ inobservou normas técnicas elementares gerando rara tragédia na vida daquela família. Ao nascer, o filho da parturiente estava em apresentação de espádua, com a mão direita para fora do corpo de sua mãe. Não tendo logrado êxito com as manobra internas adotadas, o médico amputou o braço do infante, considerando-o morto, ao argumento de que desta forma estaria melhor viabilizando a sua expulsão. Ato contínuo o membro superior esquerdo também foi exposto, sendo igualmente eliminado. A criança sobreviveu graças à intervenção de um outro médico. Nasceu imersa em sangue, com as gravíssimas mutilações mencionadas.

⁵ GOMES, Júlio Cezar Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso e. Erro médico. 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002. p.27.

⁶ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Erro médico e o Direito. São Paulo: Oliveira Mendes. 1997.

⁷ FRANÇA, Genival Veloso. Medicina Legal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 2015.

Desconsolados, os seus pais acionaram o médico. Aquela Corte requereu à Academia de Medicina de Paris um parecer. *A priori* tratou a matéria como inequívoco erro, mas tempos depois, em manifesto corporativismo, elaborou outro laudo declarando a inocência e, por conseguinte, a não responsabilidade do ofensor.

Diante dos prefalados pareceres antagônicos, o Tribunal de Domfront condenou o Dr. Hélie a indenizar o clã Foucault, pagando-lhe 200(Duzentos) Francos anuais.

Nesse cenário, ressalte-se outrossim a dramática intercorrência protagonizada em 1832 pelo Dr. Thouret Noroy⁸, de Evreux, também na França. Fato é que, consoante registra a história, ao efetuar uma sangria na veia de um paciente, na prega do cotovelo, terminou por seccionar involuntariamente a artéria radial, gerando daí incontida hemorragia que, a duras penas, foi controlada com bandagens compressivas. Ao ser procurado depois pelo cliente, recusou-se a prestar-lhe a devida assistência, violando assim a *obligatio ad diligenciam*.

Ao sobrevir-lhe gritante dor e diante da necrose manifestada, o cliente contactou outro médico que precisou imediatamente amputar-lhe o braço para que não sacrificasse a sua vida.

O Dr. Thouret Noroy que havia realizado a desidiosa sangria respondeu perante o Tribunal Civil de Evreux que lhe impôs como sanção o dever de pagar indenização “por imperícia, negligência grave e falta grosseira.”⁹

Em Paris a jurisprudência sobre responsabilidade médica firmou-se solidamente em 1836. Em 1868 o Tribunal de Dijon, adotando a inclinação de outras Cortes, consolidou o entendimento de que o profissional da medicina, como as demais pessoas, respondem pelos danos advindos de imprudência, negligência e imperícia.

No Brasil, o art. 159 do Código Civil de Clóvis Beviláqua¹⁰ instituiu, *verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O art. 1545 do mesmo diploma legal destinava-se notadamente aos profissionais da saúde, senão vejamos:

“Os médicos, cirurgiões, parteiros e dentistas são obrigados a satisfazer o dano sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.” (art. 1.545).

O novel *Codex Civile* de 2002¹¹ amplia os efeitos do vetusto art. 1545 e amplia sua força aplicando-se a todos os profissionais da saúde a teor do disposto no art. 351 que segue *ipsis litteris*:

O disposto nos art. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização no exercício de atividade profissional, por negligência, imperícia e imprudência, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁸ ACHÁVAL, A. *Responsabilidad Civil del Medico*. Ed. Abeledo-Porrot(Buenos Aires). 1996

⁹ FRANÇA, Genival Veloso. Op. Cit. 2015.

¹⁰ NOBRE, Freitas. *Clóvis Beviláqua*. São Paulo: Melhoramentos, 1960.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 84/2014. In: **Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

Nesta seara adicione-se o Código de Ética Médica¹² (Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009) em cujo art. 1º, assim preconiza:

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.

Dessume-se, portanto, deste arcabouço histórico, que a pedra angular da responsabilidade dos profissionais de saúde reside na espécie de relação contratual celebrada entre eles e o paciente: a de meios e a de resultados.

É justamente neste prisma que no início do século passado, René Demogue¹³ intentou resolver questões relacionadas a acidentes envolvendo matéria alusiva ao transportes de pessoas e de mercadorias. Em seus estudos sistematizou as obrigações em duas categorias, em função de seu objeto ou conteúdo, a saber, em decorrência da utilização dos “meios” hábeis e mais eficazes na intervenção médica ocorrida ou do alcance ou não do “resultado” previamente avençado.

Por fim, a história avança por um frenético labirinto jurisprudencial, teórico e empírico que constrói e reconstrói a doutrina jurídica atinente ao erro médico e as angustiantes e ao mesmo tempo instigantes nuanças que esta matéria suscita, com as antinomias e idiosincrasias retratadas no desenvolvimento do trabalho.

¹² DANTAS, Eduardo. COLTRI, Marcos. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 1ª ed. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2010.

¹³ GIOSTRI, Hildegard Taggessell. *Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Juruá Editora. 1ª edição, 7ª reimpressão. Curitiba. 2011. P. 111-118.

III. O METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: de Immanuel Kant ao Estado Democrático de Direito

Considerate la vostra semenza: fatti non foste a viver come bruti ma per seguir virtute e canoscenza. (Dante Alighiere)

Indubitavelmente, estreita é a relação existente entre o erro médico e a inequívoca violação do metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Esta assertiva deflui do fato de que, quando as vítimas são submetidas às irreparáveis lesões que uma *mala praxis* produz, são atingidas visceralmente em seus mais consagrados direitos da personalidade constitucionalmente garantidos. Estes, constituem emblemas históricos dos direitos fundamentais consolidados desde os tempos mais remotos, já decantados na *Magna Charta Libertatum*(1215) e na *Bill of Rights*(1689), ambas na Inglaterra, *Declaration des Droits de l'Homme et du Citouen* de 1.789, na França; na *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴ (Paris,1948), na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), e nos incontáveis tratados internacionais de direitos humanos que refletiram seus luminares sobre a Constituição Federal Brasileira de 1988¹⁵ e sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH-3(Decreto nº 7.037, de 21 de Dezembro de 2009 atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de Maio de 2010).

A proteção da pessoa humana, é considerada o postulado determinante das mais inéditas transformações históricas e da consciência moral da sociedade contemporânea.

Nessa esteira, destaque-se o pensamento de Giole Solari¹⁶, *verbis*:

O direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade.

Acentue-se, por oportuno, a estratosférica mudança traduzida no antagonismo estabelecido entre este entendimento e o novo paradigma constitucional que consolida a ideia de solidariedade, exigindo-se a união de todos em torno do propósito de conservar mutuamente a humanidade de cada um.

Essa nova ideologia supera a perspectiva meramente individualista e patrimonialista do direito que cedeu lugar aos movimentos pacifista, feminista, ao ambientalismo anti-racismo, anticolonialismo, dentre outros, num cenário de redobrado humanismo que coloca em evidência os direitos das minorias.

Oportuno se torna revisitar a axiologia no que trata-se da dignidade da pessoa humana, liame maior de todo o ordenamento jurídico pátrio consagrado como fundamento do estado democrático de direito no art. 1º, III da Constituição Federal.

¹⁴ Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas(ONU) Paris, 1948.

¹⁵ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988: Atualizada até a Emenda Constitucional nº 84/ 2014. São Paulo Saraiva: 2015

¹⁶ SOLARI, Giole. Individualismo e diritto privato *apud*. M. GIOGIANNI. O direito privado e as suas atuais fronteiras(1961), trad. M.C. Del Cicco, Revista dos Tribunais nº 747, p.42

A dignidade humana é inerente a todas as pessoas pelo só fato de deter a condição humana, independentemente dos atributos individuais de cada um. A proteção à sua intimidade, privacidade, honra e imagem é o corolário maior deste princípio tutelado no art. 5º, V e X da CF e, por conseguinte, em diversos outros diplomas infraconstitucionais, a exemplo do art. 186 c/c 927 do *Codex Civile*, o art. 6º VI e VI do Código Consumerista (Lei 8078/90), o Estatuto da Criança e do adolescente-ECA (Lei 8.069/90) em seu art. 17 c/c 201, V, VIII, e IX, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), em seu art. 2º, além da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em seu art. 3º, dentre outros.

Mas afinal, em que consiste a dignidade da pessoa humana? Schereiber¹⁷(2011) suscita esta provocação ao perquirir:

E o que é dignidade humana?

A dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana.

Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substracto cultura.

Ocorre porém, que bem além do seu conceito, a dignidade deve ser assimilada a partir de seu sentido teleológico, a saber, a “proteção das pessoas como um fim em si mesma e não como um meio¹⁸.”

Decorre dessa reflexão a tese de que a pessoa não deve ser compreendida como um objeto, uma vez que a matéria é apenas um atributo da pessoa e possui sim proteção jurídica, mas como ensina Beltrão¹⁹, não traduz a sua essência.

Nesse diapasão soa oportuno reiterar que o berço do conceito de dignidade da pessoa humana reside na filosofia kantiana, notadamente na “Fundamentação Metafísica dos Costumes”(1785).

Na maestria de Kant²⁰, ninguém deve ser transformado em instrumento para a ação de outrem. Não soa admissível que um ser humano seja tomado como instrumento ou meio para atender seus próprios fins:

A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não podia pensar-se como fim em si mesmo. A razão relaciona, pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. *Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela uma dignidade.* O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é

¹⁷ SCHEREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Ed. Atlas. 2011. P. 8

¹⁸ KANT. Immanuel. 1997 apud SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas 20

¹⁹ BELTRÃO, Sílvio Romero. Direito da Personalidade. São Paulo: Atlas. 2005

²⁰ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintão. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural. 1980. P. 42. (coleção Os Pensadores-Volume Kant II).

conforme a um certo gosto e não um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.(g.n)

Incorporando esta filosofia, preleciona INGO WOLFAND SARLET²¹:

"Em suma. o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais' (José Afonso da Silva), exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos)."

ANA PAULA DE BARCELLOS²², corrobora este pensamento ao assinar:

"Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça."

Resgatando o pensamento Kantiano, extrai-se *que a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço*, que não possa ser substituído por um correspondente.

Trata-se de uma qualidade essencialmente relativa à pessoa humana com ente moral que constrói distinta personalidade em cada um, por meio do exercício de uma razão prática, pautada na liberdade (autonomia racional).

A doutrina de Kant merece o devido relevo ainda quanto ao requisito ad igualdade na atribuição da dignidade, na medida em que a liberdade, no exercício da razão prática é a premissa única para que alguém incorpore este valor.

Nesse ensaio, Miguel Reale²³ destaca:

"Partimos dessa idéia, a nosso ver básica, de que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores. O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um animal entre os demais da mesma espécie. O homem, considerado na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se como razão determinante do processo histórico.

A idéia de valor, para nós, encontra na pessoa humana, na subjetividade entendida em sua essencial intersubjetividade, a sua origem primeira, como valor-fonte de todo o mundo das estimativas, ou mundo histórico-cultural.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. São Paulo: Renovar. 2006. P. 241.

²² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo Ed. Renovar, 2002, p. 305.

²³ REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989. P 168

Quando Kant dizia – "Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas" – dando ao mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua Ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência"²⁴

Inspirado nesta lição, o jurista JOSÉ CLÁUDIO MONTEIRO DE BRITO²⁵ assim preleciona:

É que não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar da dignidade *sem a saúde*, ao trabalho, enfim sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições?(g.n.)

Trata-se de inquietação de capital relevo para a compreensão e verticalização do tema ora em comento, haja vista que o ERRO MÉDICO resulta da violação do direito fundamental à saúde que conduz à mutilação do corpo e da alma, além da mitigação da própria vida, na maioria dos casos, restando sepultada cruelmente a dignidade da pessoa humana das incontáveis vítimas mundialmente sacrificadas.

Porém, uma voz que clama no deserto tem anunciado que este histórico "*sacrifício da vida e da dignidade das pessoas nos corredores e leitos hospitalares*" tem sido gravemente endossado pelas Cortes e tribunais os quais, em certos julgados, voluntária ou involuntariamente, consagram a impunidade por meio de veredictos injustos e imorais que inequivocamente estimulam a proliferação desta chaga social que urge ser dizimada.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à ciência do Direito. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 1995.p 39/40.

²⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com reclusão do homem à condição análoga, a de escravo e dignidade da pessoa humana. In: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>. p. 7/8. Acesso em 20.06.2015

IV. RONALD DWORKIN E A METÁFORA DO “JUIZ HÉRCULES” NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO: A Leitura Moral da Constituição, O Princípio da Integridade e o *Chain Nove*²⁶

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são os seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura dentro e além do direito que possuímos. (Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*, 2002, p 486).

No cenário social hodiernamente instalado – pontua preocupantemente Neves²⁷ (2007) –, o Brasil não mais resiste a uma Constituição de natureza meramente “simbólica” – sem função jurídico-instrumental, adormecida sob um etéreo berço de natureza tão somente político-ideológica, cuja moldura retrata uma imagem deformada e sombria dos direitos e garantias fundamentais.

De igual sorte, dúvida não há no sentido de que o Estado certamente sucumbirá caso continue apresentando-se simplesmente como figurante frente à realidade hoje instalada. Se insistir em assim agir, poderá ver sua Constituição reduzida à lamentável condição de um débil e vil “simulacro” (MOREIRA²⁸, 2008, p. 92).

Assim, releva observar que o ideal de consolidação da democracia num país precisa passar também pelas fronteiras do seu Judiciário, o qual, como é cediço, por meio da justa composição dos conflitos, pode, sim, reconstruir os marcos históricos de seu povo ou retrocedê-los, se inobservada a justiça, a ética e o humanismo na arquitetura de seus julgados.

Questiona-se, atualmente, se em seus pronunciamentos e veredictos proferidos nas ações que investigam o erro médico, os magistrados estão contribuindo efetivamente ou não para a intimidação desta prática vil que depõe brutalmente contra a consolidação do Estado Democrático.

Emergem desta investigação as tão sofridas vozes das vítimas de erro médico que há muito tem ecoado na consciência moral dos tribunais pátrios em busca de igual consideração, dignidade e respeito.

Nesse giro, o erro médico deve ser compreendido como a falha resultante do descumprimento de dever profissional do médico, seja contratual ou extracontratual, cujos reflexos violam direitos das pessoas em suas múltiplas dimensões, devendo o seu agente responder nas esferas do direito civil, penal, administrativo e ético-profissional.

Essa conduta desviante pode consumir-se de plúrimas formas: erro de diagnóstico, de cirurgia, de pós-operatório e de tratamento, tal como perscruta Moraes²⁹(2003).

²⁶ Neste capítulo foram reproduzidos fragmentos do IV capítulo de um livro da Autora, desta pesquisa: VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido: *Ativismo Judicial: Uma nova era dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Baraúna. 2013. p. 140-207.

²⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

²⁸ MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

²⁹ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 424

Para Jurandir³⁰(2003), na doutrina da Ciência do Direito e para o exercício da medicina, unificou-se o seguinte entendimento, o qual, uma vez violado, faz caracterizar o *erro médico*:

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica. E que o médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado.

Para lograr eficácia em seus pronunciamentos nas ações que perquirem a *mala praxis* médica, torna-se imperioso que o Judiciário passe por uma metamorfose filosófica, política e estrutural. Imprescindível abdicar-se do passivismo e renunciar ao *status* de reles aplicador da lei, assumindo o *locus* de potencial agente de “interpretação das normas constitucionais”, tencionando torná-las efetivas na promoção dos direitos fundamentais e das urgentes transformações sociais proclamadas pela democracia. É, nesse sentido, a celebrada lição de Alexandre Pasqualini ao ensinar “Viver é, pois, interpretar e interpretar-se”... “São os intérpretes que fazem o sistema sistematizar e, por conseguinte, o significado significar” (PASQUALINI³¹, 1999, p. 22-23).

Ainda nesse consenso hermenêutico, Juarez de Freitas³², por sua vez, assevera:

Na devida perspectiva tópico-sistemática, o ir além da interpretação semântica revela-se, forçosamente, como ultrapassagem da exegese das regras textuais. *Ir além do texto passa a ser condição obrigatória para compreender de maneira superior inclusive a tradição peculiar na qual o texto se encontra.* (FREITAS, 2004. p. 183 grifo nosso)

Nesse mesmo diapasão, saliente-se novamente a leitura de Dworkin (2003) acerca da harmonia do Direito e da moral a partir de uma “prática interpretativa construtiva” cuja prática torna-se intransigível na esfera do erro médico. Esse pensamento é prestigiado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2008), ao destacar o “romance em cadeia” (*chain novel*), ilustração elaborada pelo filósofo acerca do extremado valor do aspecto histórico e da prática social interpretativa e argumentativa, pautados no princípio jurídico da moralidade política.

