

Conselheiros sã³ respondem por fraude ou omissã^o grave

1. Prã^ovia e rã^opida digressã^o sobre o Judiciã^orio

Divide-se em Federal e Estadual, embora pelas previsã^oes constitucionais e legais e funcionamento, haja, na realidade, uma Justiã^o Nacional, tanto que hã^o uma Lei Orgã^onica Nacional da Magistratura e os dois â^ombitos (federal e estadual) se encontram nas instã^oncias superiores, sendo a eles comuns os tribunais, vale dizer, o Superior Tribunal de Justiã^o (quanto â^os Justiã^os Comuns) e o Supremo Tribunal Federal (todos os ramos), isso na esfera jurisdicional. Comum a todos os ramos o Conselho Nacional de Justiã^o, ã^orgã^o mã^oximo fiscalizador, norteador e disciplinar.

A Federal se divide em comum (Juizados Especiais Federais, Varas Federais e TRFs) e especial (eleitoral, trabalho e militar).

As Justiã^os Estaduais, sem vinculaã^o com a Federal, havendo sim apenas diferenã^oã^o competencial, podem ser comum ou militar, esta em alguns Estados, dependendo do efetivo da Polã^ocia Militar. A Estadual comum funciona inclusive como uma espã^ocie de curinga, fazendo a vez da Federal, onde nã^o houver vara especializada, e atã^o da Trabalhista, em alguns locais, ficando a cargo da Estadual, inclusive, toda a competã^oncia residual, mã^oxime as questã^oes de Direito Falimentar, de Famã^olia e Sucessã^oes, Infã^oncia e Juventude, acidente do trabalho pelo direito especial, alã^om das corregedorias dos notã^orios e registradores e da Justiã^o Federal Eleitoral (1ã^o e 2ã^o graus). Integram-na os juã^ozes de direito e os Tribunais de Justiã^o, estes tambã^om Cortes Constitucionais dos Estados. Hã^o, ainda, os Juizados Especiais.

Os Tribunais Superiores sã^o o Superior Tribunal de Justiã^o, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar.

O Superior Tribunal de Justiã^o recebe causas das Justiã^os Estaduais â^o Militar e Comum â^o e Federal comum, exercendo a corregedoria da ã^oltima, enquanto os Tribunais de Justiã^o exercem a dos juã^ozes dos Estados. No ã^opice o Supremo Tribunal Federal.

Feita essa preleã^oã^o, que entendi de bom alvitre, entro desde logo no tema de interesse.

2. Explanaã^oã^o Geral Preambular

O tema diz com a responsabilidade jurã^odica dos conselheiros dos CRMs em decorrã^oncia de suas atividades judicantes. ã^o assunto palpitante, a exigir longa reflexã^o.

O CFM e os Regionais respectivos, a exemplo dos demais conselhos administrativos profissionais, tã^om a relevante funã^oã^o de supervisionar, normatizar e fiscalizar a atividade mã^odica, incluso aã^o o poder disciplinar e, por conseguinte, o de julgar os profissionais de sua ã^orea, segundo os princã^opios jurã^o-dicos e deã^onticos.

Isso, aliã^os, decorre da Resoluã^oã^o CFM 1.541/98, que aprova estatuto para os Conselhos de



Medicina, e da própria Lei 3.268/57, que institui esses Conselhos.

Ao lado de tantas outras funções de capital importância, a missão de julgar é das mais penosas, ainda que enobrecedora, justamente porque há o risco de falha.

O erro próprio do ser humano, mas situações há em que ele vem a atingir de tal forma o injustiçado, que inviável o reparo. É o caso do cirurgião que, por falha, culmina por provocar o óbito do paciente.

É também o do julgador, que, mal oficiando, pode encarcerar inocente ou levar o cidadão e até uma família inteira à ruína.

No âmbito dos Conselhos de Medicina, possível seja ceifada, injustamente, vida profissional promissora, conduzindo o injustiçado ao desespero e à infelicidade perene, assim como seus familiares, ou, de outro lado, propiciar morte ou deformidade decorrente da intervenção de mau profissional, que era de ser cassado.

Não faz muito tempo, tivemos exemplo vivo disso, quando cirurgião inábil vitimou seriamente cinco de seus pacientes, consoante noticiou, amplamente, a imprensa.