A imprescindível relevância desse ciclo interpretativo se encontra corroborada na lição de Vera Lúcia Ribeiro de Souza³³, em sua dissertação de Mestrado em Direito intitulada “O LABIRINTO E O FIO DE ARIADNE: a proposta de Dworkin para o

³⁰ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 88

³¹ PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

³² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistêmica do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.183

³³ SOUZA, Vera Lúcia Ribeiro de. **O labirinto e o fio de Ariadne**: a proposta de Dworkin para o entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais. 2006. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais”, includentemente nas lides que debatem a *mala praxis* médica como *hard case*:

Em uma das mais instigantes histórias da mitologia grega, encontramos a figura de Teseu: o jovem herói ateniense, disposto a enfrentar o desafio do Minotauro, que vivia dentro de um labirinto. Foi o único entre os heróis a conseguir tal feito e depois encontrar uma saída. E ele o fez, conta a mitologia, por estar guiado por um novelo que o conduziu desde a entrada até a saída, um fio que ele foi desenrolando dentro do labirinto, o fio de Ariadne.

Não há como sairmos de um labirinto se não encontrarmos uma forma de reconhecer suas tramas, suas encruzilhadas, suas armadilhas, sem termos um fio que nos conduza por seus trajetos tortuosos.

Entendemos que uma Teoria de Direito tem a função de fio condutor para que se revele ao nosso entendimento o próprio objeto de estudo desta ciência. Em uma teoria, cada conceito, cada construção teórica, é um elo para novas construções, uma interconexão, ou nexos, que dá unicidade e coerência ao todo. A figura do labirinto também é apta a descrever uma seara onde o conhecimento é não linear, não exato, de abordagem multifacetária.

A aplicação do Direito é um tema essencial nos dias atuais, sendo que sua necessária interpretação é premissa necessária à sua aplicação. Não há como aplicar o que não foi previamente interpretado. E interpretar nunca se desvincula da ideia teórica que temos do objeto de nossa interpretação.

O Direito que foi interpretado e aplicado é o Direito vivo, entendido não como algo isolado, algo em si mesmo, alijado da realidade social à qual se destina. Assim, entendemos que o Direito fora do “mundo da vida”, fora do seu contexto de “ciência social aplicada” não é nada: é como uma criação sem o sopro de vida. (SOUZA, 2006, p. 9-10). (g.n.)

As proeminentes tarefas imputadas ao Judiciário atualmente, quer pela Constituição, quer pela pressão decorrente do desencanto dos cidadãos, podem ser passíveis de concretização por meio de condutas mais progressistas, reformadoras e modernizantes que tem sido inspiradas por valiosos institutos a exemplo do *“judicial review”*, instrumento de notável relevo na jurisdição constitucional democrática, consoante lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz³⁴ (2004).

Afinal, conforme anota Cappelletti (1999), o Judiciário era cotado secundária e timidamente, como se fosse um Poder menos legítimo, por não serem os seus agentes eleitos pelo povo, ao passo que o Legislativo e o Executivo eram soberanamente entronizados. Porém, ocorreu historicamente um inusitado reverso. É que, no cenário nacional, o Judiciário passou a ocupar o lugar de âncora, de “guardião das promessas constitucionais”, como lembra Zulmar Fachin (2010)³⁵.

É que, na arquitetura dos “Poderes”, coube ao Judiciário compor as demandas que lhe fossem apresentadas e, por força da Constituição de 1988, monitorar o arbítrio dos demais Poderes para evitar desmandos e abusos desmedidos. Nessa esteira, Eugênio Raúl Zaffaroni promove o Judiciário como ícone da cidadania e da dignidade da pessoa humana, *verbis*:

Certamente que o Judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite

³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

³⁵ FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais**. Disponível em:

http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em 10 de maio de 2015

as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana (ZAFFARONI³⁶, 1995, p. 37).

Nesse modelo jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal tem exercido o papel de “Guardião da Constituição”, devidamente credenciado pelo seu art. 102, tendo consagrado também o *power of judicial review* herdado da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de *Marbury v. Madison*, em 1803. Nesse emblemático caso, o *Writ of Mandamus* do Juiz de Paz William Marbury (nomeado no Distrito de Columbia), decorreu do fato de o Secretário de Estado James Madison, por determinação do novo Presidente Thomas Jefferson, ter se recusado a lhe entregar o título respectivo com efeitos retroativos à posse, inclusive gerando lei legitimando tal impedimento.

Mediante pronunciamento, que vem ecoando ao longo dos anos, o juiz John Marshall inaugurou uma nova era na história daquela Corte. Refutou as posturas de Thomas Jefferson e James Madison e, concomitantemente, apontou a inconstitucionalidade da nomeação de Marbury, a qual por isto deveria ser anulada. (*The rule must be discharged*) - (Suprema Corte Norte Americana, 2010).

Inaugurou-se, assim, por meio do *judicial review*, a intransponível era da *political question doctrine*, posteriormente adotada pelo Brasil, de notável proeminência nos anais do atual Supremo Tribunal Federal, mas ainda não consolidado nas demais Cortes com a força necessária.

Dworkin³⁷ assevera que na busca de um sistema que mereça ser considerado verdadeiramente justo, deve o judiciário aplicar irrestritamente o “Princípio da integridade” que busca traduzir uma construção interpretativa, una e coerente do direito, coadunantes com a igualdade, a dignidade e a liberdade, dentre outros direitos fundamentais, amortecendo assim o rigor excessivo da lei que emudece o cidadão e cala seus ideais:

O modelo do direito como “princípio da integridade”

Vivemos na lei e segundo o direito.

Ele fez de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça.

Lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito.

Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer.

A lei sussurra sua ordem muito baixinho, para ser ouvida com nitidez.

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, e o direito faz de nossas práticas jurídicas as melhores possíveis.

Como pode a lei comandar quando os testes jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos? (Dworkin, in “O império do Direito – Prefácio, grifo nosso)

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 37

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

O princípio da integridade tem também aplicação pelo Poder Legislativo, que, de igual sorte, requer a preservação da justiça, da equidade e do devido processo legal. Isto porque, no pensar dworkiniano (2003), tanto o legislador quanto o julgador devem primar pela coerência moral do Direito, uma vez que as proposições jurídicas não são dotadas de natureza unicamente descritivas, mas sim de caráter sobretudo interpretativas.

Outrossim, o filósofo norte-americano preconiza que, no modelo de integridade, a comunidade política precisa conscientizar-se de que se encontra sob a égide inclusive dos princípios endossados pelas decisões políticas particulares adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo na solução dos casos difíceis. Desse contexto, emana uma jurisdição altamente conflitante conforme razões expostas no “Império do Direito”:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. (DWORKIN, 199, p. 263)

Dworkin encontra na “integridade” uma *conditio sine qua non* do Estado de direito, que mais se evidencia na prática jurídica. Sua intimidade com a “justiça” decorre do fato de esta, como virtude política, corresponder à correta distribuição dos recursos materiais e sociais entre as pessoas. Assim, guarda afinidade com as deliberações finais tomadas pelas instâncias políticas que representam a comunidade.

Lenio Streck sintetiza a proposta de Dworkin quando elucida:

Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra. (STRECK, 2008, p. 250³⁸)

Qualquer julgamento, no entanto, pressupõe a observância de uma fronteira: a fundamentação fulcrada em teorias e princípios que impedem decisões abusivas e arbitrárias, eivadas de conotações excludentes e preferências pessoais:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 250.

alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa (...). Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral (DWORKIN, 2003, p. 305)³⁹.(g.n.)

Para Dworkin (2003), o modelo do Direito como integridade implica alguns considerandos que exigem a necessária atenção de seus adeptos, bem como de seus críticos, cabendo aqui ressaltá-los:

- a)** Aos aplicadores da norma cabe, nos casos complexos que lhes competir julgar, adotar princípios distintos de seus conceitos individuais de justiça, vislumbrando, assim, fundamentar aspectos relevantes e constantes da lei que está em vigência, mas que foi escrita, porém, no tempo passado;
- b)** As soluções atribuídas no passado devem ser consideradas pelos julgadores, aos quais compete ignorar suas bandeiras particulares para favorecer as convicções políticas da comunidade, refutando, destarte, uma “cruzada moral”;
- c)** Os princípios imprescindíveis, para esclarecer o poder fundante da prática comunitária, sobrelevam-se a quaisquer outros que possam, eventualmente, justificar uma possível hipótese decisiva;
- d)** A “integridade inclusiva” prevalece sobre a “pura”. Portanto, devem ser adotados procedimentos realmente compatíveis com a doutrina mais coerente com as políticas da comunidade, sobretudo quando a Constituição não é clara. Isto porque o Tribunal é notado como um parceiro na elaboração das normas, não devendo abdicar dos aspectos acima elencados.

Na verdade, o princípio da “integridade” de Dworkin, conjugado com sua proposta da “interpretação construtiva”, busca minimizar as inquietações oferecidas pela doutrina, diante do problema da “figura do juiz neófito”:

que, embora vocacionado e intelectualmente qualificado, não pode defrontar, na cena judiciária, com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça (NALINI⁴⁰, 1991, p. 159-172)

Enfim, vale ressaltar que a “coerência” exigida pela tese da “integridade”, requer muito além do que a inócua aplicação mecânica das leis, que podem ser pensadas como decisões políticas pretéritas. Impõe seu equilíbrio pela justiça e equidade, “construindo” e não somente “encontrando” a solução adequada, inovando

³⁹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 2003

⁴⁰ NALINI, José Renato. O Magistrado e a comunidade. RPGELPS, junho, 1991.

sempre o direito vigente. Essa dinâmica exegética tem por finalidade maior evitar que, entre os cidadãos de uma comunidade, alguém seja excluído ou tenha seus direitos sacrificados “... como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total” (DWORKIN, 2003, p. 257). Esse cenário se cristaliza quando, ao prolatarem suas decisões, os julgadores adotam seus próprios convencimentos com pretensões das mais elevadas moralmente, entretanto, desprezando a cartilha política da comunidade onde ocorreram os fatos colocados em pauta.

Partindo dessa premissa hermenêutica, Dworkin idealizou o *chain novel* (romance em cadeia), com ênfase na interpretação literária na qual o leitor busca conferir ao texto um sentido, em vez de empreender esforços para descobrir a intenção de quem o escreveu. Trata-se de uma técnica que habilita o crítico a manter-se em contínua evolução, circunstância esta que se coaduna com a realidade do Direito, que passa sempre por uma nova dinâmica a cada fase histórica experimentada por um povo.

Essa metáfora do romance em cadeia possibilita a integração do sentido dos capítulos precedentes, contribuindo para uma definição e melhor construção do texto, permitindo que o hermeneuta busque a interpretação que lhe aparente melhor e mais segura:

Esta cadeia é um dos pilares do Direito como integridade, e tem a virtude de, a cada nova interpretação, por à prova a decisão dada, a fim de verificar se esta decisão faz parte da estrutura política da comunidade, e se ela coerentemente justifica o sistema como um todo. (DELATORRE⁴¹, 2008, p. 68)

Nessa dinâmica, o primeiro autor elabora o capítulo inaugural da lei possuindo liberdade ampla para estabelecer seu perfil pessoal, por encontrar-se no preâmbulo do texto. Define os protagonistas de maior expressão, bem como, de forma preliminar e de certa forma privilegiada, direciona a trama. O segundo dá prosseguimento ao trabalho como mentor maior do próximo capítulo. Deste, esperam-se inovações, outros desafios, a apresentação de novos personagens e, com seu estilo próprio, adequações no enredo, desenvolvendo o cenário de forma autêntica e até mesmo imprevisível. A partir de então, a liberdade para criar existe, mas não de forma tão ampla. Assim se preservará o caráter uníssono da obra, em que pese a pluralidade de autores.

Destarte, dos idealizadores dos demais capítulos sucessivos, conta-se que, antes de elaborarem o teor do texto em construção, interpretem hermeneuticamente toda a produção anteriormente construída, preservando a coerência e a coesão, ainda que os demais não tenham primado por essa lógica no decorrer de suas intervenções.

No que alude à “Leitura Moral da Constituição e a Metáfora do Juiz Hércules”, Vicente de Paula Barreto⁴² proclama:

⁴¹ DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial**: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Hebert Hart. 2008. 138f. Dissertação de Mestrado - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-RS, Porto Alegre

⁴² BARRETO, Vicente de Paula. **A leitura ética da constituição**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/VIVE.pdf>>. Acesso em 20 de jun. 2015

O sentido da leitura constitucional torna-se moral na medida em que esses valores são encarados, não como simples arranjos políticos institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementadas na sociedade política. (BARRETO, 2006, p.6)

Consoante se extrai dos capítulos anteriores, a teoria dworkiniana tem, como marco, o seu ferrenho combate ao utilitarismo e à filosofia analítica, motivo pelo qual ela estabelece um vínculo imprescindível do direito com a moral, primando por uma função do intérprete que seja de natureza prescritiva e não somente descritiva.

Reiterando, Dworkin idealiza uma *comunidade de princípios* onde as pessoas se integram a um certo segmento social ao admitirem que se encontram entrelaçadas por princípios comuns e não somente por normas impostas por consenso político:

Os membros de uma determinada *sociedade de princípio* admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados (DWORKIN, 2003, p. 254/255, grifo nosso).

Em que pese viverem em sociedade com distintos interesses e convicções pessoais alusivos ao conceito de “bem”, os cidadãos, num liberalismo dworkiniano, aspiram por um tratamento de igual respeito e consideração para todos, que deve ser garantido na instância jurisdicional:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levar em conta ao julgar, quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do Legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los (DWORKIN⁴³, 2001, p. 31)

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

A doutrina jurídica que recomenda a “leitura moral”⁴⁴ da Constituição guarda estreito vínculo com os conceitos nodais de democracia, a qual deve ser assimilada como

um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana. Destarte, permite que se incorpore e leve em consideração no processo de aplicação da lei, ao caso concreto, as finalidades últimas do regime democrático. Trata-se de considerar os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade como princípios fundantes da ordem jurídica (BARRETO, 2006, p. 6).

Ainda no que concerne à “leitura moral” ora em tela, releva salientar que sua efetivação pressupõe um “Compromisso Moral Coletivo”. Em linhas gerais, essa condição implica que os cidadãos se tornem defensores não somente de seus direitos pessoais, mas também dos interesses dos demais indivíduos componentes da comunidade onde se encontram integrados, rompendo, dessa forma, com a visão meramente utilitarista típica do juspositivismo ainda reinante na sociedade hodierna. Essa cultura de solidariedade proporciona a inclusão dos cidadãos na sociedade, sobretudo por meio de sua real participação e defesa de seus interesses nas decisões coletivas frente as quais preservam sua autonomia individual. Trata-se de uma filosofia que traduz o ideal de comunidade democrática incorporado por Dworkin, quando preconiza que “*uma sociedade na qual a maioria despreza as necessidades e pretensões de alguma minoria, é ilegítima e injusta*” (DWORKIN, 1996, p. 25).

Guardando coerência com essa ideologia, Dworkin elabora a teoria consagrada como “*leitura moral da Constituição*”, que deve ser compreendida como o processo ao qual compete dizer como devem ser lidas e interpretadas as cláusulas constitucionais definidoras dos pressupostos do Estado Democrático de Direito que integra, politicamente, os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Esses valores, na teoria de Norberto Bobbio, configuram o verdadeiro amálgama da história universal dos Direitos Humanos e devem configurar um precioso vértice na medula processual das ações de erro médico que tanto desafiam os direitos fundamentais.

⁴⁴ BARRETOS, Vicente de Paula. A Leitura ética da Constituição. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/VIVE.pdf>>. Acesso em 20 de jun. 2015

V. O FENÔMENO DA (PLURI)VITIMIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE ERRO MÉDICO E SEUS DILEMAS.

La medicina no puede ser un comercio, no puede manejar a los pacientes como simples recursos económicos. (Dr. René Favaloro)

Os capítulos pretéritos deste estudo ressaltaram um fenômeno que pode ser sobejamente identificado nas Cortes na atualidade, revelado sob a insígnia de “(pluri)vitimização”. Este constitui o paradoxo consumado quando pessoas que tiveram seus direitos fundamentais feridos em razão da *mala praxis* médica, tornam-se em sua maioria vítimas também dos tribunais que, por repetidas vezes, também mutilam gravemente sua dignidade humana privando-as da justiça ansiosamente esperada, vitimando-as de forma recorrente, desumana e plural por meio de sentenças que visivelmente consagram a impunidade

Assim, reitere-se, após terem sido atingidas pela densa nuvem do erro médico que assalta-lhes a alegria, a paz interior e a felicidade violando sua intimidade, honra e imagem, as pessoas ainda são impactadas por um outro acinte aos seus direitos da personalidade. Agora, no entanto, surpreendentemente, o agente é o próprio Poder Judiciário do qual esperavam a garantia de seus sacrossantos valores morais, espirituais e materiais, imprescindíveis a uma vida verdadeiramente digna e honrada.

Destarte, o enfrentamento desta evidente chaga social trazida sob o emblema de ERRO MÉDICO, é crucial e inadiável. Afinal, no Brasil já tornou-se uma grave questão de saúde pública, eis que uma em cada seis famílias já sofreu essa fatídica experiência⁴⁵. Representa a quinta maior causa de mortes nos Estados Unidos da América conforme notícia Makary, em anotação lançada na contracapa de sua obra intitulada UNACCOUNTABLE⁴⁶ (2012):

⁴⁷In UNACCOUNTABLE, You will learn about: DANGEROUS CARE

Medical mistakes are the fifth leading cause of death in the United States.

The number of patients killed by preventable medical errors every year is equivalent to four jumbo jets crashing every week.

Esse dramático fosso de mortos e mutilados, vítimas, em sua maioria, de profissionais descomprometidos com a ética e com o amor à vida, se agiganta de forma avassaladora, estimulado pela incidência de enésimas circunstâncias típicas das ações judiciais de erro médico, sublinhando-se dentre tantas, as seguintes:

- a) Morosidade Processual irrazoável;
- b) (Des)equilíbrio processual, notadamente na fase probatória;

⁴⁵ Revista Isto é. O doutor errou, e agora? Uma em cada seis famílias brasileiras já passou por isso. 26/07/95 pp. 86 a 91.

⁴⁶ MAKARY, Marty. MD. Uma Unaccountable. What Hospitals. Won't Tell You and how Transparency can Revolutionize Healthcare. New York. London, 2012

⁴⁷ Você aprenderá o inacreditável sobre: cuidados perigosos.

O erro médico é a quinta maior causa de morte nos Estados Unidos.

O Número de pacientes mortos por ano em razão de erros médicos totalmente previsíveis equivale à queda de 5 aviões por colisão a cada semana.

c) Caricatura sofismática do *quantum* indenizatório.

Esses aspectos viscerais que urgem ser superados, culminam em julgamentos majoritariamente de improcedência ou de procedência meramente parcial das ações judiciais propostas, endossando a impunidade e desprezando em absoluto a moral constitucional preconizada por Ronald Dworkin à luz do que noticia o capítulo anterior deste ensaio.

É o que corrobora a pesquisa quantitativa desenvolvida por Garfinkel⁴⁸ junto à Fundação Getúlio Vargas, ao analisar veredictos proferidos em 910 processos no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2007 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, traduzida nos seguintes dados:

4.5 MODALIDADE DE ATIVIDADE MÉDICA E RESULTADO DA AÇÃO

A maioria dos casos de erro de diagnóstico teve julgamento desfavorável ao autor (41,8%). Somados os resultados parcialmente favoráveis (34,2%) com os favoráveis (22,8%), obteve-se o total de 57%. Nos casos de erro médico por prognóstico, em metade dos casos o resultado foi desfavorável e na outra metade parcialmente favorável. Nos casos de erro médico por cirurgia, a maioria teve resultado desfavorável (47,8%) seguida pelo resultado parcialmente favorável (38,8%). Somados os resultados de alguma forma favoráveis ao autor, eles equivalem a 50%. As ações por erro médico em relação ao período pós-operatório tiveram em sua maioria resultado desfavorável (50%). Somados os resultados parcialmente favoráveis (39,3%) e favoráveis (10,7%), chegou-se ao percentual de 50%. As ações com origem no erro no tratamento tiveram em sua maioria resultado desfavorável (57,1%). Somados os resultados favoráveis (21,4%) e parcialmente favoráveis (21,4%), eles equivalem a 42,8%.

Se esta é a realidade no Estado de São Paulo, verifica-se que nos últimos 5 anos no Estado do Mato Grosso as ações judiciais fundadas em imputações de erro médico aumentaram 300% (trezentos por cento), principalmente nas especialidades de obstetria(33%), traumas de ortopedia (13%), além de cirurgias gerais (10%) e plásticas(9%)⁴⁹.

A estas estatísticas, some-se outrossim, a conclusão de Couto⁵⁰ quando revela que 85% (oitenta e cinco por cento) desses casos são considerados improcedentes. Por conseguinte, trata-se de realidade que está a exigir medidas urgentes e pontuais em homenagem ao Direito e à Justiça que não coadunam com a débil idéia de um mero simbolismo dos direitos e garantias fundamentais agredidos contundentemente nos dramáticos incidentes desta natureza que insistem em se multiplicar.

⁴⁸ GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista DIREITO g.v 6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35181/33986>>. Acesso em: 10/ 05/ 2015

⁴⁹ BOTELHO, Regina, **Centro Oeste Popular online**. Erro Médico: Ação na justiça aumentaram 300% em MT. Disponível em: <http://www.copopular.com.br/saude/id-102736/erro_medico__acoes_na_justica_aumentam_300__em_mt>. Acesso em: 15.07.2015

⁵⁰ COUTO, A. Curso de Direito Médico, Colégio Brasileiro de Cirurgiões. Agosto. 2003

5.1) DA MOROSIDADE PROCESSUAL IRRAZOÁVEL

No que diz respeito à excessiva morosidade processual⁵¹, constitui um dos maiores vetores desse repudiante cenário. Impõe-se ressaltar que a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, conhecida como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 03/09/1953, institui em seu art. 6º, nº I, o direito à resposta jurisdicional “num razoável prazo” *verbis*:

Qualquer pessoa tem direito que a sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela...” (grifo nosso)

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº. 45, de 8.12.2004 acresceu ao Art. 5º da CF, o inciso LXXVIII que consagrou idêntico princípio ao dispor:

A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados **a razoável duração** do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (grifo nosso)

Quanto a este incontestável fenômeno da morosidade, vale ressaltar, constitui seguramente um paradoxo frente à filosofia do Estado Democrático em face de seus novos paradigmas. A Revista Jurídica CONSULEX, por exemplo, em diversas edições, tem provocado reiteradamente o assunto, senão vejamos: *“De quem é a responsabilidade? O Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva declarou que a Justiça deve ser a mesma para ricos e pobres...”* *‘Pela morosidade da Justiça, não se recomendaria a uma pessoa com idade superior a sessenta anos demandar em juízo, pois, em face da média de vida dos brasileiros, dificilmente ela obteria, não diríamos êxito, mas uma decisão final, isto é, uma decisão contra a qual não se pudesse opor qualquer recurso, em tempo hábil (ou seja, enquanto ela ainda vivesse).* (NÓBREGA⁵², 2003, p.16, ano VII, nº 152); *“Entraves do Judiciário. Soluções que não dependem da reforma da Constituição. Dinâmica do Processo. A busca de uma maior celeridade”* (Ano VII – 153, Capa e fls. 21). *“A Quem interessa a morosidade da Justiça”* (OLIVEIRA⁵³, 2003, p.44-53, Ano VII, 167).

Na edição da Consulex nº 167, p. 22 e 23, o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, por meio de tabelas bem detalhadas, publicou uma pesquisa referente à quantidade de processos enviados àquele Tribunal entre 1950 e 2003 e à Corte

⁵¹ Texto reproduzido do artigo científico lavrado pela autora: VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional resultante do decisionismo e da morosidade processual: Uma análise à luz da Teoria Discursiva do Direito de Jurgen Habermas. In: Direito em Perspective. 40 anos de ensino da Fadvale. Governador Valadares: 2008, p. 257-286.

⁵² NÓBREGA, Airton Rocha. Assistência Judiciária. Consulex - Revista Jurídica. Brasileira, DF, ano 71, nº 152, p 17-21, maio, 2003. De quem é a responsabilidade. Consulex - Revista Jurídica. Brasileira, DF, ano 7 nº 152, p 14-15, maio, 2003.

⁵³ OLIVEIRA, Moises do Socorro. Morosidade do Judiciário- Causas e soluções. **Consulex** - Revista Jurídica, Brasília, DF, Ano 7, nº 167, p. 44-53, 31 dez. 2003

Constitucional Alemã, respectivamente, encontrando-se na página 23, a seguinte ressalva:

A simples comparação entre os números obtidos **pelo STF, em 1988(21.328 processos) e 2000(105.307 processos)**, mostra, de forma eloqüente, a distorção experimentada. Observa-se que o número de processos julgados ou recebidos **pela Corte Constitucional Alemã, entre 1951 e 2002(141.712) processos**, é equivalente ao número que o Supremo recebe em um ano. Assinale-se que, em períodos de maior crise, **a Corte Constitucional alemã, por exemplo, jamais recebeu um número superior a 5.911 processos em um mesmo ano. (grifo nosso)**

No mesmo periódico (p. 30 e 31), em pronunciamento do Ministro Nilson Naves do Superior Tribunal de Justiça, vê-se ainda, respectivamente, os seguintes títulos: *“Efetividade do Poder Judiciário. O estigma da ineficiência da prestação jurisdicional em virtude da lentidão com que são conduzidos os processos, nega força ao Judiciário e tenta por o Direito e a Justiça na categoria de ornamentos”*, *“Pesquisa da OAB mostra descrença no Judiciário”*.

Naquele mesmo exemplar o assunto foi provocado ainda mais agudamente com a pergunta de Amaral⁵⁴ (2003, 2003, ano VII, p.32) ao indagar: *“Como agilizar a Justiça?”* Curiosamente, tal manchete foi ilustrada com a figura de “uma tartaruga conduzindo sobre si diversos processos jurídicos”. Naquela oportunidade, duras críticas e profundas reflexões foram construídas a respeito, apontando-se algumas causas desse fenômeno, tais como, a *“indolência operacional”* e a *“preguiça moral”*, invocando-se ali Nietzsche e Cappelletti.

Igual atenção merece o título constante da Revista Jurídica Consulex, nº 167, ano VII, p.40: *“Estado mostra que Justiça Brasileira é a quarta pior das Américas”*:

O sistema judiciário no Brasil é **caro, lento e fraco**. Essas são algumas das conclusões que podem ser tiradas do relatório sobre o Estado e a Justiça nas Américas – 2002/2003, publicado no Centro de Estudos da Justiça das Américas (CEJA) com sede no Chile (BATISTA, 2003, p. 40-41, grifo nosso)

Matéria publicada no *site* www.espaçovital.com.br em 24.09.07, notícia: *“Processo trabalhista está próximo ao fim após 40 anos de tramitação”*(ROMS nº 10010/2003-000-02-00-3, do TJRS).

A excessiva quantidade de processos nos Tribunais, especialmente em nível de Segunda Instância, deve-se, em sua maioria, a um sem número de decisões que além de tardias, são também proferidas em desacordo com o justo, sem o crivo hermenêutico.

Ressalte-se, outrossim, que, com o objetivo de viabilizar o acesso à justiça, (CAPPELLETTI, 1988, apud VITÓRIO, 2004, p.17)⁵⁵, propõe-se pelo menos três movimentos: **a primeira onda** é a remoção do obstáculo econômico que diz respeito aos necessitados (assistência judiciária); **a segunda onda**, refere-se ao obstáculo organizacional a ser rompido pelas diversas tutelas coletivas e **a terceira onda** está

⁵⁴ AMARAL, Luiz Otávio de O. Como agilizar a justiça. Consulex –Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 7, nº 167, p. 32-35, dez. 2003

⁵⁵ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Conciliação, mediação e arbitragem: novas formas de solução de conflitos. 2004. Monografia (Especialização em Direito Civil e Processual Civil) - Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Governador Valadares, 2004

relacionada a criação dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos(VITÓRIO, 1999, p.212/240)⁵⁶.

Hoje já se apregoa a **quinta onda** dos direitos fundamentais. Antes, porém, uma **nova onda** se faz necessária, sem a qual as demais não gerarão o menor efeito. Esta, terá como maior escopo, o desafio do Estado formar julgadores não somente investidos de uma mera capacidade de decidir de forma fria, mecânica e exegética, como se fossem simples operadores, mas sobretudo, dotá-los do poder de reconstrução da Justiça em cada caso concreto(LAFER, 2003, p.275), até mesmo por que, **“cada processo abre um novo caminho e cada cliente suscita um novo enigma.”** (CALAMANDREI, p. 107, grifo nosso)⁵⁷.

Nesse sentido, Souza Cruz oferece-nos a seguinte reflexão:

Pela história, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em um determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá. Não há exagero em fazer uma analogia desta história com o que ocorre no cotidiano das práticas jurídicas. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não sabem de sua força. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem dessa **“síndrome de abdula”**. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – **reproduzir os sentidos previamente dados / adjudicados / atribuídos por aqueles que têm o *skeptron*, é dizer, a fala autorizada**. Não se consideram dignos-de-dizer-o-verbo. Perderam a fé em si mesmos. Resignados, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho-da-verdade, ou seja, “a correta interpretação da lei”! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 4-5, grifo nosso)⁵⁸.

Como consequência da excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional, assiste-se atualmente o caos no Poder Judiciário. Contribuiu para agravar esse quadro o excesso de formalismo, a insensibilidade e o manto da corrupção, atualmente noticiado pela imprensa nacional relativo ao Poder Judiciário, até mesmo com vendas de sentenças.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ http://www.cnj.gov.br/images/stories/docscnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf, disponibilizou os “Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário do ano de 2005”.

Divulgou a existência de 41,94 milhões de processos judiciais à espera de julgamento em 31 de dezembro de 2005, entre processos cíveis, criminais, trabalhistas, nas esferas estadual e federal.

Naquele ano os tribunais brasileiros receberam 21,54 milhões de processos, tendo julgado 18,27 milhões. Assim, o ano findou com um acréscimo de 3,27 milhões de processos na lista de processos pendentes.

⁵⁶ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Dano Moral: conceito e evolução. **Revista de Direito FADIVALE**, Governador Valadares, ano 1, nº 1, p. 190-220. 2002.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes vistos por nós os advogados. Tradução de Marcos Zani. São Paulo: JG Editor, 1995.

⁵⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

O volume de julgamentos em 2005 indicou que **mesmo que a Justiça não tivesse recebido novos processos em 2006 e 2007, seriam necessários pelo menos dois anos e três meses apenas para serem julgados todos os pendentes.** Como o volume de processos julgados foi inferior ao de feitos ajuizados, o que vem ocorrendo há alguns anos, a cada dia aumenta a percepção do cidadão brasileiro no sentido de que a Justiça é lenta.

Na primeira e segunda instâncias da Justiça Estadual foram 14.547.302 novos processos em 2005, enquanto na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho foram distribuídos 3.194.887 e 3.365.671, respectivamente. Os tribunais superiores receberam 338.954 e o Supremo Tribunal Federal recebeu 95.212.

Vale observar que 25% de toda a movimentação processual já se encontra no âmbito dos Juizados Especiais, certamente uma das formas encontradas pela população para contornar a morosidade das instâncias ordinárias da Justiça.

Interessante levantamento estatístico foi promovido também pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Abrange o período de 1940 a junho de 2007, no qual constata-se a diferença radical entre a quantidade de processos que ali chegaram a “título recursal e em nível de competência originária” e a quantidade de “julgamentos” proferidos, os quais normalmente ficam abaixo de 50%. (www.stf.gov.br)

Dados da Corte Maior desse país revelam que enquanto na década de 40 chegaram até o STF a título de “distribuição” e em “caráter recursal” soma equivalente a menos de 6.000 processos; em 1960 esse número dobrou; em 1980 aumentou para 18.000; em 1990 saltou assustadoramente para 38.000 e em 2002, alcançou a casa dos 240.000.

No reverso da moeda, tem-se nesse mesmo percurso, que na década de 1940 os julgamentos efetuados foram de aproximadamente 2.700; em 1960, corresponderam a 5.800; em 1980, somaram 9.000 e em 2002, resultaram em 80.000.

Incomparavelmente menor, portanto, a quantidade de processos julgados pelo STF relativamente àqueles que ali chegaram; demonstração fática da morosidade processual que alarga os vales de pobreza do país, aumentando a cada dia as desigualdades sociais.