Portanto, a omissão, desídia ou desacerto do julgador é questão de manifesto interesse estatal e da sociedade.

3. Proceder do Juiz *à* lato sensu e Princípios Norteadores do Julgamento

Eis como deve ele proceder, segundo os princípios legais e deontológicos:

Num primeiro tópico, o juiz, sentido *à* lato sensu, há de conscientizar-se de suas responsabilidades, ciente dos malefícios que suas falhas podem vir a causar.

Deve igualmente inteirar-se de todos os mecanismos técnicos a sua disposição no ofício judicatório, de modo que o erro fique em posição mais remota possível. Nessa conscientização, enquadra-se o estudo, com afinco, da legislação que rege as atividades judicantes.

Num outro item, o segundo, vem a isenção nata ou primária.

Deve o julgador despir-se de idéias preconcebidas, como as que envolvam raça, credo, cor e espírito de corpo.

Se assume a nobre função de julgar, tem de se desfazer de tudo quanto possa comprometer essa atividade, de forma a evitar a parcialidade e, por conseguinte, o erro. É lógico que pesará em sua decisão a forma moral, familiar e cultural que lhe afeta, bagagem pessoal inerente a cada ser humano.

Mas isso não quer dizer que deva esse fator influenciar na isenção do julgador. Em verdade, venho exercendo a função de julgar há vinte e cinco anos.

Tenho minhas convicções íntimas decorrentes da forma que me foi passada. E o concerto delas com a imparcialidade é uma busca constante.

Essa isenção nata ou primária vai determinar a secundária, cumprindo ao julgador observar os casos de suspeição e impedimento (art. 41, do Código de Processo Ético-disciplinar).

No terceiro tópico, enquadra-se o estudo acurado do processo, inclusas as provas e os arrazoados de parte a parte.

Com esse procedimento visa-se cognição ampla, a propiciar decisório adequado e espécies sob apreciação. Assim agindo, estará o julgador mais próximo da verdade real, tornando pouco provável o erro.

No particular, é o exercício de colocar-se no lugar do réu ou processado e da parte adversa, como sendo eles. Assim, se poderá ver de forma tridimensional o processo, melhor apreendendo sua extensão.

No último item, o quarto, vem o respeito aos princípios jurídicos inafastáveis, mais precisamente os constitucionais, também insculpidos no artigo 36, da Resolução 1.541/98.

São eles, lembrado o caráter judicialiforme do procedimento administrativo:

1º. O do juiz natural, sentido *lato sensu* (artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal assimilado).

O julgador deve mostrar-se investido nas funções de forma regular, observados os ditames legais.

Não pode ser qualquer um, mas exatamente aquele que a lei designa, inclusive no campo competencial ou de atribuição, termo mais exato ao âmbito administrativo.

2º. Reserva legal (artigo 5º, XXXIX, da CF).

O ato ou conduta determinadora do processo deve, necessariamente, estar definido como infração administrativa ou ética punível.

Estão lá; no Código de Ética Médica os deveres e vedações que pesam sobre o médico, quer no tocante a sua responsabilidade profissional, quer no que se refere aos direitos humanos, quer ao paciente e seus familiares ou nas relações com os colegas.

De haver exercício de hermenêutica, enquadrando-se o fato na norma reguladora capaz de provocar



sanção. Se a conduta não está prevista como punível ou reprovável, não se pode cogitar de processo ou julgamento.

O terceiro princípio é o da presunção de inocência (artigo 5º, LVII).

Nunca se deve partir da premissa de que culpado o processado, ainda que tenha antecedentes, das que, do contrário, há sério risco de erro.

Certo que a vida pregressa pode vir a pesar na condenação, mas isso apenas como simples reforço do que apreendido pelo julgador.

A ignorância completa dessa bagagem negativa do inculcado, não pode, por óbvio, possível, pena de ofensa a preceito outo de igual relevância, o da isonomia constitucional, considerados aqueles que contam com bons antecedentes.

É fator, entanto, que jamais deve definir o resultado do processo, ainda que possa pesar no sancionamento. No pertinente, relevante, outrossim, colacionar-se a premissa que beneficia o réu, na vida.