A democratização processual é sem dúvida um imperativo. A Emenda Constitucional n.45, de 08.12.2004, tem prometido suavizar esse cenário por meio da Reforma Processual. Tal possibilidade, entretanto, passa pelas Teoria Discursiva do Direito e do Agir Comunicativo de Habermas⁵⁹, segundo as quais, as decisões precisam afastar-se do mero formalismo, de seu ritual conteudista, para encontrar a simetria da igualdade e da participação de seus atores, estabelecendo-se, para tanto, um discurso democrático, digno e organizado⁶⁰.

O impacto da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que cuidou da reforma processual e do Poder Judiciário foi cristalino nesta estatística, ante as estratégias e metas adotadas no combate à morosidade. Em 2014 foram decididos 114.391 enquanto recebeu-se em grau de recurso ou por competência originária 95.633 autos (57.191 somados a 38.442)⁶¹.

Tudo indica que há uma luz no horizonte dos jurisdicionados e casos de morosidade processual que soavam anedotários poderão um dia ser considerados ultrapassados.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. e II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro. 2003

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política. 3. ed., São Paulo: Loyola, 2007

⁶¹ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05/07/2015.

Nesse leme Vianna Direito⁶² (2003, p. 112-113), traz inusitada citação acerca de um magistrado da Bahia que durante o exercício de 10(dez) anos de judicatura proferiu apenas 4(quatro) sentenças criminais de mérito e 36(trinta e seis) cíveis da mesma natureza, as quais, em grau de recurso, a maioria foi cassada, ante a incidência de erros grosseiros no trato com o Direito.

Em seqüência, de forma ímpar, ensina o conceituado doutrinador:

A prestação jurisdicional ofertada pelo Estado possui a mesma importância dos balcões em hospitais públicos. Não pode o cidadão ficar à mercê da boa vontade do julgador para decidir as questões fáticas emergentes do convívio social.

A doutrinadora Vera Lúcia R. S. Jucovsky⁶³, produziu a obra “Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional”, na qual estabelece paralelos acerca da matéria nas jurisdições Brasil-Portugal, com foco na decantada Convenção Européia dos Direitos do Homem (03.09.1953).

Mencionada Autora, explica o sentido da expressão “razoável” (2.000, p. 20), que guarda significativa intimidade com o presente debate:

A Convenção não exige uma justiça pronta, nem se limita a sancionar a denegação da justiça; consagra o direito à justiça **em prazo razoável, razoabilidade a aferir em função da complexidade do processo, do comportamento das partes e do modo como as autoridades competentes dirigiram o processo.** (...) (grifo nosso)

Faz referência a uma decisão prolatada em primeira instância em 09.11.95, na 7ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo (Autos nº. 890.017.372-3), onde figuraram como partes Osvaldo Sanches contra a União Federal.

O Autor pretendeu receber indenização por ter proposto ação trabalhista que foi julgada parcialmente procedente, mas sofreu danos irreparáveis pela morosidade de 20(vinte) anos transcorridos no deslinde da lide.

Seu pedido de reparação dos danos morais sofridos pela lentidão processual foi julgado procedente, **sendo considerado irrazoável aquele prazo de espera pelo pronunciamento estatal**, havendo condenação de 150(cento e cinquenta) salários mínimos de indenização (1999, p. 74). Nesta esteira, oportuno trazer à memória o imortal Rui Barbosa segundo o qual: “justiça tardia é injustiça confessa e manifesta”.

Por derradeiro, releva salientar que nas ações judiciais atinentes ao erro médico a morosidade se acentua de forma expressamente maior ante a complexidade das provas, principalmente pericial, que enfrenta o drama do corporativismo que protela ainda mais a instrução processual e, via de consequência, compromete o seu deslinde.

5.2) DO (DES)EQUILÍBRIO PROCESSUAL NOTADAMENTE NA FASE PROBATÓRIA

⁶² DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. Do controle disciplinar do juiz à Liz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶³ JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade do Estado por danos ambientais*: Brasil - Portugal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

Como é cediço, o princípio da igualdade constitui historicamente a medula dorsal das maiores democracias. Não sem motivo, o art: 5º da Constituição Federal Brasileira o destaca com singularidade descrevendo-o formalmente sob diversos matizes.

A igualdade entre as partes processuais traduzida no tratamento isonômico é ponto nodal do Código Processual Civil pátrio (art. 125, I), inadmitindo-se intransigentemente a sua violação.

Entretanto, paridade processual ainda é um princípio cujo alcance não se cristalizou nas ações judiciais de erro médico, em decorrência de muitos aspectos. Um exemplo, é a implicativa diferença entre as castas sociais das partes. Na realidade a vítima, em sua maioria é de baixa renda, com pontuais exceções, enquanto o agente protagonista da *mala praxis* possui o mais elevado poder intelectual, aquisitivo e privilegiado *status* social. Por tal razão, litigam judicialmente com armas desiguais, fato que, por si só, gera um inequívoco e confesso desequilíbrio no trâmite processual considerando que torna-se praticamente inalcançável a igualdade de oportunidades, bem como de igual consideração e respeito que se intenta consagrar.

No entanto, o principal de todos os descompassos processuais enfrentados pela vítima de erro médico reside na seara probatória. A ausência de conhecimento técnico por parte de suas testemunhas e a extrema complexidade da perícia o torna hipossuficiente e furta-lhe a paridade constitucional a qual não é absolutamente equacionada pela inversão do ônus da prova garantida pelo estatuto consumerista em seu art. 6º, VIII⁶⁴.

Associado à prova pericial tem-se o dilema do espírito de corpo que macula a sentença conferindo-lhe rumos injustos e inimagináveis.

Nesse giro há que se ressaltar que em homenagem ao corporativismo o período entre o início e o término da instrução pericial prorroga-se interminavelmente na maioria dos casos. Em situações em que a culpa é latente, torna-se muito comum ocorrer sucessivas recusas dos “colegas” médicos para não imputarem a culpa ao companheiro de farda, manobra esta que consome anos a fio diante de repetidas nomeações que automaticamente se frustram.

Como se não bastasse, em muitos casos o resultado pericial também é visivelmente manipulado para proteger o autor do ilícito e colocar a salvo os interesses da classe depondo o *esprit de corps*, uma vez mais, contra o império da justiça.

Melo⁶⁵ (2008, p. 172) anui com este entendimento e comenta:

A experiência demonstra que o laudo técnico deve ser recebido com a devida cautela, pois a opinião em que se louva o perito tende isentar o colega pelo ato incriminado, sob a inspiração daquilo que os irmãos Mazeround denominaram “*esprit de corps*” ou solidariedade profissional.
(...)

⁶⁴ BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

⁶⁵ MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

Por sua vez, Kfoury Neto(2002, p. 69)⁶⁶ nesta mesma esteira adverte:

Evidentemente, há natural tendência dos médicos ao exame mais tolerante do ato culposo, atribuído a colega seu. Tal afirmativa não encerra nenhum intuito de reprovação genérica ou acusação infundada. Apenas se quer dizer que o médico, ele próprio convicto de que deseja somente o melhor para o enfermo sob seu cuidado, busca automaticamente explicação científica (ou fática) para o erro do demandado. Custa-lhe admitir que o colega foi imperito, imprudente ou negligente. Prefere-se, por isso mesmo, utilizar expressões como "intercorrência", "acidente" "complicação" "fatalidade" ou "mau resultado".

Fato é que o judiciário não está adstrito à prova técnica. Em que pese ser leigo em matéria médica, deve lastrar sua convicção não apenas na perícia, mas analisá-la em conjunto com os demais elementos probantes constantes dos outros para desta forma lapidar o verdadeiro direito e a genuína justiça.

5.3) DA CARICATURA SOFISMÁTICA DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Preconiza a melhor doutrina que a fixação do *quantum* indenizatório deve ser coerente com as circunstâncias de fato, não devendo representar enriquecimento sem causa para o favorecido, muito menos ser indiferente para o ofensor litigado.

Neste contexto os *punitive damages* são idealizados sob o manto da “*Teoria do Desestímulo*”, segundo a qual a quantia arbitrada a título de dano moral deve desestimular o ofensor e inibi-lo na prática do ato reprimido. Na realidade uma indenização irrisória em nada compensa o ofendido e só serve para motivar a repetição da conduta censurável pelo Demandado.

Nesta esteira, outra muralha se ergue nas ações judiciais de erro médico, haja vista que estas são colocadas em constante descrédito em decorrência dos pífios valores muitas vezes arbitrados a título de danos morais, na maioria dos respectivos veredictos, absolutamente insuficientes à compensação da lesão sofrida e à intimidação da conduta ofensiva.

Ato reflexo, a vítima sente-se mais aviltada do que antes, enquanto o ofensor percebe-se com um passaporte livre e sem limites para prosseguir em seus atos ilícitos, inconsequentes e desumanos.

Este preocupante cenário tem conduzido ao debate de três critérios de fixação do valor indenizatório: o matemático, o tabelamento e o arbitramento judicial, este último, prevalente no ordenamento jurídico pátrio.

Sob este aspecto, o Superior Tribunal de Justiça havia adotado valores definidos para casos específicos, consoante desvela o seguinte quadro.

⁶⁶ KFOUR I NETO , Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de vôo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>.

No que alude ao tarifamento, é oportuno o entendimento expresso no Enunciado nº550 da VI Jornada de Direito Civil, evento realizado em 11 e 12 de março de 2013 pelo Centro de Estudo Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) em torno dos arts. 186 e 944 do Código Civil pátrio, na compreensão de que “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamentos ou a valores fixos, haja vista que cada caso é um caso”, *verbis*:

“Cada Caso é um caso”. Essa frase, comumente aplicada na medicina para explicar que o que está descrito nos livros pode diferir da aplicação prática, deve ser trazida para o âmbito jurídico, no tocante aos danos morais. Há três anos, o STJ buscou parâmetros para uniformizar os valores dos danos morais com base em jurisprudências e fixou alguns valores, por exemplo, para os casos de morte de filho no parto (250 salários) e paraplegia (600 salários). Da análise desse fato, devemos lembrar que a linha entre a indenização ínfima e o enriquecimento sem causa é muito tênue; entretanto, a análise do caso concreto deve ser sempre priorizada. Caso contrário, correremos o risco de voltar ao tempo da Lei das XII Tábuas, em que um osso quebrado tinha um valor e a violência moral, outro. Quando um julgador posiciona-se acerca de um dano moral, deve atentar para alguns pontos, entre os quais a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido, a condição financeira do agressor e do agredido, baseando-se nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, além da teoria do

desestímulo. Dessa forma, a chance de resultados finais serem idênticos é praticamente nula. O juiz não pode eximir-se do seu dever de analisar, calcular e arbitrar a indenização dentro daquilo que é pretendido entre as partes. Assim, considerando o que temos exposto, conclui-se que não deve existir limitação prévia de valores, sob o risco de fomentarmos a diabólica indústria do dano moral.

Wesley Bernardo⁶⁷ (2005, pag. 153) não propõe um tabelamento, mas o arbitramento de forma logicamente verificável, de sorte que o comando do Judiciário se submeta ao controle de sua racionalidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁶⁸, em judicioso voto prolatado na Apelação Cível nº 1.0702.04.188661-6/001, da lavra do Desembargador Fábio Maia Viani, aplaudido por unanimidade, assim asseverou quanto ao grau de exemplaridade do valor que deve ser arbitrado: “Quanto ao valor da indenização, como é próprio do dano moral, deve servir de advertência contra a prática de condutas similares, tanto mais exemplares quanto poderoso for o infrator e mais vulnerável for a vítima”.

A indenização por danos morais, reitere-se, idealiza

“restabelecer o equilíbrio no mundo fático rompido pelas consequências da ação lesiva, porque interessa à sociedade a preservação da ordem existente e a defesa dos valores que reconhece como fundamentais na convivência humana”. (BITTAR, 2.000, p. 25)⁶⁹.

Esse equilíbrio, há que se dizer, lamentavelmente é o elo perdido nessa complexa engrenagem processual. Exige, no entanto, um olhar agudo sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para impedir o arbitramento de cifras faraônicas e, sobretudo, de quantias imorais que reduzem e coisificam brutalmente a consagrada e digna imagem da vítima.

Esses 3 dilemas ora descritos destacam-se entre os principais desafios de todos os sistemas jurídicos, conforme traduzem os *decisuns* epigrafados no próximo capítulo que busca visitar os tribunais do Brasil e da Itália desvendando seus enigmas alusivos a esta angustiante matéria atinente ao “Erro médico e a (plu)rivitimização da dignidade da pessoa humana nos processos judiciais”.

⁶⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Lousada. Danos Morais: Critérios de fixação de valor. São Paulo. Renovar, 2005, p. 164.

⁶⁸ Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 05/07/2015

⁶⁹ BITTAR, C. A. **Reparação Civil por danos morais**, n. 35, p. 218, apud CAHALI, Y. S. Dano Moral. 2ª ed. 4ª Tiragem. São Paulo, RT, 2000. Pag.703

VI. O ERRO MÉDICO E A (PLURI)VITIMIZAÇÃO DIAGNOSTICADA NOS TRIBUNAIS DO BRASIL E SUA INTERFACE COM O DIREITO ITALIANO.

“Oh Deus! Enche a minha alma de amor para a arte, para todas as criaturas. Não admitas que a sede do benefício e a procura da glória me influenciem no exercício da minha arte, pois os inimigos da verdade e do amor dos homens poderiam facilmente levar-me ao abuso e afastar-me do nobre dever de fazer o bem aos teus filhos. Sustem a força do meu coração para que eu possa sempre a todos servir, o amigo e o inimigo, o bom e o mau...”⁷⁰

Ab initio impende salientar que no mundo globalizado há uma forte tendência à padronização de idéias, condutas e sistemas, não sendo diferente no que alude aos processos judiciais. Tratando-se de Erro Médico, muitos são os matizes jurisprudenciais que convergem e divergem nesta seara, a exemplo do Consentimento Informado, da inversão do ônus da prova e outros institutos igualmente relevantes.

Entretanto, a forma de enfrentamento e efetivo combate ao erro médico pelo Poder Judiciário revela-se bastante diversa em cada sistema jurídico, levando-se em consideração a tendência dos julgamentos, o tempo de duração dos processos, a paridade das partes, o *quantum* indenizatório e a eficácia dos veredictos até a consumação do real pagamento das vítimas.

À guisa de análise destes aspectos, elege-se-á o estudo de casos específicos no Brasil e de outros na Itália para que possa ser estabelecido entre estes sistemas uma interface, senão vejamos:

Em 10 de abril de 1999, nasceu J. S. A. com 55 cm e 4kg e 200gr, primeiro filho de R. B. S. P. e J. M. P. os quais posteriormente tiveram outra filha, a saber: R. S. P. Fato é que J.S.A não revelou a menor intercorrência ao longo da gravidez que somou 16 consultas pré-natais. Ocorre que o obstetra havia protelado excessivamente a realização do parto, levando o infante a aspirar mecônio (suas próprias fezes), fato que então bloqueou os seus alvéolos. Esse quadro causou-lhe insuficiência respiratória grave que converteu-se em sofrimento fetal crônico e agudo levando-o à morte ante a falta de assistência médica adequada tanto por parte do médico quanto pela pediatra.

Em 1ª instância, na esfera cível, o Judiciário reconheceu o erro médico, declarando, entretanto, que teria sido praticado apenas pelo obstetra. Após longa e árdua batalha recursal, houve reforma da decisão num evidente decreto de impunidade.

No âmbito penal os profissionais foram absolvidos em 1ª instância. As medidas recursais conduziram à condenação do obstetra unicamente. Outra vez, de recurso a recurso, reformou-se esta decisão chancelando também nesta seara a impunidade dos profissionais.

Neste, como em muitos outros casos, foram, *a priori*, inequívocas e contundentes as provas coligidas aos autos, de natureza documental, testemunhal e pericial. A perícia que revelou a *mala praxis* foi confrontada com outra que teve dados visivelmente produzidos e adulterados, apresentada como uma carta em um jogo ímpio para simplesmente caracterizar o *in dubio pro reo* e afastar a punibilidade.

⁷⁰ PINA, J.A. Esperança. A responsabilidade dos médicos. 3ª ed, Edições Lidel, Lisboa, 2003.,

Esta saga no campo cível e penal perdurou por 15 anos de angústia, desgaste e desencanto das vítimas, seus familiares e amigos, causados pelo Poder Judiciário no qual deliberarem confiar sua última centelha de fé e de esperança.

Restou no entanto para a vítima e os seus, o conforto advindo da atuação de alguns (as) raros (as) juízes, Promotores e Desembargadores (as) que, fiéis à menina dos olhos do direito, a justiça, não temeram pronunciar-se em nome da verdade traduzida na sentença cível adiante descrita:

Autos nº 010599008943-2

Vistos, etc.

J. M. P. e s/m R. B. S. P. ajuizou a presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO em face de L. M. M., J. D. N. L. E H. S. L. G. V. LTDA, aduzindo, em síntese que no dia 10/04/1999 a autora internou-se nas dependências do hospital requerido, assistida pelo IPREM-GV, para se submeter ao parto de seu primeiro filho, o qual veio a nascer às 09h40min, pesando 4.200g, medindo 55cm, recebendo o nome de J. S. P.

Os autores disseram que a gravidez desenvolveu-se de forma tranquila e saudável, tendo a gestante passado por 16 consultas médicas no período pré-natal, de 04/08/1998 a 10/04/1999, efetuando exames e procedimentos médicos. Alegaram que a criança faleceu depois de 01h e 10min de nascer, em consequência de parto retardatário e por falta de atendimento adequado, nas dependências daquele nosocômio.

Sustentaram que de acordo com o exame de ultrassonografia o período previsto para o nascimento do bebê seria entre 25/03 a 02/04/1999; sendo primeiramente agendado pelo primeiro requerido o parto para o dia 07/04/1999 e posteriormente adiado para 13/04/1999, em desacordo com o mencionado exame.

(...)

Afirmaram que no dia 30/03/1999 a autora começou a perder líquido amniótico e procurou seu médico, o primeiro requerido, o qual a recomendou forçar o parto normal e voltar outro dia. Aduziram que em 05/04/1999 a autora voltou ao citado medico, tendo o mesmo insistido no parto normal.

Disseram que em 07/04/1999, devido ao fato da autora não mais sentir os movimentos do filho como antes e percebendo dormências em sua mãos e câibras no quadril, a mesma procurou seu médico, tendo ele, no entanto, afirmado que somente faria o parto no dia 10/04/1999 As 06h30min.

Argumentaram ter comparecido no dia e horário previstos, sendo que somente as 09h o médico compareceu para realizar o parto.

Alegaram que apesar da criança ter nascido com sintomas que revelavam alto risco de vida, a pediatra Jane Débora, ora requerida, não a levou para a unidade de tratamento intensivo do hospital; nem mesmo avisou aos autores a respeito da real situação e necessidade de maiores cuidados quanto aos problemas do recém nascido, encaminhando-o para o berçário, sem fazer qualquer recomendação sobre seu estado clínico. Sustentaram que somente depois de ser chamada compareceu no berçário, quando já não mais era possível salvar a vida da criança.

Narraram que foi posteriormente constatado pela pericia realizada por médico legista em Teófilo Otoni, no mesmo dia dos fatos, e também pelo laboratório do Hospital das Clinicas da USP, que o bebê era perfeito, mas teria passado do dia de nascer, tendo entrado em processo de sofrimento, sendo encontrados em seu pulmão fezes e liquido amniótico, que ocasionaram seu falecimento.

(...)

E o relatório.

Decido.

(...)

Quanto ao mérito

Trata-se de ação em que os autores buscam indenização pela morte de seu filho, ocorrida em 10/04/1999, no hospital requerido responsabilização aos requeridos.

Diante disso, infere-se que os pontos principais a serem demolidos nesta ação cingem-se à existência de culpa por parte dos requeridos na *causa mortis* do neonato registrado como J. S. P.

(...)

Portanto, o derrame pleural apontado no Auto de Corpo de Delito de f. 85 está sim relacionado com a aspiração de mecônio.

A situação clínica apresentada pelo filho dos autores não deixa qualquer dúvida de que sua morte foi causada por insuficiência respiratória aguda devido à aspiração maciça de mecônio, conforme já dito.

In casu, o sofrimento da gestante era evidente. E o sofrimento fetal era a consequência, tanto que de acordo com o Laudo Médico de f. 85, a causa da morte do filho dos autores - que nasceu pesando 4k e 200g e media 55 cm de comprimento (f. 42) - foi decorrente de insuficiência respiratória aguda, com informações de ascite moderada e derrame pleural bilateral volumoso.

Nada fez o obstetra/requerido para conter ou para reduzir o risco de sofrimento da gestante e do neonato, facilmente previsível, mostrando-se flagrante a relação de causalidade entre sua conduta negligente e o resultado morte da criança.

A negligência, modalidade que se aplica a conduta médica aqui posta em julgamento, corresponde a inatividade, a ausência de precaução, a inércia de quem podendo agir, para não causar ou evitar o evento danoso, não o faz por desídia, desleixo ou desatenção.

E paradoxal que, com o grande número de cesáreas realizadas no país, em proporção até maior do que aquela recomendada pela Organização Mundial de Saúde, não se tome a decisão técnica de realizar uma cesariana quando é indispensável e no momento adequado para evitar danos a criança e, por consequência, também à mãe.

Em que pese a absolvição na esfera criminal dos dois primeiros requeridos, tenho que existem elementos suficientes nos autos para demonstrar a culpa do requerido L. M. M. pela morte do filho dos autores, na modalidade de negligência.

Com efeito, por qualquer ângulo que se queira avaliar, desidiosa se mostra a conduta profissional do primeiro requerido, por inobservância de cuidados que deveria ter como médico ginecologista e obstetra, em razão dos sinais apresentados pela paciente naquela ocasião.

Por tudo isso, a outra conclusão não se pode chegar, senão de que o desfecho trágico não resultou de um fato imprevisível.

O fato de ter antecipado o parto do dia 13/04/1999 para a dia 10/04/1999 realça mais o motivo que estava a exigir sua monitoração, avaliação e assistência pessoal como obstetra responsável pela internação da gestante - necessárias ao parto e nascimento em condições seguras.

O grave evento, que de fato ocorreu, foi, sem dúvida, resultante do longo período em que o feto permaneceu no ventre da mãe, em condições certamente hostis ao seu desenvolvimento, exteriorizando-se com a insuficiência respiratória por aspiração meconial.

Conclui-se que o obstetra L. M. M., violou o dever de cuidado objetivo que a situação exigia.

(...)

Por tudo isso, tenho que o primeiro requerido foi responsável pela gravidez pós-termo da autora, já que retardou a realização da cesariana, o que acarretou o sofrimento fetal, a aspiração pulmonar do mecônio, com asfixia e óbito.

Quanto à responsabilidade da segunda requerida

No que diz respeito a citada médica J. D. N. L., que atuou logo depois de parto e nascimento do filho dos autores, não se vislumbra ter agido com culpa em suas atribuições.

(...)

A responsabilidade do dano moral, de outro lado, alçada ao plano constitucional, no art. 5º, incisos V e X da Carta Política, e expressamente consagrada na lei substantiva civil, em seus art. 186 combinado com 927, exige que o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitre, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial. (...)

Ao concreto, demonstrada a abusividade do ato praticado pelo demandado, e levando em conta as condições econômicas e sociais dos ofendidos e do ofensor; a gravidade potencial da falta cometida; a caráter coercitivo e pedagógico da indenização; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; tratando-se de dano moral puro; e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado; impõe-se a fixação do montante indenizatório a ser pago pelo primeiro requerido aos autores, a título de reparação por danos morais, em R\$ 93.000,00 noventa e três mil reais), equivalentes a 200 salários mínimos atuais; *quantum* que se revela suficiente e condizente com as peculiaridades do caso e que se coaduna com os parâmetros comumente adotados por nossos Tribunais Superiores em situações análogas.

(...)

Conclusão

POSTO ISSO, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO EM PARTE PROCEDENTE o pedido inicial, e em consequência:

1) condeno a requerido L. M. M. a pagar aos autores J. M. P. e R. B. S. P. a quantia correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, mensalmente, pelos danos materiais que lhe foram causados pela morte do recém-nascido J. S. P., retroativo a data do evento danoso, ou seja, 10/04/1999, devendo as parcelas vencidas sofrerem correção pelos índices fornecidos pela Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado; e, quanto às prestações vincendas, deverão ser atualizadas sempre que houver aumento do valor do salário mínima vigente no País, cujo pensionamento perdurará até a data em que a vítima atingiria 25 (vinte e cinco) anos de idade; nesta indenização fica incluído o 13º salário e férias referente ao mesmo período supracitado.

Os juros moratórios fluirão a partir do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ) 1.2) Condeno o requerido supracitado, ainda, a pagar indenização aos autores, a título de danos morais, no valor que fixo em R\$93.000,00 (noventa e três mil reais), por ter agido com culpa no evento que causou a morte do neonato supracitado; cujo montante deverá se corrigido pelos Índices fornecidos pela Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado a partir da data da publicação desta decisão, até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora.

Impende entretanto salientar que este veredicto foi reformado e após insistentes recursos e medidas impetradas, surpreendentemente a improcedência foi confirmada. Confira-se:

Número do processo: 1.0105.99.008943-2/001(1) Numeração Única: 0089432-09.1999.8.13.0105

Processos associados:

Relator: H. T. C.

Relator do Acórdão: H. T. C.

Data do Julgamento: 19/08/2010

Data da Publicação: 21/09/2010

Inteiro Teor:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - AGRAVO RETIDO - NEGADO PROVIMENTO - PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA - REJEITADA

- RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL AFASTADA - PRIMEIRO RECURSO IMPROVIDO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - SEGUNDO RECURSO PROVIDO. O depoimento pessoal dos autores em nada influenciaria para a formação do livre conhecimento do Juiz acerca da matéria tratada nos autos, haja vista que, para elidir a pretensão posta na exordial, cabia ao réu fazer a prova de que promoveu todas as medidas necessárias para preservar a autora R. B. S. P. no nascimento de seu primeiro genitor, sendo, dessa forma, meramente procrastinatórias o depoimento pessoal dos autores. Rejeita-se a preliminar de nulidade da r. sentença, pois o MM. Juiz abordou, segundo o seu livre convencimento motivado, a questão posta, resolvendo-a de acordo com os motivos e elementos que expôs e que resultaram no dispositivo que deu pela procedência da ação, cumprindo, assim, as exigências do art. 93, IX da CR/88 e do art. 458 e art. 131 do CPC. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, por ser objetiva, somente pode ser afastada, mediante prova da não-existência de defeito no serviço prestado ou culpa da vítima, pois, ao contrário, responderá pelos danos, sendo que verifica-se que não houve qualquer falha na prestação do serviço oferecido pelo hospital. Não cabe ao Juiz tecer considerações sobre a ciência médica, tampouco avaliar as decisões técnicas tomadas no caso em análise, devendo o Julgador se ater ao exame da conduta profissional, com o objetivo de verificar à luz do conjunto probatório, se houve erro médico inescusável. Da análise do conjunto probatório dos autos, constata-se que a conduta do médico requerido foi condizente com a situação apresentada, não tendo restado demonstrado que agiu com negligência, imperícia ou imprudência, na realização do procedimento adotado. Assim, impõe a reforma da r. sentença recorrida que julgou improcedente a presente ação indenizatória. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.99.008943-2/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - 1º APELANTE(S): J. M. P. E SUA MULHER - 2º APELANTE(S): L. M. M. - APELADO(A)(S): L. M. M., J. M. P. E SUA MULHER, H. S. L G. V. LTDA - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. H. T. C.⁷¹

Quanto ao processo penal alusivo ao mesmo incidente que teve recurso junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, releva destacar os seguintes votos sinalizaram para a vulnerabilidade da justiça naquela Corte. Na realidade houve a condenação do obstetra, mas logo após, em nome do corporativismo, aquela Corte retratou-se absolvendo-o, *verbis*:

Processos Associados 2.0000.00.413730-6/001 **Numeração Única**
4137306-09.2000.8.13.0000
Relator(a): Des(a) A. V. C.
Relator do Acórdão: Não informado
Data de Julgamento 25/11/2003
Data da publicação da súmula 13/12/2003
Inteiro teor
ACORDÃO

⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. Indenização por Danos Morais. Apelação Cível nº 1.0105.99.008943-2/001 da 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, Minas Gerais, 21 out. 2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C91D84A390A9F35E0AFE525216FEB551.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.99.008943-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10/07/2015

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal Nº 413.730-6 da Comarca de G. V., sendo Apelante (s): 1º) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS e 2º) ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR J. S. P. e Apelado (a) (os) (as): J. D. N. L. e L. M. M., ACORDA, em Turma, a Segunda Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, VENCIDO PARCIALMENTE O JUIZ RELATOR. Presidiu o julgamento o Juiz A. V. C. (Relator vencido parcialmente) e dele participaram os Juizes M. C. P. (1ª Vogal e Relatora para o Acórdão) e S. A. A. (2º Vogal). Produziu sustentação oral, pelo Assistente do Ministério Público, a Dr.ª T. B S. C. V. Produziu sustentação oral pela apelada J. D. N. L., o Dr. R. R. S., e pelo apelado L. M. M., o Dr. O G. Assistiu ao julgamento, pelo apelado L. M. M., o Dr. L. A. Belo Horizonte, 25 de novembro de 2003⁷²

(...)

S E S S Ã O D O D I A 2 5 / 1 1 / 2 0 0 3

O SR. JUIZ PRESIDENTE:

Este feito veio adiado a pedido da Juíza 1ª Vogal, enquanto o Juiz Relator negava provimento aos recursos.

A SRA. JUÍZA M. C. P.

Cuidam os autos de apelações interpostas pelo representante do Ministério Público da Comarca de G. V. (f. 978, vol. 7) e pela Assistente da Acusação (f. 979, vol. 7), inconformados com a sentença prolatada (f. 954-975, vol. 7) pela M.M.ª Juíza da 2ª Vara Criminal daquela comarca, que absolveu os apelados L. M. M. e J. D. N. L., médicos, do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, pelo qual foram denunciados, favorecendo-os com a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, sob o fundamento de não restar comprovado, com certeza, que a morte da vítima adveio de negligência e imperícia dos mesmos.

(...)

É o relato do necessário.

Primeiro gostaria de registrar que pedi vista destes volumosos autos - que têm 1075 folhas, mantendo-os comigo por duas semanas, porque se trata de um caso de extrema complexidade, em função das questões intrincadas constantes.

Li e reli minuciosamente cada peça do processado, analisando-as detidamente, assim como os laboriosos memoriais apresentados. Igualmente, ouvi com atenção as sustentações orais proferidas pelos cultos advogados de defesa e pela douta assistente do Ministério Público.

Não obstante o argumento do brilhante voto condutor para que seja mantida a decisão absolutória primeva pela observância do princípio do *in dubio pro reo*, peço vênia ao ilustre Relator para divergir, em parte, de seu entendimento acerca dos fatos, pois vejo, de fato, que alguma razão assiste aos apelantes.

(...)

⁷² Minas Gerais, Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal**. Ação de Indenização por Danos Morais, Apelação Criminal nº 2.0000.00.413730-6/000 da ___ vara Criminal, Rel Des A. V. C., 13 dez 2003. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=4137306-09.2000.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 10 julh. 2015

Depreende-se da narrativa dos autos que R. B. S. P. fez o acompanhamento de sua primeira gravidez com o médico ginecologista e obstetra L. M. M., ora apelado, que foi também o responsável pela realização do parto cesariana da mesma, levado a efeito na manhã de 10 de abril de 1999, no H. S. L.

Têm-se do cotejo das fichas de consulta da cliente R. B. S. P., registradas sob o nº. 17.812, trazidas aos autos (f. 50-50v, vol.1), que o acompanhamento pré-natal pelo médico apelado iniciou-se em 4/8/1998, quando foram solicitados à gestante alguns exames laboratoriais rotineiros, sendo que na segunda consulta, datada de 10/8/1998, o médico calculou e registrou como data provável para o parto o dia 7/4/1999. Nas anotações referentes à consulta de 1/10/1998 há o registro do resultado da ultrassonografia realizada em 25/9/1998. No relatório do referido exame, encontrado à f. 141, vol.1, não houve indicação de qual seria a data provável do parto, porém apontava a idade gestacional em 13,5 semanas.

Novo registro de resultado de ultra-som realizado em 17/12/1998 se vê nas anotações da consulta realizada em 18/12/1998, dando como data provável para o parto a de 2/4/1999 (f. 144, vol.1).

Observa-se ainda, nas fichas citadas, registros da evolução de peso e medidas da gestante, assim como dados relativos aos movimentos e ausculta do feto, de queixas feitas pela gestante, de tratamentos e medicamentos prescritos à mesma.

Ao que se vê, na consulta realizada na data de 30/3/1999, pelo médico apelado foram feitas as seguintes anotações, que transcrevo por considerar de grande importância: Cólica constante, movimento fetal positivo < (cujo significado é "diminuído"- ressalva nossa), sinal amarelado, edema constante dos membros inferiores, PA 100/60 mm Hg, UF (útero fita) 35 cm, ausculta fetal positiva, cefálico, edema positivo, toque colo fechado grosso, colo cefálico alto.

Em 5/4/1999, em nova consulta, há o seguinte registro: "Dor hemorroidas, PA 90/60 mm Hg, UF 34 cm, cefálico, ausculta positiva, hemorroidas edemaciada. Receitado Ultraproct, Venoruton 300, Cataflan 50, Naturetti".

Dois dias após, em 7/4/1999, por ocasião da última consulta registrada, o médico apelado efetuou a seguinte anotação na ficha, também de extrema importância: Edema membros inferiores, movimento < (traduzido pelo apelado como sendo "diminuídos"), líquido vaginal claro, PA 90/60 mm Hg, UF 34 cm, ausculta positiva, cefálico, peso 63.900, edema positivo, teste sonoro positivo, toque colo fechado alto, Cesariana 13/4/99.

Nas declarações de R.B.S.P., mãe da vítima, tanto na fase inquisitorial (f. 300, vol.2 - 301, vol.3), quanto em juízo (f. 632-636, vol.5), a veracidade das referidas anotações, realizadas nas consultas de 30/3, 5/4 e 7/4/1999, pode ser confirmada quanto às reclamações que teria feito ao médico ginecologista de estar sentindo dores, câimbras, diminuição de movimentos da criança, perda de líquido e redução da altura e volume uterinos, constatação feita pelo mesmo ao tirar as respectivas medidas - alterações que teria considerado normais, não realizando exame ginecológico ou solicitando nenhum outro. Desconsiderou o profissional, ainda, a data de 2/4/1999 indicada no ultra-som como provável para o parto e o pedido da paciente em antecipá-lo, ao contrário, agendou-o para 13/4/1999, data que, posteriormente, antecipou para 10/4/1999.

Na data aprazada (10/4/1999), internou-se no H. S. L., segundo afirmou a parturiente e confirma o relatório hospitalar de admissão, às 6 horas e 25 minutos, passando a aguardar a chegada do médico, que se deu em torno de 9h00, sendo a cesariana iniciada pouco depois.

A criança veio à luz alguns minutos depois, gemente, deprimida, com tônus flácido, cianótica, apresentando bradicardia e quadro de asfixia, com apgar de 1º minuto igual a 4 (quatro) e de 5º minuto igual a 2 (dois), como consta tanto dos relatórios hospitalares da pediatria (f. 41, vol.1) e da enfermagem (f. 41v, vol.1), como nos depoimentos dos diversos profissionais que atuaram

na sala de parto e berçário, entre eles os apelados, assistentes, anestesista e enfermeiras (f. 19-31, vol.1).

Nas mesmas peças mencionadas estão também descritos os momentos que se seguiram ao parto, com a realização de procedimentos de limpeza, aspiração e manobras de reanimação do recém-nascido, realizadas pela médica pediatra apelada, com ajuda de outros profissionais da equipe de trabalho, consistentes em oxigenação, entubação, cateterismo umbilical, massagens cardíacas e aplicação de medicamentos intravenosos, todos sem êxito, posto que a criança não respondera a eles, vindo a óbito cerca de uma hora após o nascimento.

(...)

Inicialmente, analisando a conduta da médica pediatra apelada Dra. J. D. N. L., com a devida vênia do ilustre representante do Ministério Público de primeiro grau e digna assistente de acusação, estou a acompanhar o voto condutor, posto que não vislumbro qualquer relação entre suas ações e a morte da criança. Aliás, tenho mesmo como incompreensível, inclusive, o fato de a mesma haver sido denunciada, restando claro, a meu ver, desde os autos de inquérito, que desempenhara rigorosamente, na ocasião dos fatos as funções inerentes à profissão de pediatra, empregando todas as técnicas disponíveis ao seu alcance na tentativa de salvar a vida do debilitado neonato.

(...)

Houve um resultado de dano definido em lei, qual seja a morte comprovada do recém-nascido J. S. P., a previsibilidade deste resultado, uma vez que a conduta negligente do recorrido foi responsável pelo agravamento da saúde do nascituro, estando caracterizada a inobservância do cuidado objetivo e, por último, comprovada a relação entre o resultado morte e a conduta lesiva do dever de cuidado.

Tenho, pois, que a magistrada sentenciante não procedeu com acerto, data venia, ao absolver o médico L. M. M. da prática do homicídio culposo.

Diante de todos os elementos de convicção, quer pela interpretação dos autos, quer pelo auxílio da literatura médica, não vejo como deixar de atribuir ao recorrido L. M. M. a responsabilidade pelo óbito do recém-nascido J. S. P., pois, negligentemente, embora ciente das queixas apresentadas por sua cliente, correspondendo a possíveis sintomas expressivamente fora dos padrões de normalidade, deixou de realizar exames clínicos, laboratoriais, de imagem e monitorização das condições vitais e de maturidade do nascituro e, com tal conduta negativa não pode adotar medidas pertinentes a tempo e modo, quando lhe era perfeitamente possível fazê-lo.

No caso, diante de todo o contexto probatório, a condenação do apelado se impõe, razão pela qual entendo que, quanto ao mesmo há que se reformar a sentença de primeiro grau.

Passo à dosimetria da pena:

Pela análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, considerando que o réu é imputável e sua culpabilidade é intensa, sendo perfeitamente capaz de entender a conduta praticada e determinar-se de acordo com tal entendimento; que tinha potencial conhecimento da ilicitude do ato que praticava, na qualidade de médico, denotando negligência na conduta profissional; considerando ser primário, sendo o episódio dos autos o único verificado em sua carreira profissional; que não há máculas em sua conduta social; que demonstra possuir personalidade ajustada, não havendo motivos para o cometimento do crime - já que culposo, sendo as consequências do crime inerentes ao mesmo e que não cabe análise do comportamento do nascituro vítima, fixo a pena-base no mínimo legal de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, o que tenho como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Ausentes atenuantes e agravantes, bem como causas de diminuição de pena, subsistindo a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, do CP, majoro a reprimenda em um terço, ou seja em 4 (quatro) meses, tornando-a concreta e definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos preconizados no art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, consistente a primeira na prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação, em local e condições a serem estabelecidos pelo Juízo das Execuções, e a segunda em prestação pecuniária, que ora arbitro em 10 (dez) salários mínimos vigentes, tendo em vista a regular situação econômico-financeira do réu, a serem destinados aos pais da vítima.

Ante tais fundamentos, DOU PROVIMENTO PARCIAL aos recursos, para condenar o médico L. M. M. nas penas do art. 121, §§ 3º e 4º do CP, mantida, quanto à apelada J. D. N. L. a sentença absolutória de primeiro grau.

Seja lançado o nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado do acórdão.

É como voto.

Custas ex lege.

O SR. JUIZ SIDNEY ALVES AFFONSO:

Refleti sobre os votos magistrais do eminente Juiz Relator e da não-menos eminente Juíza 1ª Vogal, onde aquele absolve e esta condena, emergindo deles a certeza de que uma consciência bem formada apontou aos dois o melhor caminho a seguir.

De minha parte, não tenho dúvida de que há um laço íntimo que uniu Deus à Medicina, que torna o médico uma criatura privilegiada, detentor de misteriosos poderes, um vigário da divindade, um ser singular que, possuidor de dotes divinos, foi mimoseado pelo Onipotente com prerrogativas sublimes, nimbado de uma sabedoria celestial, opulentado de uma ciência peculiar, entrajado numa luz fulgentíssima de paradisíaca benemerência.

Quando vejo um médico, vejo, admiravelmente, baixar em sua frente uma centelha divina, fazendo-o partícipe da virtude criadora do Eterno, ministro do Deus Poderoso a levar às trágicas misérias da humanidade sofredora conforto e bálsamo, alívio e paz.

Nos planos encantados do Criador no Paraíso foi entregue ao homem a árvore da vida.

Árvore de tal virtude que comido o fruto dela era restituído o vigor e recuperadas as forças.

Um dia, foi perdida a árvore da vida.

Um querubim fulgurante com terrível espada de fogo, na dramática descrição da Bíblia, a defender a entrada do Éden, tornou inacessível a ele essa virtuosa árvore.

Toda a felicidade se converteu em miséria e à vida que havia de ser quase imortal sucedeu sentença de morte; ao vigor do corpo seguiu-se a fraqueza; à saúde, a enfermidade e tudo sem remédio ou esperança dele.

Quem, porém, surgiu na mente de Deus para conciliar as razões da misericórdia com os motivos da Justiça, exaltar a "Misericórdia tão prezada de se elevar gloriosa sobre as execuções da mesma Justiça?"

Foi por isso que "a misericórdia, segundo o imortal Vieira, levou o Onipotente a plantar fora do Paraíso uma outra árvore da vida e a entregou à custódia de outro querubim, não armado de fogo, senão de luz, o qual não só defendesse, mas cultivasse e com seus frutos recuperassem a saúde e se lhes acrescentasse a vida."

A Árvore plantada fora do Paraíso é a Medicina; o Querubim, o Médico.

Desde então, foi estabelecida esta ordem:

- Autor da vida: Deus.
- Autor de sua conservação: o Médico.
- Gratidão a Deus: pela existência.

- Gratidão ao Médico: pela saúde.
- Louvor a Deus: porque o viver é agradável.
- Louvor ao Médico: porque não há riqueza no mundo que se iguale à saúde.
Do nada - Deus criou o homem.
Do conhecimento - o Médico cuida da saúde de todos.
Portanto - há um laço profundo entre Deus e o Médico.
Mas, Deus não deu aos médicos o poder de perpetuar a vida.
Dele, do Médico, espera-se que não aja com culpa, em qualquer de suas modalidades, negligência, imperícia e imprudência, porque a nenhum médico foi dado o conhecimento de como descobrir o elixir da longa vida, pois a morte é certa, é uma fatalidade biológica.
Cabe ao Médico proteger a nossa existência e, a deles também, mas, quando acontece o que aconteceu e que se encontra no ventre dos autos em julgamento, o Julgador, ainda que pesaroso, tem que cumprir com seu dever, porque - no presente caso - a condenação do Dr. L. M. M., nos termos do voto da eminente Juíza Maria Celeste Porto é uma imposição legal.
Peço vênias ao Dr. A. V. C., porque não tenho como acompanhar-lhe.
Peço licença à Dr.^a M. C. P. para fazer do seu voto, o meu voto.
Acompanho, assim, na íntegra, o voto da eminente Juíza 1^a Vogal.
Mantenho a absolvição da médica J. D. N. L.
Dou provimento parcial aos recursos.
É como voto.

O SR. JUIZ A. V. C.:

Usando da faculdade regimental, quero manter meu voto e acrescentar à manutenção do meu voto, alguns argumentos.

A eminente Juíza 1^a Vogal, no brilhante voto em que proferiu e foi acompanhada pelo eminente Juiz 2^o Vogal, afirma, depois de fazer uma análise bastante criteriosa na literatura médica, que houve um resultado de dano, definido em lei, qual seja a morte comprovada do recém-nascido J. S. P., a previsibilidade deste resultado, uma vez que a conduta negligente do recorrido foi responsável pelo agravamento da saúde do nascituro, estando caracterizada a inobservância do cuidado objetivo e, por último, comprovada a relação entre o resultado-morte e a conduta lesiva do dever de cuidar. Pelo que depreendi dos autos, pode até ter havido negligência por parte do Dr. L. M. M. e a questão basilar é a chamada gestação prolongada.

(...)

E mais, no caso em tela, o que está dito nesse acórdão, data venia, não se ajusta, porque aqui não há prova de que a negligência possível do Dr. L. M. M. tenha direcionado o nexo de causalidade para o óbito do pequeno J., porque seria possível pelas conclusões do CRM e do CFM e do laudo do Dr. D. B. N. de que, no momento em que a gravidez foi se idealizando, foi ocorrendo, já havia uma condição anômala, anormal, que seria a formação de um quadro de hidropsia fetal. Então não há certeza de que houve esse direcionamento para o óbito, proveniente da negligência do médico. Que houve negligência do médico, isso é possível, as provas do processo até dão a entender, mas a grande questão é esta. Se a gestação prolongada foi ou não a causa da morte do pequeno nascituro. Eu, particularmente, tenho dúvida e por isso estou mantendo a absolvição. Portanto, para mim, aplica-se o *in dubio pro reo*, respeitando o entendimento da Juíza 1^a Vogal e do Juiz 2^o Vogal.

Mantenho meu voto.

Número do Processo: 2.0000.00.413730-6/001 **Numeração Única:** 4137306-09.2000.8.13.0000

Relator: Des.(a) V; B.

Relator dor Acórdão: Des.(a) Não Informado

Data do Julgamento: 11/05/2004

Data da Publicação: 29/05/2004

Inteiro Teor:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes na Apelação Criminal Nº 413.730-6/01 da Comarca de G.V., sendo Embargante (s): L. M. M. e Embargado (a) (os) (as): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS,

ACORDA a Segunda Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS, VENCIDOS OS JUÍZES SEGUNDA E TERCEIRO VOGAIS.

Presidiu o julgamento o Juiz V B (Relator) e dele participaram os Juízes A V C (1º Vogal), M C P (2ª Vogal vencida), S. A. A. (3º Vogal vencido) e A. A. A. (4º Vogal).

Produziram sustentações orais, pelo assistente do Ministério Público, a Dr.ª T. B. S. C. V. e, pelo embargante, o Dr. O. G..

Belo Horizonte, 11 de maio de 2004. ⁷³

V O T O S

S E S S Ã O D O D I A 4 / 5 / 2 0 0 4

O SR. JUIZ V. B.:

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos em favor de L. M. M., em que se pretende resgatar o voto minoritário proferido pelo eminente Juiz Relator A. V. C., com vistas a que prevaleça a decisão vencida que o absolveu, alicerçada no velho brocado *in dubio pro reo*, ao argumento de que subsistem mais dúvidas do que certezas quanto ao que teria ocasionado a morte prematura da vítima J. S. P.

A eminente Juíza 1ª Vogal e relatora do Acórdão, M. C. P., ao proferir seu voto, que foi acompanhado pelo não menos eminente Juiz 2º Vogal, S. A. A., discorreu com maestria sobre a impossibilidade de se absolver o embargante do delito em epígrafe e concluiu pela condenação ao argumento de que o conjunto probatório comprova que: "Houve um resultado de dano definido em lei, qual seja, a morte comprovada do recém-nascido J. P., a previsibilidade deste resultado, uma vez que a conduta negligente do recorrido foi responsável pelo agravamento da saúde do nascituro, estando caracterizada a inobservância do cuidado objetivo e, por último, comprovada a relação entre o resultado morte e a conduta lesiva do dever de cuidado".

Por atribuir ao embargante a responsabilidade pelo óbito da vítima, a culta Juíza 1ª Vogal, nas iras do art. 121, § 4º do CP, fixou-lhe a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, substituindo a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, consistindo a primeira na prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação, em local e condições a serem estabelecidos pelo Juízo das Execuções e a segunda em prestação pecuniária arbitrada em 10 (dez) salários mínimos vigentes à época do fato, tendo em vista a regular situação econômico-financeira do réu, a serem destinados aos pais da vítima, determinando finalmente o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado do acórdão.

Sustenta a douta defesa que deve prevalecer o entendimento proclamado no voto minoritário, alegando que, *in casu*, o embargante não pode ser responsabilizado pelo resultado morte, pois não ficou provado nos autos que da sua ação ou omissão adveio a morte de Josué, sendo que incumbia à

⁷³ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, **Apelação Criminal**. Ação de Indenização por Danos Morais, Apelação Criminal nº 2.0000.00.413730-6/001. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.413730-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10/07/2015

acusação provar a existência não só das causas de letalidade, como também o nexo causal entre esta e a conduta do embargante. Assim, não restando hialinamente comprovada a culpa do embargante, a sua absolvição é medida compulsória.

Instada a se manifestar, a culta Procuradoria de Justiça, em parecer elaborado pelo ilustre Dr. M. D. S., opina pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 1165-1167).

A douta Assistência da Acusação, em Contra-razões dos Embargos Infringentes às f. 1170-1186, pleiteia pela manutenção *in totum* do *decisum* hostilizado.

É, em síntese, o relatório.

(...)

A SRA. JUÍZA M. C. P.:

Sr. Presidente.

O voto que proferi como 1ª Vogal, quando do julgamento da apelação, é longo e nele procurei abordar, inclusive na literatura médica, soluções para os temas discutidos.

Fiel ao entendimento que ali sustentei, mantenho o voto proferido, pedido vênua a V.Ex.^a e ao eminente Juiz A. V. C para, em conseqüência, negar provimento aos embargos infringentes.

O SR. JUIZ S. A. A.:

Sr. Presidente.

á cinco anos, um mês e quatro dias foi sepultado Josué e hoje eu não sepulto a Justiça. Justiça faz-se e não se sepulta.

Sendo assim, Sr. Presidente, divirjo do eminente Relator mantendo a posição assumida quando do julgamento da apelação, em que acompanhei o brilhante voto da eminente Juíza M. C. P. que condenou o ora embargante.

Sendo assim, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto, acompanhando o voto da eminente Juíza M. C. P.

Sobre o malsinado fato supra descrito, imperioso se torna negritar outrossim, a crucial identificação de “Violência Obstétrica” associada ao erro médico ali consumado.

Como é cediço, a Violência Obstétrica é considerada a violação de direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento⁷⁴.

Em 2011 publicou-se a pesquisa de opinião pública “Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Públicos e Privado”, cujos dados foram levantados em Agosto de 2010 pela Fundação Perseu Abramo e SESC, a qual revelou que 1(uma) em cada 4(quatro) mulheres sofre violência no parto⁷⁵.

Ao longo da narrativa do caso J.S.P., da análise dos acórdãos descritos, vê-se que intensa e reiterada foi a violência obstétrica sofrida por R. B. S. P. causando-lhe danos materiais e morais irreparáveis, representados sobretudo pelo sacrifício de seu filho, seu unigênito filho tão ansiosamente esperado.

Aliás, este caso paradigmático do infante J. S. P. possui contornos obscuros e Kafkianos os quais desafiam a “Leitura moral da Constituição”, o “Princípio da

⁷⁴ SOUZA, Valéria. Violência Obstétrica. Considerações sobre a violência de direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento. São Paulo: Artemis. 2015.

⁷⁵ Pesquisa Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado, realizada pela Fundação Perseu Abramo em agosto de 2010, disponível em: <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf>. (violência obstétrica p. 56)

Integridade”, a “Metáfora do Juiz Hércules”, bem como o “*Chain Novel*” de Dworkin, aspectos esses que consistiram a inspiração central do Capítulo 4 deste trabalho.

Nesse mesmo giro, os casos se multiplicam consoante quadro demonstrativo que segue, contendo dados extraídos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, confirmando a morosidade processual e a característica rizível do *quantum* indenizatório. Tais circunstâncias impõem a busca de estratégias capazes de apontar a solução para este dilema ético-profissional, tão gritantemente retratado:

TJMG AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS									
	Nº do processo	Requerente	Requerido	Autuação (data)	Sentença (data)	Trânsito em Julgado	Resultado	Valor Indenizatório	Cumprimento de Sentença
1	010502 068251 -1	S. C. e R. C. P. C.	M. G. V.	23.10.2002	03.06.2005	28.01.2011	<i>Parcialmente procedente</i>	Danos morais em R\$ 150.000,00, mais pensão mensal.	<i>Aguarda pagamento do precatório expedido.</i>
2	010503 105417 -1	M. S.	S. M. A. S. LTDA	24.11.2003	18.06.2008	13.05.2009	<i>Parcialmente procedente</i>	Danos morais em R\$ 61.514,50	<i>Concluído. “Obs.”: Houve acordo.</i>
3	010504 122131 -5	G. R. D. S.	S. M. A. S. LTDA	18.06.2004	08.08.2013	07.05.2015	<i>Procedente</i>	Danos morais R\$ 200.000,00, reembolso dos danos materiais, mais pensão mensal.	<i>Em curso.</i>
4	010504 113335 -3	P. R. S. e	M. G. V. e F. F. S. V.	05.03.2004	14.12.2006	10.12.2008	<i>Parcialmente procedente</i>	Danos morais em R\$ 10.500,00	<i>Concluído. “Obs.”: Houve acordo.</i>
5	010506 177425 -0	E. A. A. J. e E. G. S.	H. I. S. C. LTDA.	06.02.2006	18.06.2013	27.02.2015	<i>Procedente</i>	Danos morais R\$ 70.000,00	<i>Ainda não iniciada.</i>
6	032708 035401 -9	H. G. N. e J. S. J.	B. M. S. V. e H. S. V. P.	19.11.2008	18.06.2014	<i>Ainda não transitou em julgado.</i>	<i>Parcialmente procedente</i>	Danos morais em R\$ 60.000,00	<i>Ainda não iniciada. Recurso recebido com</i>

									efeito suspensi vo
7	010510 014103 -2	M.G. S. M.	J. B. N. e U. G. V. C. T. M. LTDA.	07.01.2010	Ainda não tem.	_____	_____	_____	_____
8	010514 032408 -5	R. A. S., R. L. A. S. e J. A. A.	E. M. G.	25.09.2014	Ainda não tem.	_____	_____	_____	_____
9	010515 004401 -1	R. M. C. B.	M. G. V.	03.02.2015	Ainda não tem.	_____	_____	_____	_____
10	032715 000748 -9	G. M. R.	B. E. C. F. e A. H. N. S. A.	23.03.2015	Ainda não tem.	_____	_____	_____	_____

Obs.: Quadro meramente exemplificativo. Dados disponíveis in: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 02.07.2015

No que alude à Itália, Souza(2008)⁷⁶ ensina acerca do direito médico na Europa Ocidental, includentemente no aludido país, onde a culpa deve ser demonstrada e a falta do Consentimento Informado pressupõe a responsabilidade do profissional. (*Carta Dei Diritti Fundamental Dell Unione Europea*, art. 3, part. 2).

No direito Italiano, *a priori* a sensibilização dos tribunais face aos interesses das vítimas tem soado expressivamente mais latente que no Brasil. É o que desvela o julgado⁷⁷ adiante descrito e seus próprios fundamentos selecionados de forma criteriosa e analisado detidamente pelo Prof. Dr. Mario Trimarchi, caledrático da Universidade de Messina em aula magnífica prolatada em 13 de Abril do fluente ano⁷⁸, *verbis*:

Archivio selezionato: sentenze Tribunale

Autorità: Tribunale Milano sez. I

Data: 23/07/2014

n. 9693

Classificazioni: RESPONSABILITÀ CIVILE - Professionisti - - medici e paramedici

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE I CIVILE

Il Tribunale di Milano nella persona del giudice dott. Patrizio Gattari ha pronunciato la seguente sentenza nella causa civile iscritta al n. 63082/2010 R.G. promossa da Gi. Ve. (CF: (omissis)), elettivamente domiciliato in Milano, via Podgora n. 13, presso lo studio dell'aw. Nice Bini, che lo rappresenta e difende per delega in atti unitamente agli avv.ti Francesco Lauri e Caterina Brambilla attore contro

⁷⁶ Souza, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade Civil e Penal do Médico. 3ª Ed. Campinas/SP: Servanda Editora, 2008.

⁷⁷

⁷⁸ Curso de Pós-Doutorado em Direito e Saúde. Instituto Universitário Brasileiro-IUnib e Università Degli Studi di messina Itália. 13.04.15

POLICLINICO DI MONZA CASA DI CURA PRIVATA S.P.A. (PI: 11514130159) in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in Milano, via della Guastalla n. 1, presso lo studio degli aw.ti Daniele Raiteri e Vincenzo Lamastra, che lo rappresenta e difende per delega in atti convenuto e contro

Ig. Ca. (CF: (omissis)), elettivamente domiciliato in Milano, via Copernico n. 59/a, presso lo studio dell'avv. Marco Eller Vainicher, che lo rappresenta e difende per delega in atti Convenuto oggetto: responsabilità medica - risarcimento danni. e nella causa riunita iscritta n. 27231/2011 R.G. promossa da Ig. Ca. (CF: (omissis)), elettivamente domiciliato in Milano, via Copernico n. 59/a, presso lo studio dell'avv. Marco Eller Vainicher, che lo rappresenta e difende per delega in atti attore contro

MILANO ASSICURAZIONI S.P.A. (PI: 00957670151) in persona del legale rappresentante prò-tempore, elettivamente domiciliato in Milano, viale Regina Margherita n. 30, presso lo studio dell'avv. Vincenzo La Russa, che lo rappresenta e difende per delega in atti convenuto
oggetto: domanda di garanzia.

Conclusioni delle parti come da fogli allegati al verbale del 29/1/2014

fatto

FATTO E DIRITTO

1. Le domande oggetto di causa.

Gi. Ve. ha convenuto in giudizio Policlinico di Monza Casa di Cura Privata s.p.a. e il dott. Ig. Ca. esponendo: che nell'ottobre del 2008 era stato sottoposto ad intervento di tiroidectomia totale presso la struttura sanitaria convenuta; che l'intervento chirurgico era stato eseguito dal convenuto dott. Ca.;

che infatti i successivi controlli specialistici effettuati e i pareri medico-legali acquisiti avevano confermato che la corda vocale destra era paralizzata e non più recuperabile, mentre la sinistra poteva avere un leggero margine di miglioramento col tempo; che la paralisi bilaterale delle corde vocali era in diretta correlazione con l'errato intervento eseguito dal convenuto dott. Ca. presso il Policlinico di Monza; che i convenuti erano responsabili del danno alla salute e del danno morale subiti dall'attore.

(...)

Si è costituita ritualmente la società Policlinico di Monza s.p.a. esponendo: che in occasione dell'intervento di tiroidectomia totale eseguito il 20/10/2008 erano sorte difficoltà a causa di un grosso nodulo nella parte destra, sede di pregressi fatti flogistici, e degli esisti nella parte sinistra di un precedente intervento di ernia cervicale; che gli operatori non erano riusciti a isolare la corda vocale di destra, mentre quella sinistra era stata visualizzata e conservata; che dopo la fine dell'intervento era insorta una crisi dispnoica che aveva reso necessaria l'intubazione del paziente e il suo trasferimento in terapia intensiva, dove era rimasto fino al giorno successivo; che il paziente era stato dimesso il 29/10/2008 e dopo due giorni i chirurghi e gli specialisti avevano consigliato il ricovero presso altro nosocomio specializzato, dove era stato sottoposto a tracheotomia temporanea; che l'intervento eseguito presso la struttura convenuta dal dott. Ca. non era di routine e che le lesioni lamentate dal paziente costituivano complicanze prevedibili di tale tipo di intervento e si erano verificate nonostante i sanitari avessero fatto quanto era loro esigibile per prevenirle; che trattandosi di una complicanza prevedibile indicata nel modulo di consenso sottoscritto dal paziente e non evitabile nel caso concreto dai sanitari, non poteva essere ravvisata una responsabilità risarcitoria; che in ogni caso la complessità e la difficoltà dell'intervento avrebbero giustificato la limitazione della responsabilità ex art. 2236 ce; che le conseguenze dannose subite dall'attore non potevano essere costituite da quelle dedotte e che l'entità del risarcimento preteso era ingiustificata; che in ogni caso qualora fosse stata accertata una responsabilità solidale della struttura sanitaria convenuta, essa aveva diritto ad essere manlevata dal medico convenuto,

unico eventuale responsabile del danno de quo; che infatti nel contratto di collaborazione stipulato con il Policlinico di Monza s.p.a. il medico si era espressamente obbligato a tenere indenne la struttura sanitaria per i danni conseguenti alla attività medico-chirurgica svolta presso di essa. Pertanto il convenuto Policlinico di Monza s.p.a. chiedeva il rigetto delle domande dell'attore e, in subordine, qualora esse fossero risultate in tutto o in parte fondate chiedeva la condanna dell'altro convenuto Ig. Ca, a manlevare e tenere indenne la struttura sanitaria.

(...)

2.2 La responsabilità del medico.

In merito alla responsabilità del medico dipendente e/o collaboratore della struttura sanitaria – autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente col quale tuttavia non ha concluso un contratto diverso ed ulteriore rispetto a quello che obbliga la struttura nella quale il sanitario opera - a partire dal 1999 la giurisprudenza pressoché unanime ha ritenuto che anch'essa andasse inquadrata nella responsabilità ex art. 1218 ce. in base alla nota teoria del "contatto sociale" (Cass. 22/1/1999 n. 589). In particolare, secondo tale consolidato indirizzo giurisprudenziale - ribadito anche nel 2008 dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. 577/2008) - "in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...)" On tal senso, fra le altre, Cass. 19/04/2006 n. 9085).

La ricostruzione della responsabilità del medico in termini di responsabilità "contrattuale" ex art. 1218 ce. anche in assenza di un contratto concluso dal professionista con il paziente implica, come logico corollario, l'applicazione della relativa disciplina in tema di riparto dell'onere della prova fra le parti, di termine di prescrizione decennale ecc.

Tale inquadramento della responsabilità medica e il conseguente regime applicabile, unito all'evoluzione che nel corso degli anni si è avuta in tema di danni non patrimoniali risarcibili e all'accresciuta entità dei risarcimenti liquidati - in base alle tabelle di liquidazione equitativa del danno alla persona elaborate dalla giurisprudenza di merito, in particolare a quelle del Tribunale di Milano ritenute applicabili dalla Cassazione a tutto il territorio nazionale in mancanza di un criterio di liquidazione previsto dalla legge -ha indubitabilmente comportato un aumento dei casi in cui è stato possibile ravvisare una responsabilità civile del medico ospedaliero (chiamato direttamente a risarcire il danno sulla base del solo "contatto" con il paziente se non riesce a provare di essere esente da responsabilità ex art. 1218 ce), una maggiore esposizione di tale categoria professionale al rischio di dover risarcire danni anche ingenti (con proporzionale aumento dei premi assicurativi) ed ha involontariamente finito per contribuire all'esplosione del fenomeno della ed "medicina difensiva" come reazione al proliferare delle azioni di responsabilità promosse contro i medici.

2.3 L'impatto della legge n. 189 del 2012 (ed "legge Balduzzi") sul sistema della responsabilità civile in ambito sanitario.

Su tale contesto normativo e giurisprudenziale è intervenuta alla fine del 2012 la "legge Balduzzi" - L. 8 novembre 2012 n. 189 che ha convertito con modificazioni il D.L. 13 settembre 2012 n. 158 - la quale ha espressamente inteso contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della "medicina difensiva", sia attraverso una restrizione delle ipotesi di responsabilità medica (spesso alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche "difensive" che hanno un'evidente ricaduta negativa sulle finanze pubbliche) sia attraverso una limitazione dell'entità del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell'esercente una professione sanitaria.

L'art. 3 della legge ("Responsabilità professionale dell'esercente le mom professioni sanitarie") prevede al comma 1 che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Occorre dunque valutare l'impatto dell'art. 3 della L. n. 189 del 2012 ("legge Balduzzi") sul delineato sistema della responsabilità in ambito sanitario e sulla responsabilità del medico in particolare. Il dibattito che si è sviluppato in dottrina dopo l'entrata in vigore della legge si è incentrato principalmente sul secondo inciso della norma ("In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile") ed è caratterizzato da opinioni contrapposte, rispecchiate nelle pronunce giurisprudenziali di merito note.

Il richiamo esplicito alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito (art. 2043) è stato visto da alcuni come una sorta di "atecnico" rinvio alla responsabilità risarcitoria dell'esercente la professione sanitaria (in tal senso, fra gli altri, Tribunale di Arezzo 14/2/2013 e Tribunale di Cremona 19/9/2013), mentre altri (Tribunale di Varese 29/12/2012) hanno inteso da subito vedere nella previsione in esame una indicazione legislativa (di portata indirettamente/implicitamente interpretativa) volta a chiarire che, in assenza di un contratto concluso con il paziente, la responsabilità del medico non andrebbe ricondotta nell'alveo della responsabilità da inadempimento/inesatto adempimento (comunemente detta «contrattuale») bensì in quello della responsabilità da fatto illecito (comunemente detta «extracontrattuale»).

Gli estremi delle contrapposte opinioni emerse nella giurisprudenza di merito paiono ben rappresentati da una pronuncia del Tribunale di Torino del 26/2/2013 e da quella del Tribunale di Rovereto del 29/12/2013.

(...)

Risulta evidente nel caso concreto il colpevole mancato rispetto delle linee guida da parte dei sanitari, in particolare del chirurgo convenuto che guidava l'equipe medica.

Il riscontrato danno alle strutture nervose subito da Gi. Ve. è etiologicamente riconducibile alla condotta colposa del convenuto - che si caratterizza sia per imperizia sia per negligenza - e non costituisce affatto una complicità prevedibile ma non evitabile nel caso concreto come dedotto dalla difesa convenuta. Risulta infatti altamente probabile che il danno alla salute riscontrato dall'ausiliare sia stato causato da errate manovre poste in atto nel corso dell'intervento di tiroidectomia, eseguito in spregio alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica dell'epoca, e non vi sono elementi per poter ritenere che, con apprezzabile grado di probabilità, il danno iatrogeno subito dall'attore si sarebbe verificato anche qualora gli operatori si fossero attenuti (come avrebbero dovuto) alle linee guida indicate dal CTU.

Oltre al medico convenuto, parimenti responsabile del danno subito dall'attore è la struttura sanitaria, la quale come ricordato sopra era direttamente obbligata ad adempiere tutte le prestazioni dovute in base al "contratto di ospitalità" concluso con il paziente.

Si è detto che la responsabilità della struttura per i danni che si verificano in ambito sanitario è una responsabilità che scaturisce dall'inadempimento e/o dall'inesatto adempimento di una delle varie prestazioni (non necessariamente di quella principale come nel caso di specie) che è direttamente obbligata ad eseguire in base al contratto atipico concluso con il paziente - o in base alla legge se si preferisce aderire alla tesi della fonte legale dell'obbligazione - e non una responsabilità per fatto altrui. Ai fini della diretta riferibilità ex artt. 1218-1228 cc. delle conseguenze risarcitorie dell'illecito non assume particolare rilievo che il contraente/debitore (solitamente un ente collettivo, pubblico o privato) nell'adempimento delle sue obbligazioni si avvale - deve avvalersi per l'esecuzione delle prestazioni

strettamente sanitarie di particolari figure professionali abilitate (le sole che possono eseguire tali prestazioni) - necessariamente di propri dipendenti o di collaboratori esterni. Ne deriva che la struttura sanitaria per essere esonerata dalla responsabilità risarcitoria verso il paziente non può utilmente invocare la condotta illecita del proprio dipendente o collaboratore - individuato come responsabile (corresponsabile) dalla stessa struttura o direttamente dal danneggiato - ma è tenuta a fornire nel processo la prova positiva che le conseguenze dannose di tale condotta non le sono imputabili a titolo di inadempimento delle obbligazioni oggetto del contratto di ospitalità.

Nel caso di specie non solo la struttura sanitaria non ha neppure tentato di provare di aver compiutamente adempiuto le sue obbligazioni, ma vi è la prova in atti dell'inesatto adempimento della prestazione principale ed è quindi tenuta ex artt. 1218-1228 cc a risarcire integralmente i danni derivati dall'operato dei propri dipendenti e collaboratori (fra i quali il dott. Ca.) di cui si è avvalsa.

4. I danni subiti dall'attore.

4.1 Il danno non patrimoniale.

Trata-se de veredicto que condena os culpados por lesão aos direitos da personalidade da vítima que submeteu-se à cirurgia de tireoidectomia, ficando lamentavelmente sequelada.

Observa-se que o fato consumou-se em Outubro de 2008 e que a decisão em 1º grau deu-se em 2010, há que se dizer, em tempo bem menor que no Brasil nos exemplos citados no presente capítulo. Verifica-se ainda que foi confirmada em 2014 pela lei Balduzzi, revelando a coerência e justiça em todas as dimensões do mencionado caso naquela histórica Corte.

Igualmente exemplar e justo foi o julgado da *La Corte Suprema Di Cassazione* da Itália, no caso que uma cidadã italiana processou três médicos que lhe passaram um feliz diagnóstico: *Ela não tinha câncer*. A questão é que esta fala somente deu-se um ano e meio após terem afirmado que ela estava com câncer e deveria submeter-se a quimioterapia, tal como ela efetivamente o fez ao longo de todo esse período sofrendo todas as condições agressivas do tratamento e suas indizíveis reações físicas, psíquicas, espirituais, materiais e sociais.

Aquela Corte decidiu que a raridade do tumor que ela possuía, raridade esta que, segundo os médicos os teria confundido, não justifica o erro⁷⁹. A seguir, *ipsis litteris*:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

convenne, davanti al tribunale di Bologna,

_____ ed i sanitari _____ e

_____ chiedendone le condanna al risarcimento dei danni dalla stessa subiti a causa di errata diagnosi.

Espose, a tal fine, di essere stata ricoverata presso la Clinica Chirurgica I del _____ in data 30.7.1995 e sottoposta ad intervento di colecistectomia effettuato dal Prof. _____ in data 16.8.1995.

Durante l'intervento i chirurghi avevano osservato la presenza di lesioni epatiche di aspetto neoplastico.

Sulla base dell'esame immediato su prelievo biotico, effettuato presso l'Istituto di Anatomia Patologica della stesso ospedale, diretto dal Prof. _____ era diagnosticato un "adenocarcinoma scarsamente differenziato

⁷⁹ PINHEIRO, Aline. CORNJUR, Consultor Jurídico. Falso Câncer: Itália decide que raridade de tumor não justifica erro. 13 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-13/raridade-tumor-nao-justifica-erro-medico-decide-corte-cassacao-italia>>. Acesso em: 02. 07. 2015

con aspetti a cellule ad anello con castone ed intensa reazione desmoplastica", diagnosi confermata dal in _____ data 19.8.1995; ragion per cui l'intervento non era portato a termine.

A seguito di tale diagnosi, con lettera di dimissioni del 24 .8.1995 del Prof. _____ direttore della I Clinica

Chirurgica del policlinico S. Orsola, la paziente era stata inviata al reparto di oncologia dell'Ospedale di Budrio.

Qui era sottoposta a trattamento chemio-terapico protrattosi fino al settembre del 1996.

(...)

E ciò perché il potere del Giudice di merito, di apprezzare il fatto, non equivale ad affermare che egli possa farlo immotivatamente e non lo esime, quindi, dalla spiegazione delle ragioni - fra le quali evidentemente non può considerarsi prevalente la maggiore fiducia che egli eventualmente tenda ad attribuire al consulente d'ufficio quale proprio ausiliare - per le quali sia pervenuto ad una conclusione anziché ad un'altra, incorrendo, altrimenti, nel vizio di motivazione su punto decisivo della controversia (Cass.13.1.2005, n. 582).

In tali casi, la possibilità per il Giudice di limitarsi a condividere le argomentazioni tecniche svolte dal proprio consulente, recependole, deve considerarsi riferita al caso che le critiche mosse alla consulenza siano state già valutate dal consulente d'ufficio ed abbiano trovato motivata e convincente smentita in un rigoroso ragionamento logico (fra le varie Cass. 2.5.2006 n. 10133).

Ciò che, nella specie, non è avvenuto. Non solo.

Ma la Corte omette anche di chiarire e motivare le ragioni per le quali non sarebbe "condivisibile l'osservazione che già a quel momento fosse evidente la diagnosi di "emangioendotelioma epitelioidico" anziché l'adenocarcinoma". Né l'affermazione, sempre immotivata, del perché soltanto dopo un anno e mezzo si poté giungere " a quella più corretta diagnosi n, alla quale contribuiscono "certamente " " le osservazioni sui risultati della chemioterapia praticata in quel di Budrio" è sostenuta dalla indicazione delle ragioni di un tale convincimento.

Il carattere assertorio della sentenza impugnata non può essere condiviso in assenza di una congrua e convincente motivazione. Ed a tale conclusione deve pervenirsi anche con riferimento al rilievo per il quale la Corte di merito ha ritenuto priva di decisività la circostanza dell'assenza di valori pericolosi dei due marcatori tumorali CA 19.9 e CEA"; rilievo, questo, meramente allegato; come tale - in difetto di motivazione sulle ragioni per le quali la circostanza è stata considerata non decisiva – privo di consistenza.

(...)

La responsabilità, sia del medico, sia dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione ha, dunque, contenuto contrattuale ed è quella tipica del professionista.

Ne deriva che trovano applicazione il regime proprio di questo tipo di responsabilità quanto alla ripartizione dell'onere della prova, i principi delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale relativamente alla diligenza ed al grado della colpa, e la prescrizione ordinaria.

Quanto all'onere della prova, in particolare, il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (Cass. 9.10.2012 n. 17143; Cass. 21.7.2011 n. 15993; Cass. 8.10.2008 n. 24791).

Inoltre, in relazione alla responsabilità del primario, vale ricordare Cass. 29.11.2010 n. 24144 che ha affermato che il primario ospedaliero, che, ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, ha la responsabilità dei malati della divisione [per i quali ha l'obbligo di definire i criteri diagnostici e

terapeutici, che gli aiuti e gli assistenti devono seguire), deve avere puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano tutti i degenti, a prescindere dalle modalità di acquisizione di tale conoscenza (con visita diretta o interpellato degli altri operatori sanitari), ed è, perciò obbligato ad assumere informazioni precise sulle iniziative intraprese dagli altri medici cui il paziente sia stato affidato, indipendentemente dalla responsabilità degli stessi.

E ciò, al fine di vigilare sulla esatta impostazione ed esecuzione delle terapie, di prevenire errori e di adottare tempestivamente i provvedimenti richiesti da eventuali emergenze.

Anche di questi principii dovrà tenere conto il giudice del rinvio nell'esaminare il caso concreto.

Conclusivamente, sono rigettati il primo e secondo motivo; è accolto il terzo. La sentenza impugnata è cassata in relazione, e la causa è rinviata alla Corte d'Appello di Bologna in diversa composizione.

Le spese sono rimesse al giudice del rinvio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo e secondo motivo. Accoglie il terzo. Cassa in relazione e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Bologna in diversa composizione.

Così deciso il 23 gennaio 2013 in Roma, nella camera di consiglio della terza sezione civile della Corte di cassazione.

Por fim, vale ressaltar que o Direito Italiano, no âmbito da responsabilidade civil, classifica o erro médico como leve, grave e gravíssimo, critério esse recentemente adotado também pela Argentina, diferentemente do Brasil que não gradua legalmente este ilícito, enfrentando, destarte, maiores percalços para compor o seu veredicto. Afinal, naturalmente que a existência de critérios previamente constantes em lei viabiliza melhor a prolação de sentenças mais justas, aquânimes e realmente eficazes.

CONCLUSÃO

“Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê” (Piero Calamandrei)

Nesta pesquisa evidenciou-se pontos e contrapontos atinentes ao “Erro Médico e a (pluri)vitimização da dignidade da pessoa humana nos Tribunais do Brasil numa interface com o Direito Italiano”.

Adotou como fio condutor e relevante marco teórico o pensamento do jusfilósofo Ronald Dworkin, quando lança luzes sobre “O princípio da Integridade, a Leitura Moral da Constituição, a Metáfora do Juiz Hércules e a infalível proposta do *Chain Novel*”.

Revela que a “(Pluri)vitimização” consolida a impunidade nos Tribunais brasileiros. Trata-se de fenômeno que é fomentado por muitos fatores, especialmente pela morosidade processual irrazoável, pelo (des)equilíbrio processual, notadamente na fase probatória, além do arbitramento de indenizações cujos valores são meramente simbólicos e não alcançam o caráter pedagógico e reeducativo capaz de desestimular o ofensor e de suavizar a dor do ofendido.

Sem dúvida o erro médico é uma espécie de violência e o seu enfrentamento deve ser efetuado pelo Estado e pela sociedade de forma inadiável e combatente.

Nesta perspectiva, algumas iniciativas passam a ser doravante propostas, vislumbrando o alcance de resultados realmente mais humanos e eficazes nas ações de erro médico:

1ª) O cumprimento da Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013 do Conselho Nacional de Justiça que “recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar”. Estas mesmas Varas Especializadas ao serem instituídas, devem ter sua competência ampliada para o acolhimento e julgamento das ações de erro médico, capacitando-se de forma específica todos os agentes que nelas atuarão, a exemplo dos Magistrados(as), Promotoria de Justiça, Servidores(as) etc.

2ª) A disponibilização de equipes interprofissionais como apoio judiciário, compostas por médicos, enfermeiros, odontólogos, psicólogos, psiquiatras e outros profissionais da saúde que atuarão especificamente em processos de erro médico, sobretudo nas perícias, para viabilizar maior celeridade e autenticidade em seus resultados. Esta hipótese já é real nas Varas de Famílias e na Vara da Infância e Juventude, funcionando de forma profícua;

3ª) A adoção de critérios mais específicos no julgamento dos processos em epígrafe, passando o direito brasileiro a categorizar a responsabilidade civil nestes casos, ponderando-as como leve, grave e gravíssima como ocorre na Itália, na Argentina e em outros países, critério esse que melhor viabiliza a justeza dos veredictos;

4ª) A convocação e estímulo da sociedade civil, sobretudo das bases, para participar de forma mais constante de foruns permanentes de debate sobre seus direitos para melhor conscientizá-los acerca da humanização da saúde. Mais esclarecidos acerca de sua cidadania, poderão se proteger inclusive preventivamente. Cite-se, *verbis gratia*, a “11ª Conferência Municipal de Saúde, intitulada: *Saúde pública de qualidade para cuidar bem das pessoas. Direito do Povo Brasileiro*”, realizada em 2015 em Gov.

Valadares/MG. Neste evento, aconteceram valiosos pronunciamentos que muito somaram na prevenção e enfrentamento dos dramas que assaltam as pessoas no exercício de sua garantia constitucional à saúde;

5ª) Estímulo à criação de um maior número de “Associações de Vítimas de Erro Médico”, de sorte que cada município possa contar com espaços permanentes de debate e efetivo combate desta violência que precisa ser *incontinenti* dizimada;

6ª) Exigência legal no sentido de que os médicos no Brasil sejam submetidos ao Exame de Classe para depois terem o direito de efetivamente atuar, assim como o exercício da advocacia exige o Exame de Ordem;

7ª) Disponibilização pelo poder público de subsídios destinados aos médicos para se atualizarem permanentemente por meio da educação continuada, prioritariamente para os que atuam no serviço público. Assim, poderão primar por uma maior qualidade e humanização na prática profissional, evitando a avassaladora quantidade de falhas hediondamente consumadas;

8ª) Promover alteração legislativa no art. 143, I do Código de Processo Civil Brasileiro, acrescentando ali que os membros do Poder Judiciário, inclusive os (as) Magistrados(as) responderão civilmente “no exercício de suas funções, quando procederem ***também com culpa***”, haja vista que ali apenas admite esta hipótese em caso de dolo ou fraude;

9ª) Propor alteração legislativa no art. 121, §4º do Código Penal, para aumentar em 1/2 (metade) a pena do homicídio culposo decorrente de erro médico, uma vez que atualmente é acrescido apenas de 1/3 (um terço);

10ª) Inserir no Código Penal Brasileiro, quanto ao homicídio e a lesão corporal, respectivamente, nos arts. 121 e 129, a hipótese de “***dolo eventual***” quando esses delitos emanarem de erro médico, eis que atualmente apenas contemplam o tipo culposos.

11ª) Instituir em casos de erro médico, o prazo prescricional de 10(dez) anos para propositura da ação judicial de responsabilidade civil (e não mais de 5 anos como preceitua o Código de Defesa do Consumidor - CDC em seu art. 27, e nem 3 anos tal como prevê o art; 206,§ 3 do CC) considerando-se as peculiaridades do drama eternamente vivenciado pelas vítimas e sua irreparabilidade, fatores que violam frontalmente os direitos da personalidade, os quais por si só, são absolutamente imprescritíveis.

12ª) A atribuição de prioridade processual em todos os processos referentes a erro médico.

13ª) A própria Sentença Cível deverá ter o condão de suspender por 2 (dois) anos, se for o primeiro erro, bem como cassar o registro de médico em caso de reincidência, independente da modalidade dolosa ou culposa, uma vez que os “*damages*” daí decorrentes dizimam direitos constitucionais e muitas vezes a própria vida humana. Logo, o fato não deve merecer transigências e tolerâncias excessivas por parte do Poder Judiciário. Esta medida intenta evitar a perpetuação de futuros danos aos sacrossantos direitos fundamentais ignorados pelos mencionados profissionais.

Este elenco de propostas, vale dizer, busca *mitigar o sentimento de absoluta impotência e de impunidade que domina as vítimas de erro médico e seus entes queridos, reacendendo-lhes a esperança numa nova era dos direitos fundamentais a ser promulgada principalmente pelo Poder Judiciário o qual, sendo mais ativista, progressista e destemido, poderá impedir que direitos humanos tão sagrados continuem sendo fatalmente sepultados.*