Se da prova não se extrai certeza no que diz com a autoria e materialidade infracional, prevalece a inocência, decretando-se o "non liquet".

O quarto princípio é o da plenitude da defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal).

Ao processado deve ser concedida defesa ampla, de maneira que possa trazer tudo quanto necessário à demonstração de sua inocência, outorgando-lhe possibilidade de recurso. Destarte, não se devem impedir falas defensivas ou provas, desde que pertinentes estas, obviamente.

A defesa, certo, deve observar as normas que regem o processo. Todavia, sua facilitação, ainda que haja alguns óbices menos relevantes, deve ser propiciada ao máximo.

Mais importante o substancial e não a forma, embora não se possa desta afastar-se completamente, pena de instalar-se o tumulto.

No particular, de ressaltar-se que a defesa só pode ser possível quando bem definida a acusação.

Daí por que não se pode admitir denúncia ou peça acusatória genérica ou imprecisa, pena de ver-se o processo completamente viciado ou nulo.

Também descabido julgamento secreto, porque as partes têm o direito de saber o que efetivamente nele ocorrente, justamente em face do preceito ora tratado.

Em apelação em mandado de segurança, o TRF da 1ª. Região já teve oportunidade de declarar a inconstitucionalidade do art. 50, do Código de Processo Administrativo vigente em 1995 (AMS 90.01.03872-7/BA - 1ª Turma, Amílcar Machado, DJU 02/05/95, p. 25393).

Não foi por outra causa que houve alteração a respeito nos capítulos posteriores.

O quinto princípio diz com a legitimidade originária das provas (artigo 5º, LVI).

Elas devem vir de acordo com a lei, descabendo a utilização das viciadas na origem, como as advindas de escuta telefônica clandestina ou de violação de correspondência, ausente comando judicial.

O sexto preceito mor alude à correlação entre acusação e a decisão (artigo 5º, LV).

O julgador, obviamente, não pode decidir ou apreciar aquilo que não constou da inculpação, o que equivale à inexistência completa do processo em relação ao fato ali não tratado, afrontados princípios constitucionais mezinhos, que dizem com o devido processo legal.

Em sítimo lugar, vem a motivação bastante do veredicto (artigo 93, IX - assimilação e artigo 5o, LV).

Não se pode admitir julgamento sem as razões respectivas, inclusive quanto à pena, porque isso atenta contra direito básico do apenado, que é o de saber os motivos da condenação e da penalidade, que, ademais, há de ser justificada e individualizada. Em Direito Administrativo, fala-se em "motivos determinantes".

No particular, há interessante aresto envolvendo o CFM, entendendo nula até mesmo a exasperação de pena disciplinar, em não guardando ela correlação com a motivação da decisão (TFR - Ap. Cível 01223730, MG, rel. Aloásio Palmeira, 1ª Turma, DJU 14/10/96, pág. 77.408).

Oitavo princípio

A reprimenda deve estar prevista e mostrar-se proporcional ao ato julgado (artigo 5º, XXXIX). Não pode ser exagerada, nem pífia. Aquela porque a levar o acusado a situação imerecida, com consequências imprevisíveis, e esta porque compromete a função judicante.

O artigo 37, da Res. 1.541/98, e a própria Lei 3.268/57, artigo 22, referem-se aos escarmentos: advertência reservada, censura confidencial, censura pública, suspensão do exercício profissional até trinta dias e cassação do direito de exercer a profissão, esta sujeita ao reexame necessário do Conselho Federal.

Recapitulando:

Postura do julgador:



- 1) conscientização plena de suas funções;
- 2) isenção primária;
- 3) estudo acurado do processo;
- 4) respeito aos princípios básicos constitucionais e estatutários.

Dentre estes:

- a) o do juiz natural
- b) o da reserva legal;
- c) presunção de inocência;
- d) plenitude de defesa;
- e) legitimidade originária das provas;
- f) correlação entre acusação e decisão;
- g) motivação bastante do veredicto;
- h) sanção prevista e proporcional ao ato julgado.

É bom lembrar que todas essas prescrições não podem vir de maneira a emperrar o procedimento administrativo, que também é regido pela informalidade, a par dos demais princípios de Direito Administrativo (legalidade objetiva, oficialidade, verdade material e publicidade, além da garantia defensiva), que se entrosam e até se confundem com os constitucionais e estatutários.

O jornal *O Estado de S. Paulo*, já em 31 de agosto de 1998, publicou artigo no sentido de que as denúncias em um dos Conselhos Regionais, por erro médico, haviam crescido 51%, levando as soluções administrativas de dois a três anos.

Hoje isso recrudescer em alguns Estados, havendo informe de que os processos chegam a demorar mais de três anos. Daí por que se impõe maior valorização do princípio da informalidade, em concerto, obviamente, com os básicos.

4. O Erro

E se houver erro judicatário? Claro, tal pode acontecer, prioritário que é do ser humano. De promover-se, então, a correção. Errar e não proceder ao reparo. Eis o erro (Confissão). Se o engano não for essencial e disser respeito a inexatidão material, pode ser reparado a qualquer tempo, porque, no âmbito penal, até inclusive o jurisdicional e o administrativo, não se pode conceber coisa julgada ou definitividade em relação ao fato que não está no mundo real ou da lógica.

E, se o erro for de julgamento, de colacionar-se o instituto da revisão, haja vista o artigo 38, da Resolução 1.541/98, ou 52, do Código de Processo Civil, dos quais não se extraem limites para o poder revidendo.

Em Direito Administrativo, fala-se, a propósito, em controle interno, por força do poder da autotutela do Estado, segundo o qual a Administração tem o poder-dever de rever os atos administrativos contrários ao ordenamento jurídico, anulando-os. No respeitante, de conferir-se a lição de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., RT, págs. 183/4.

Por essa razão, que, administrativamente, não se pode falar em coisa julgada material, mas apenas formal, salvo em se verificando a prescrição acionária. Mas, e se a falha ou o erro já causou dano injusto ao processado?

Cabe-lhe exigir indenização da autarquia, como se classificam os Conselhos, nos moldes da Constituição Federal, artigo 37, parágrafo 6º, presente responsabilidade objetiva.

Aqui, um parêntese.

A Lei 9.649/98, modificou a natureza jurídica das entidades supervisoras profissionais, passando elas ao âmbito privado, delegadas do Poder Público.

Só que houve ADIN ajuizada pelo PT, PC do B e PDT, sob o no. 1.717-6 – DF, concedida suspensão cautelar da vigência da mencionada lei e julgada procedente a ação, persistindo, então, a condição de autarquia desses organismos. Nada, pois, alterado quanto à responsabilidade dos Conselhos.

5. Responsabilidade dos Conselheiros

E os conselheiros autores do desacerto? Quais as consequências?

Esses também podem ser acionados, quer pelo prejudicado, quer regressivamente pela Autarquia, a teor da mesma disposição constitucional há pouco aludida. Só que para que sejam responsabilizados, a falha deve, necessariamente, advir de fraude ou dolo e omissão grave.

Nessas hipóteses não há dúvida da responsabilidade, porque nesses termos os artigos 49, I e II, da Lei Orgânica da Magistratura, e 133, I e II, do CPC, referentes aos magistrados, disposições aplicáveis aos conselheiros na função judicante, por assimilação. E a culpa grave em ato

comissivo?

Pode-se entender que enseja responsabilidade pessoal do conselheiro, porque essa posição decorreria do próprio parágrafo 6º, do artigo 37, da Lei Maior, que fala em regresso por dolo ou culpa, previsto a não comprometer as atividades judicantes administrativas, ficando a restrição legal mais declinada circunscrita aos magistrados, dada a especificidade dos diplomas.

Possível também posicionar-se contrariamente, argumentando-se que o conselheiro faz a vez do juiz, na esfera administrativa, ficando equiparado nos deveres e responsabilidades funcionais.

De todo modo, não se pode, inconcusso, responsabilizar o julgador por todo e qualquer engano, porque tal inviabilizaria o exercício judicial e, por conseguinte, a jurisdição estatal, sentido amplo.

Há de ser ele grave, decorrente de imperícia ou negligência, além de conduta dolosa, o que resvala, inclusive, para a esfera criminal.

6. Omissão dos Conselhos

Cabe referir-se, ainda, à omissão do próprio Conselho em relação ao médico faltoso. Ocorrente a falha, deve o órgão, obviamente, ao tomar conhecimento dela, propiciar a instauração do devido processo ou fazer, desde logo, as investigações necessárias. Essa dentre suas funções e razões de existência.

E, dependendo das proporções da ilicitude profissional, deve-se, desde logo, providenciar a suspensão do autor da conduta, para que não cause mal maior, a não inclusas deformidade, morte de terceiros e até mesmo ofensa, em larga escala, aos direitos humanos. Essa suspensão cautelar, indaga-se, pode ser administrativa ou deve ser judicial, ausente previsão específica?

Quer me parecer que, sendo amplo o poder fiscalizatório e disciplinar do Conselho, com o mister de julgar o profissional inclusive, evidente que pode o menos, ou seja, editar decisão cautelar no âmbito de suas atribuições.

O atingido pelo ato que, querendo, recorra à Justiça, em havendo excesso de execução ou desvio de finalidade.

Essa posição, entretanto, encontra resistência na maior parte da doutrina, mormente porque é previsto efeito suspensivo ao recurso de suspensão das atividades ou cassação (artigo 22, parágrafo 4º, da Lei 3.268/57). Agora, aliás, pelo Código de Processo Administrativo (art. 50, parágrafo único), todos os recursos têm efeito suspensivo.

Mas se tal medida não é possível à entidade com poderes plenos a consequência do exercício da Medicina, então não é ela tão plena assim, em necessitando recorrer ao órgão ou Poder outro para o desempenho de suas funções. É um contra-senso, não é?

Ademais, de convir-se que a suspensão prevista tem sido largamente aplicada na Administração Pública, bastando ver, v.g., os artigos 265, 266 e 267, do Estatuto dos Funcionários Públicos do

Estado de São Paulo (Lei 10.261/68), e 147 e parágrafo, da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais.

Então, sendo o CFM uma autarquia, aplica-se-lhe, supletivamente, o diploma último e, por conseguinte, o dispositivo que autoriza a suspensão do profissional.

Esse entendimento, respeitados aqueles que pensam ao revés, é o mais consentâneo com o direito.

7. Controle Jurisdicional

Quanto à responsabilidade civil ou penal do médico, tem-se que a competência, em regra, é da Justiça Estadual Comum.

Mas, o controle externo dos atos judicantes administrativos e os demais institucionais é feito pelo Judiciário Federal comum, porque os Conselhos são classificados como autarquias federais (artigo 109, I, da Carta Magna), cada um deles, embora a lei diga que todos, em conjunto, o seriam (artigo 1º, Lei 3.268/57).

E não pode o juiz, por regra elementar de Direito Administrativo, fazer a vez dos conselheiros, substituindo sua decisão ou ato, pena de interferência indevida na entidade e quebra de sua independência funcional.

Deve limitar-se aos aspectos legais, a inclusive os princípios constitucionais e estatutários já tratados.

Assim, se não se propiciou defesa regular ao increpado ou se o julgador não estava investido regularmente na função, o magistrado proclamará a nulidade dos atos viciados, facultando o refazimento.

Sobre a matéria, invoco novamente a Apelação Cível suso citada, sob no. 01223730, onde se entendeu que simples manifestação de pensamento não pode ser tolhida pelo Conselho, em traduzindo direito constitucional do cidadão, afastando-se, em consequência, a penalização.

Nessa hipótese, o Judiciário entrou praticamente no mérito do julgamento, uma exceção, porque violado direito fundamental do profissional. A legalidade esteve, portanto, intimamente ligada ao merecimento do processo.

8. Legislação

Lei 3.268/57 - Dispõe sobre os Conselhos de Medicina

Decreto Federal 44.045/58 - Regulamenta a lei supra

Res. CFM 1.541/98 - Aprova Estatuto p/ os Conselhos



Res. CFM 1533/98 - Aprova o Regimento Interno do CFM

Res. CFM 1246/88 - Aprova o Código de Ética Médica

Res. CFM 1.617/01 - Aprova o Código de Processo Ético

Lei 6.838/80 - Dispõe sobre o prazo prescricional para a punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar