

Reversão judicial de penas aplicadas por Conselho Regional de Medicina

Camila Kitazawa Cortez¹, Aluisio Marçal de Barros Serodio¹, Gaspar de Jesus Lopes Filho¹

1. Universidade Federal de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil.

Resumo

Este estudo propôs identificar e analisar a fundamentação de decisões judiciais que declaram a nulidade do processo ético-profissional e/ou da pena aplicada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, assim como averiguar a proporção de ações judiciais procedentes, em primeira instância, e relacionar a procedência da ação com o tipo de pena ética, no período compreendido entre 2008 e 2018. A pesquisa realizada foi do tipo documental retrospectiva, empregando-se abordagem qualiquantitativa. Os dados quantitativos foram submetidos a abordagem estatística descritiva, e os qualitativos passaram por análise de conteúdo. Do total de 78 ações propostas para revisão do processo ético-profissional e/ou da penalidade aplicada, identificaram-se 19,23% de sentenças procedentes. Seis categorias emergiram como embasamento da decisão de reconhecimento de nulidade, destacando-se duas: ausência de fundamentação da decisão e cerceamento de defesa.

Palavras-chave: Ética médica. Ética profissional. Códigos de ética. Bioética.

Resumen

Anulación judicial de las sanciones impuestas por el Consejo Regional de Medicina

El objetivo de este estudio fue identificar y analizar los fundamentos de las decisiones judiciales que declaran la nulidad del proceso ético-profesional y/o de la sanción aplicada por el Consejo Regional de Medicina del Estado de São Paulo, así como conocer la proporción de acciones judiciales estimadas en primera instancia y relacionar la estimación de la acción con el tipo de sanción ética, en el período comprendido entre 2008 y 2018. La investigación fue de tipo documental retrospectiva, con enfoque cualitativo-cuantitativo. Los datos cuantitativos se sometieron a un enfoque estadístico descriptivo, y los datos cualitativos se analizaron mediante análisis de contenido. Del total de 78 demandas interpuestas para revisar el proceso ético-profesional y/o la sanción aplicada, el 19,23% de las sentencias fueron estimatorias. Surgieron seis categorías como fundamento de la decisión de reconocer la nulidad, entre las que destacan dos: falta de motivación de la decisión y indefensión de la defensa.

Palabras clave: Ética médica. Ética profesional. Códigos de ética. Bioética.

Abstract

Judicial reversal of sentences imposed by the Regional Council of Medicine

This study proposed to identify and analyze the basis of judicial decisions that declare the nullity of the ethical-professional process and/or the penalty applied by the Regional Council of Medicine of the state of São Paulo, as well as to investigate the proportion of legal actions granted, in the first instance, and relate the origin of the action with the type of ethical penalty, in the period between 2008 and 2018. The study was of a retrospective documentary type, using a qualitative and quantitative approach. The quantitative data underwent a descriptive statistical approach, and the qualitative data underwent content analysis. Of the 78 actions proposed to review the ethical-professional process and/or the penalty applied, 19.23% of valid sentences were identified. Six categories emerged as the basis for the decision to recognize nullity, two of which stand out: lack of justification for the decision and denial of due process.

Keywords: Ethics, medical. Ethics, professional. Codes of ethics. Bioethics.

Declararam não haver conflito de interesse.

Conselhos Regionais de Medicina e suas atribuições

Os Conselhos Regionais de Medicina (CRM), mediante delegação concedida pela Lei 3.267, de 30 de setembro de 1957¹, têm a prerrogativa de fiscalizar os médicos e aplicar-lhes sanções. Dessa forma, médicos e empresas médicas devidamente registrados nos CRM de seus estados têm autorização legal para exercer a profissão e, conseqüentemente, estão submetidos à fiscalização de suas condutas éticas. O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) é o maior do país, sendo atualmente responsável pela supervisão ético-profissional de mais de 172 mil médicos².

O Conselho Federal de Medicina (CFM) situa-se em posição hierarquicamente superior e serve de instância recursal aos julgamentos proferidos pelos CRM. Também é responsável por criar normas que regulamentam a profissão, dentre

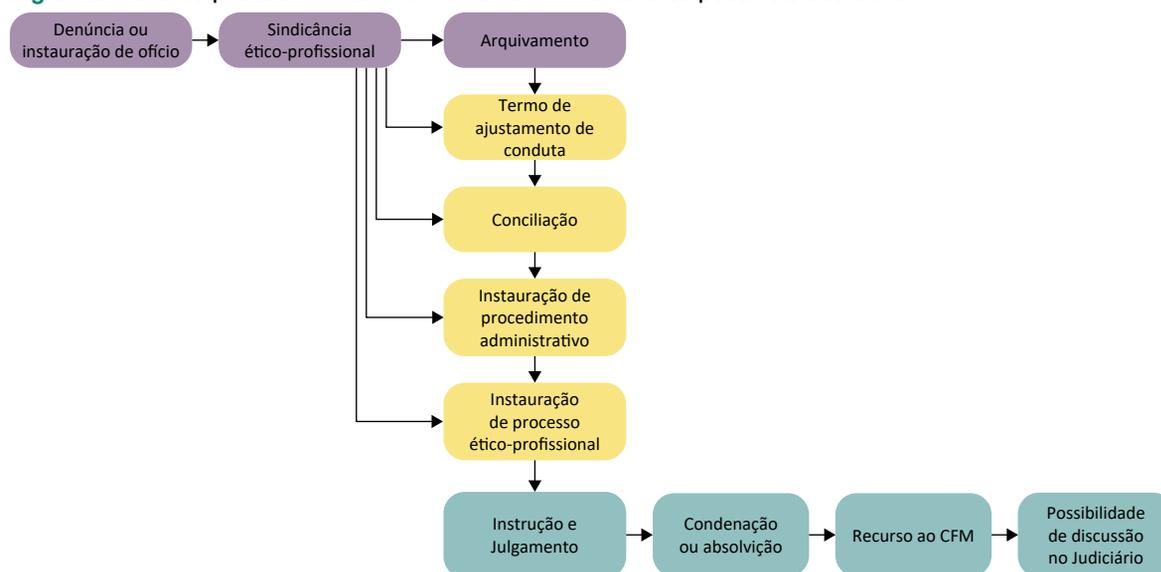
as quais as mais importantes estão contidas no Código de Ética Médica (CEM)³.

No Brasil, a fiscalização ético-profissional de médicos pode ocorrer de ofício, ou seja, por impulsionamento do próprio Conselho, ou por meio de uma denúncia. Os CRM têm a obrigação de apurar toda e qualquer denúncia que chega a seu conhecimento, mesmo que o denunciante desista durante o procedimento. Isso porque os Conselhos têm compromisso com a verdade e com a proteção da sociedade, e não com quem apresentou os fatos.

Recebida a denúncia, é instaurada uma sindicância, que tem como função apurar se há ou não indícios de infração ao CEM. Não havendo indícios, a sindicância é arquivada; mas, se houver, entre os desfechos possíveis o mais comum é a abertura de processo ético-profissional, cuja condução é regida pelo Código de Processo Ético-Profissional, também elaborado pelo CFM⁴.

A Figura 1 mostra, de maneira esquemática, o fluxo de procedimentos entre a denúncia inicial e os possíveis desfechos.

Figura 1. Fluxo de procedimento entre a denúncia inicial e os possíveis desfechos



Em caso de condenação após o processo ético-profissional, o médico é passível de punição com a aplicação de uma entre cinco penas:

1. advertência confidencial em aviso reservado;
2. censura confidencial em aviso reservado;
3. censura pública em publicação oficial;

4. suspensão do exercício profissional por até 30 dias;
5. cassação do exercício profissional, *ad referendum* do CFM.

Nas penas privadas (1 e 2), a publicidade é restrita ao médico por meio de um ofício, sem que haja qualquer apontamento na certidão

de antecedentes éticos. Já nas penas públicas (3, 4 e 5), ocorre publicação em jornal de grande circulação e em diário oficial, com divulgação a todos os cidadãos⁵.

A Lei 3.268/1957¹, além de estabelecer as penas aplicáveis a médicos, também disciplina a maneira como elas devem ser impostas. Haverá observância da gradação de penas, partindo-se da menos grave para a mais grave, exceto para os casos de gravidade manifesta, em que se permite a aplicação direta de pena mais grave a médicos sem antecedentes.

Um dado relevante é que, não obstante o número significativo de denúncias nos últimos anos, médicos que infringem a ética da profissão ainda são a minoria em nossa sociedade. Em São Paulo, de um total de 172.063 médicos inscritos, somente 492 foram penalizados em 2022².

Apenas a título exemplificativo, no ano de 2022, 798 médicos foram julgados pelo Cremesp, em 587 processos. Desse total, 492 (61,65%) foram condenados por alguma infração ético-profissional com a consequente aplicação de penalidade². Os que são condenados, costumeiramente, recorrem ao CFM, em observância ao duplo grau de jurisdição, para uma tentativa de reversão ou abrandamento da pena.

Revisão da decisão do processo ético-profissional pelo Poder Judiciário

Nos casos em que o recurso ao CFM resta infrutífero, é possível se valer do Poder Judiciário para discutir a legalidade e/ou constitucionalidade do procedimento. Isso porque autoridades fiscalizadoras, ou seja, conselhos profissionais, seguem as regras de direito público, segundo as quais a penalidade aplicada e/ou a regularidade do procedimento podem ser contestadas judicialmente⁶.

Notadamente, há dois instrumentos jurídicos utilizados para esse tipo de demanda, o mandado de segurança e o processo de conhecimento – este último, por sua vez, pode ser proposto por procedimento sumário ou ordinário/comum. Tais ações devem ser propostas no local onde está sediado o órgão da administração pública responsável pelo julgamento. Assim, considerando que os CRM e o CFM, juntos, formam uma autarquia federal,

a Justiça Federal de cada estado é competente para julgar esse tipo de ação⁷.

Destaque-se que, nesse tipo de questionamento, são analisados apenas eventuais desvios, abusos ou incorreções do processo disciplinar, não cabendo ao Judiciário emitir juízo de valor sobre se tratar de conduta antiética ou não. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já consolidaram esse entendimento, que tem como base teórica a separação dos poderes de Montesquieu, ou seja, o Poder Judiciário não pode adentrar o mérito dos atos dos outros poderes, como garantia do Estado democrático de direito⁸.

No entanto, a independência dos Poderes e a divisão de funções entre os órgãos não é absoluta⁸, de forma que desvios, excessos e ausência de motivação podem ser questionados. Além da análise formal dos atos administrativos, a Lei 9.784/1999⁹ traz diretrizes que devem ser observadas nesses processos, dentre as quais se destacam a proporcionalidade (adequação entre meios e fins) e a motivação (indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão).

A inobservância desses princípios pode levar a penalidades desarrazoadas ou desproporcionais, dando ensejo a uma revisão judicial, uma vez que a aplicação da penalidade está dentro do conceito denominado discricionariedade administrativa, o qual dá certa liberdade ao administrador (CRM) para a prática do ato. Quanto maior é o grau de discricionariedade do ato, ou seja, quanto maior é a liberdade do administrador, mais controle será conferido ao Poder Judiciário¹⁰.

O médico punido, portanto, poderá deixar de ter a pena executada, o que retira a efetividade das decisões dos CRM, quando a ação proposta é julgada procedente, isto é, se houver concordância do juiz com o pedido de ilegalidade ou inconstitucionalidade do procedimento que tramitou na esfera ética.

Nesta pesquisa, foram estudados os motivos que levaram ao reconhecimento da nulidade de um processo ou de uma pena aplicada, extraídos de um número de processos judiciais dentro de um intervalo de tempo. Destaque-se, ainda, que em pesquisa realizada nos principais bancos de teses, dissertações e artigos, incluídos PubMed, Embase, LILACS, LLMC Digital, Congress.gov, Scopus e Web of Science, não foi localizado nenhum trabalho que

tratasse desse objeto de estudo, mas tão somente temas relacionados.

O objetivo deste artigo é averiguar a proporção de ações judiciais procedentes propostas, em primeira instância, e relacionar a procedência da ação com o tipo de pena ética aplicada. Além disso, analisam-se os motivos apresentados pelo juiz de primeiro grau ao declarar a nulidade do processo ético-profissional e/ou da pena aplicada pelo Cremesp.

Método

Trata-se de pesquisa do tipo documental retrospectiva, com abordagem qualiquantitativa. Os dados foram coletados nos arquivos públicos eletrônicos da Justiça Federal de São Paulo¹¹ e da Justiça Federal do Distrito Federal¹², unidades federativas escolhidas considerando os endereços das sedes do Cremesp e do CFM.

Foram selecionados processos correspondentes ao período de 2008 a 2018 que tramitaram em papel, por possuírem decisões judiciais de primeira instância, em razão do tempo maior de tramitação. Mantiveram-se somente os denominados procedimentos comum, mandado de segurança e procedimento sumário, pois são os que compo-rtam o tipo de ação objeto da pesquisa.

A coleta foi realizada da seguinte maneira:

1. No site da Justiça Federal de São Paulo¹¹ (Fórum – São Paulo Capital – Cível) – “Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo” no polo passivo;
2. No site da Justiça Federal do Distrito Federal¹² – “Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo” no polo passivo; e
3. No site da Justiça Federal do Distrito Federal¹² “Conselho Federal de Medicina” no polo passivo.

Foram excluídos das buscas cartas precatórias, agravos de instrumento, cautelar inominada, ação popular, interpelação, ação de prestação de contas, cumprimento de sentença, ação civil pública, protesto, *habeas data*, petição cível e carta de ordem. Mantiveram-se procedimento comum, mandado de segurança e procedimento sumário. Foram separadas ações cujo objeto é a discussão de processo ético-profissional, das quais selecionaram-se as julgadas procedentes, em que

foi declarada a nulidade do procedimento e/ou da penalidade em primeira instância.

Para análise, o número de processos judiciais e a proporção de decisões procedentes foram apresentados de acordo com uma abordagem estatística descritiva, assim como a correlação dessas decisões com o tipo de pena ética aplicada. A fundamentação das sentenças de procedência passou por análise de conteúdos¹³, e cada sentença foi cuidadosamente lida por dois pesquisadores, separadamente, e cada um deles elaborou categorias de análise (categorização *a posteriori*) a partir da argumentação principal da sentença. Divergências na categorização das sentenças foram resolvidas por um terceiro pesquisador.

Resultados e discussão

Dados quantitativos

Por meio das buscas descritas anteriormente, foram localizados 731 processos, dos quais 214 eram relativos a procedimento comum, mandado de segurança e/ou procedimento sumário, e somente 78 diziam respeito a processo ético-profissional. Desses últimos, apenas 15 tiveram sentenças procedentes em primeira instância, ou seja, reconheceram a nulidade do processo ético-profissional ou da penalidade aplicada, o que significa um êxito de 19,23% (Tabela 1).

Tabela 1. Número de processos localizados (Justiça Federal de SP e DF, 2008 a 2018)

Processos	n°
Total de processos localizados	731
Procedimento comum, mandado de segurança, procedimento sumário	214
Sobre processo ético-profissional	78
Sentenças consideradas procedentes em primeira instância	15

Das 15 sentenças que obtiveram decisão favorável em primeira instância, 14 questionavam direta ou indiretamente a aplicação da penalidade. Apenas um processo foi proposto antes do julgamento, razão pela qual não há menção expressa de penalidade na sentença. A Tabela 2 mostra as penas relacionadas às sentenças julgadas procedentes.

Tabela 2. Penas relacionadas às sentenças julgadas procedentes (Justiça Federal de SP e DF, 2008 a 2018)

Tipo de pena	Quantidade
Censura confidencial em aviso reservado	1
Censura pública em publicação oficial	8
Suspensão do exercício profissional por 30 dias	2
Cassação do exercício profissional	3
Não houve aplicação de pena (processo proposto antes do julgamento)	1

Do total de 14 penalidades objeto de questionamento judicial, 13 eram públicas e somente uma era privada. Destaque-se que as 15 sentenças pesquisadas foram objeto de recurso na segunda instância, ou seja, foram remetidas para reanálise do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) ou da 1ª Região (Distrito Federal). Quatro recursos seguem pendentes de julgamento, o que inviabilizou a realização de uma estatística dos julgamentos de segunda instância.

Do total de 11 sentenças cujos recursos já foram julgados, somente quatro foram revertidas, ou seja, o Tribunal reconheceu que não ocorreu nulidade, diferentemente do juiz de primeira instância. Não foi avaliado se houve encaminhamento dos processos para tribunais superiores.

Os dados demonstram que, no período apurado, o Cremesp teve resultados em sua maioria exitosos quando suas decisões foram submetidas a análise do Poder Judiciário. É importante salientar que o número de decisões questionadas, no contexto geral de decisões proferidas pelo Cremesp, é extremamente baixo. A título de exemplo, entre os anos de 2018 e 2022, 3.770 médicos foram julgados, em 2.790 processos, ou seja, em média 754 julgamentos por ano².

Ainda que o período estudado nesta pesquisa seja outro (2008 a 2018), supondo que a quantidade de julgamentos seja a mesma, o índice de judicialização e de procedência dessas ações é muito pequeno, o que indica que, em sua grande maioria, as decisões emanadas pelo Cremesp têm sido eficientes. Não obstante se tratar de um número baixo se comparado ao total de decisões exaradas pelo Cremesp em processos ético-profissionais, os resultados apontam a possibilidade de melhoria

na tramitação e no julgamento no sentido de aprimorar ainda mais a efetividade das decisões.

Dados qualitativos

A partir da leitura de cada sentença, foram identificados os principais argumentos trazidos pelos magistrados, sendo elaboradas as seguintes categorias de análise:

1. Ausência de competência do Cremesp (Sentença 1);
2. Ausência de fundamentação da decisão (Sentenças 2, 11, 13 e 14);
3. Cerceamento de defesa (Sentenças 3, 8, 12 e 15);
4. Inobservância do princípio da proporcionalidade na aplicação de pena (Sentenças 4 e 9);
5. Prescrição (Sentença 5);
6. Presunção de inocência (Sentenças 6 e 7);
7. Inobservância aos princípios da isonomia e da razoabilidade (Sentença 10).

Categoria 1: Ausência de competência do Cremesp

A despeito de o ato que gerou a penalidade envolver profissionais da área médica, escapa das atribuições do conselho classista, por tratar-se de conduta adotada no âmbito da administração da empresa operadora de plano de saúde. Eventual irregularidade dessa conduta, enquanto tomada no âmbito da administração, poderá assim ser considerada no bojo da relação contratual, cível, entre médico e empresa (Sentença 1).

O art. 2º da Lei 3.268/1957 estabelece que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente¹.

Dessa forma, não é todo e qualquer fato relacionado a médicos que deve ser submetido à apreciação dos Conselhos de Medicina, mas tão somente aquele que diz respeito ao exercício da profissão. Mesmo que sejam fatos ou atos absolutamente reprováveis, inclusive com correspondência no

Código Penal, somente devem ser apurados se forem relacionados ao indivíduo em sua atuação como médico. O Conselho de Medicina, ao declarar sua incompetência para apuração, deverá encaminhar o relato ao órgão competente.

No caso abordado pela Sentença 1, em que pese os agentes serem médicos, entendeu o magistrado que os fatos apurados estavam na seara da administração de operadora do plano de saúde, e não no exercício da medicina, razão pela qual declarou a nulidade do processo ético-profissional, bem como da penalidade aplicada. Nesse sentido, não se trata somente de uma pena inadequada ou de um ato que precisa ser refeito, mas de um processo nulo desde a sua origem, pois sequer deveria ter existido.

Categoria 2: Ausência de fundamentação da decisão do Cremesp

A leitura dos fundamentos expostos tanto no acórdão do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo como também no acórdão do Conselho Federal de Medicina revela que nenhum deles indicou quaisquer fatos concretos e determinados, enquadráveis nas condutas descritas nos dispositivos tidos por violados do Código de Ética Médica. (...) se limitaram a expor, na fundamentação dos acórdãos que proferiram, a mera enunciação genérica e abstrata das condutas (...), sem especificar, concretamente, com base em dados empíricos (...) os fatos determinados que caracterizassem tais infrações (Sentença 11).

Todos os atos praticados pelos Conselhos de Medicina estão inseridos na categoria de ato administrativo. Sendo assim, são submetidos às diretrizes estabelecidas na Lei 9.784/1999⁹, dentre as quais destaca-se a exigência de motivação do ato, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

A motivação é fundamental para que o cidadão saiba, de maneira clara, os argumentos que levaram o Conselho de Medicina a proferir uma decisão. Além de se tratar da quebra de direito, a não indicação da motivação do ato administrativo pode inviabilizar o controle do Poder Judiciário, ensejando a declaração de nulidade da decisão.

A motivação assume especial e transcendental relevância quando o ato administrativo priva

alguém de seus direitos, restringe liberdades ou limita movimentos⁶. Não basta, porém, que haja motivação, pois esta precisa ser clara e congruente com a decisão proferida. Essa é uma das garantias mínimas do Estado democrático de direito, a fim de que o administrado não seja alvo de motivações pessoais, políticas ou quaisquer outras que desviem a finalidade do ato.

Trazendo esses conceitos para o escopo do estudo, ao decidir pela culpa do médico e pela aplicação de penalidade, o Conselho de Medicina deve apresentar na fundamentação da decisão toda a documentação necessária para a análise do Poder Judiciário. Caso contrário, há risco concreto de anulação da decisão.

Ressalte-se que a norma que disciplina o trâmite dos processos ético-profissionais e a dinâmica dos julgamentos estabelece expressamente a necessidade de fundamentação adequada, tanto no momento de descrever a culpabilidade e os artigos imputados quanto para a dosimetria da pena⁴.

Nas quatro sentenças estudadas nessa categoria, a ausência de fundamentação motivou o juiz de primeiro grau a determinar a nulidade do processo ético-profissional. Do total de três sentenças que já foram reavaliadas em segundo grau, houve reversão – ou seja, afastamento da ocorrência de ausência de fundamentação – somente em uma delas; nas demais, a nulidade foi mantida.

Categoria 3: Cerceamento de defesa

Do relatório acima não há dúvidas de que o autor havia feito, em sua defesa prévia, um pedido de realização de nova perícia médica, desta vez com a sua participação. O pedido restou esquecido até ser apontado pelo departamento jurídico. Em resposta, o Conselheiro Instrutor indeferiu a produção da perícia sob o fundamento de “estando suficientes as provas colhidas nos autos”. O parecer do departamento jurídico e a decisão de indeferimento da prova se deram quando já havia data designada para julgamento. Esta sequência demonstra que o procedimento sofreu uma inversão de fases. E a obediência ao procedimento é o mínimo que se pode ter para a garantia de um julgamento justo (Sentença 12).

Oportunizar todos os meios de defesa para o médico denunciado é uma das garantias

constitucionais irrenunciáveis. O constituinte de 1988 previu, em seu art. 5º, inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁷.

Da ampla defesa deriva o direito do acusado de participar ativamente de todos os atos do processo: ter ciência dos fatos que lhe estão sendo imputados, produzir provas, estar presente em julgamentos e em audiências e fazer alegações. Na preocupação de levar o processo a julgamento, a fim de não restar configurada uma prescrição, eventualmente são omitidas ou invertidas etapas, o que gera nulidade em razão da inobservância à ampla defesa. A doutrina denomina essa atuação como cerceamento de defesa.

Desta feita, ao indeferir um pedido realizado por aquele que está sendo investigado, deve ser apresentada uma justificativa fundamentada. Ao negar que alguém produza uma prova ou esteja presente no julgamento, como nos casos ora tratados nas sentenças analisadas, a justificativa deve se sustentar, não devendo ser aceitas decisões evasivas ou genéricas. A regra a ser seguida, portanto, é a de que todos os meios de defesa sejam oportunizados e todas as fases do processo, devidamente observadas, sendo possível o indeferimento de pedidos formulados, em caráter excepcional, somente se houver justificativa e fundamentação plausível.

Nessa categoria, o julgamento em segunda instância manteve a decisão de cerceamento de defesa das três sentenças já julgadas.

Categoria 4: Inobservância do princípio da proporcionalidade na aplicação de pena

Insurge-se a parte autora contra a aplicação da pena de cassação, por ter-lhe sido imputada com base no critério de gradação da pena em razão da existência de condenações anteriores. Alega que a aplicação de tal penalidade não foi fundamentada, inexistindo qualquer indicação de quais seriam estas condenações anteriores e nem de sua definitividade (trânsito em julgado administrativo). Neste ponto entendo que procede o inconformismo da Autora, uma vez que para que lhe fosse aplicada a pena máxima prevista (cassação do exercício profissional), seria de rigor especificar, na parte

dispositiva da decisão, os antecedentes que justificariam a aplicação desta pena. Também tenho em conta que a cassação do exercício profissional foi aplicada de forma desproporcional à conduta isoladamente considerada (Sentença 9).

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade precípua controlar e limitar a atuação do Poder Público. A máxima da proporcionalidade se encontra expressamente positivada pelo ordenamento jurídico de alguns países e, em outros, decorre do próprio Estado de direito¹⁴. Parte dos juristas tende a reconhecer que o status constitucional da proporcionalidade deve ser buscado na cláusula do devido processo legal, disposta no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal⁷.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade¹⁵. Pelos critérios da proporcionalidade, pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como inferir que outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo poder público. Trata-se de buscar uma solução de compromisso na qual se respeita mais, em determinadas situações, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar ao mínimo o outro e jamais lhe faltar com respeito.

Quando o Conselho de Medicina entende que o médico denunciado infringiu a ética médica, fazendo jus à aplicação de uma penalidade, deve observar as normas vigentes e os princípios constitucionais, ponderando entre o interesse público (da sociedade) e o interesse privado (do médico).

Verifica-se que não há interferência do Poder Judiciário quanto à culpabilidade ou não do médico, mas tão somente quanto ao cabimento da pena aplicada, sob a ótica da proporcionalidade. Vale ainda observar, como bem trazido pelo magistrado na Sentença 9, que o sistema de gradação da pena não representa uma faculdade ao administrador, e sim um critério vinculado trazido por lei, pois em qualquer sistema punitivo a dosimetria da pena deve ser aplicada de forma a torná-la razoável e proporcional à infração cometida.

A Lei 3.268/1957¹ traz expressamente essa obrigação ao dispor que, em regra, a aplicação da penalidade ao médico deve obedecer à gradação de penalidades (penalidade A, depois penalidade B, e assim sucessivamente conforme

a reincidência do médico). Somente em casos de gravidade manifesta, devidamente demonstrada, é justificável a aplicação de pena mais grave sem observância a essa gradação¹.

Corroborar esse entendimento o Código de Processo Ético-Profissional, que disciplina que, ao aplicar a sanção, o voto deve conter fundamentação adequada para a dosimetria⁴. Exige-se coerência e unidade de critérios, com obediência à segurança jurídica, de parte do Estado, quando se pretende selecionar comportamentos proibidos e castigá-los. Ressalte-se que a Sentença 4 foi revertida em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal, que entendeu que houve observância do princípio da proporcionalidade.

Categoria 5: Prescrição

Portanto, no caso em exame, patente a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, já que o início da contagem se deu em 09/04/2003 e a decisão da aplicação da pena de suspensão se deu em apenas em 14/08/2009. Ou seja, entre a data da apresentação da defesa e do julgamento decorreu prazo superior a 5 (cinco) anos (Sentença 5).

A prescrição da pretensão punitiva tem como origem o princípio da segurança jurídica, pois ninguém pode ficar submetido a ações judiciais e/ou administrativas por tempo indefinido⁶. Pode ser conceituada como a perda do direito de punir, por parte do Estado, em razão do decurso do tempo estabelecido por lei. O Código de Processo Ético-Profissional estabelece que esse prazo é de cinco anos (prescrição quinquenal), no entanto algumas peculiaridades sobre o tema precisam ser esmiuçadas.

O primeiro ponto a ser trazido é que o início da contagem desse prazo se dá a partir do conhecimento dos fatos pelo Conselho de Medicina, e não de sua ocorrência. Essa diretriz foi retirada da Lei 6.830/1980¹⁶, que estabelece também que, ao longo do prazo quinquenal para realizar a apuração e eventual aplicação de pena, há dois marcos interruptivos, ou seja, o prazo retoma sua contagem desde o início: notificação do profissional e apresentação de defesa escrita.

Ocorre que o Código de Processo Ético-Profissional em suas últimas edições traz também como causa interruptiva a decisão condenatória recorrível, não prevista na Lei 6.830/1980¹⁶,

mas na Lei 9.873/1999¹⁷, que trata do prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela administração pública federal, direta e indireta.

Sendo assim, de acordo com a norma processual ética, há três causas que interrompem o prazo prescricional; ou seja, com sua ocorrência, o prazo volta a ser contabilizado desde o início:

1. Pelo conhecimento expresso ou pela citação do denunciado, inclusive por meio de edital;
2. Pelo protocolo da defesa prévia; e
3. Por decisão condenatória recorrível.

Como se verificou, as duas primeiras têm base na Lei 6.830/1980¹⁶, enquanto a terceira tem base na Lei 9.873/1999¹⁷. Essa informação é relevante pois foi justamente essa a argumentação utilizada pelo juiz ao reconhecer a prescrição: somente a Lei nº 6.838/1980 se aplicaria aos processos ético-profissionais, já que foi criada para este fim específico.

Há uma norma no direito, denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁸, a qual determina que, havendo conflito entre norma geral e especial que tratam do mesmo tema, prevalece o disposto na lei especial. Por este raciocínio, portanto, o magistrado entendeu que a última causa interruptiva em questão, qual seja, a data da decisão condenatória recorrível, não poderia ser considerada, restando como causas interruptivas válidas a citação do denunciado e a apresentação de defesa prévia.

Assim, contando-se o prazo prescricional quinquenal, decorreram cinco anos desde a última causa interruptiva considerada (apresentação de defesa prévia), o que ensejou no reconhecimento da prescrição e na anulação da pena aplicada ao médico. Tal questão não é pacificada, assim como muitas outras questões do direito, havendo entendimentos contrários a esse. Freitas¹⁹ entende que, em razão da aplicação analógica dos princípios e normas do direito penal à esfera ética, pelo caráter punitivo de ambas, a decisão de primeira instância interromperia mais uma vez a prescrição.

Independentemente dessa discussão sobre as causas interruptivas do processo ético-profissional, certo é que o prazo prescricional deve ser observado: ultrapassado o prazo de cinco anos, contado da ocorrência da última causa, não há outro caminho a não ser o reconhecimento da prescrição. Outro aspecto relevante que vale ser lembrado é o instituto da prescrição intercorrente, que ocorre

quando o processo ético-profissional, ou sindicância, fica mais de três anos pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado.

Ambas as prescrições, seja a quinquenal ou a intercorrente, quando detectadas pelo Conselho de Medicina, devem ser reconhecidas de ofício. Caso contrário, o titular desse direito poderá ingressar com medida judicial de reconhecimento da ocorrência, arquivando-se o processo em definitivo.

Destaque-se que a Sentença 5 foi revertida em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal, que entendeu que não ocorreu prescrição da pretensão punitiva e validou decisão do Cremesp.

Categoria 6: Presunção de inocência

Em síntese, não há nos autos do processo ético-disciplinar nenhuma prova a revelar ter sido a autora a responsável pelas infrações, prova essa cujo ônus competia ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Não cabia à autora produzir prova de sua inocência. Tanto a prova da materialidade da infração como a de sua autoria constituíam ônus do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Sentença 6).

De acordo com todo o arcabouço constitucional de garantias e direitos fundamentais, para que alguém seja administrativamente punível é necessário que se demonstre culpável⁶. Assim, dado seu caráter punitivo, o processo ético-profissional deverá ser conduzido de maneira que, comprovada a culpabilidade, aplique-se a penalidade.

As sentenças analisadas nessa categoria sinalizam a possibilidade da inobservância de um dos princípios protagonistas da Constituição Federal de 1988, a presunção de inocência (“Dos direitos e garantias fundamentais”, art. 5º da Constituição Federal)⁷. Em se tratando de um processo punitivo, cujas raízes encontram-se no direito penal, é condição *sine qua non* que se comprove a existência de culpa ou de dolo por parte do infrator.

Nessa esteira, a presunção deve ser sempre a da inocência e não culpabilidade, de forma que o processo precisa reunir provas cabais de que aquele médico foi o responsável pelo ato em questão. Na dúvida, o médico deve ser absolvido.

A comprovação da culpa é uma garantia constitucional e ônus do Conselho de Medicina.

A existência de materialidade não exclui a necessidade de comprovação da autoria, ou seja, mesmo que haja indícios e elementos que comprovem que a infração ética existiu, é necessário averiguar quem foi o agente.

Cabe aqui um parêntese no sentido de refletir sobre a responsabilidade ético-profissional de médicos que ocupam a direção técnica de instituição de saúde ou clínica, duas figuras que respondem por inúmeras questões relacionadas à prestação da atividade médica. Em linhas gerais, é possível dizer que o diretor técnico responde pelo funcionamento da unidade, enquanto o clínico representa o corpo clínico. É importante salientar que não se pode presumir a culpa desses profissionais no julgamento de infrações éticas pelo simples fato de ocuparem esses cargos.

A Sentença 6 foi revertida em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal, que entendeu que havia provas de autoria, confirmando a condenação do Cremesp.

Categoria 7: Inobservância aos princípios da isonomia e da razoabilidade

Não se olvida que, ao condenar o autor pela prática de infrações ao C.E.M. e absolver outro acusado que sofreu imputações semelhantes e, repise-se, não conseguiu afastá-las, as autoridades incorreram em violação ao princípio da isonomia na medida que aplicaram a lei ao caso concreto de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. A infringência ao princípio da razoabilidade mostra-se ainda mais evidente. A conduta imputada ao autor revelou-se, ao cabo, na seguinte: comete falta ética o médico que em função de direção técnica ou clínica em hospital deixa de tomar providências para fazer cessar o delito. Todavia, observa-se que, se foi afastada a prática de delito de um dos médicos que executou as cirurgias, tidas, ao início, como ilícitas e antiéticas, pois com finalidade contrária ao C.E.M., não se afigura razoável a condenação do autor, porquanto, ausente a conduta antecedente, ausente, também, a omissão subsequente (Sentença 10).

O princípio da isonomia preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ele inaugura o capítulo da Constituição Federal que trata dos princípios e

garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros, estabelecendo que é mandatório tratar de maneira isonômica situações iguais. Em caso de tratamento desigual pelo julgador de situações semelhantes ou idênticas, há inobservância expressa a uma das garantias mais importantes de uma democracia.

Sendo assim, o processo ético-profissional objeto de controle jurisdicional trouxe à tona situação em que dois médicos em circunstâncias semelhantes receberam tratamentos diferentes: enquanto um recebeu a pena máxima de cassação do exercício profissional, amenizada para censura pública em publicação oficial pelo CFM, o outro foi absolvido.

Havia nos autos prova de que ambos praticaram atos semelhantes em desacordo com o Código de Ética Médica. Porém, entendendo que um dos médicos colaborou com as investigações, o Conselho de Medicina achou por bem absolvê-lo, não obstante a existência de provas sobre sua participação. Tal decisão foi considerada arbitrária, razão pela qual foi anulada.

Nessa toada, compete ao julgador, no exercício das atribuições conferidas por lei, aplicar a norma ética de maneira isonômica a todos aqueles que praticarem atos iguais ou semelhantes, garantia essa que foi concedida pela Constituição Federal e que não pode, sob nenhum argumento, ser colocada em dúvida.

Considerações finais

Contrariamente à hipótese que se tinha a respeito do tema, qual seja, que havia um número alto de reconhecimento de nulidades pelo Poder Judiciário, a análise dos dados quantitativos da pesquisa demonstrou que apenas 19,23% do total de ações propostas num período de onze anos

reverteu, em primeira instância, a decisão proferida pelo Cremesp.

Na perspectiva da análise dos dados, foi possível verificar duas principais causas que tiveram maior incidência: ausência de fundamentação da decisão do Cremesp e cerceamento de defesa. Foi possível também verificar que quase a totalidade das sentenças diz respeito a uma pena pública (3, 4 ou 5).

Por fim, destaque-se que todas as quinze sentenças analisadas foram objeto de recurso em segunda instância, ou seja, remetidas para reanálise do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) ou da 1ª Região (Distrito Federal). Quatro recursos seguem pendentes de julgamento, o que inviabilizou a realização de uma estatística dos julgamentos de segunda instância.

Não obstante se tratar de um número baixo de reconhecimento de nulidades pelo Poder Judiciário, especialmente levando em consideração que o Cremesp conclui cerca de 800 julgamentos por ano, os dados da pesquisa demonstram a possibilidade de melhoria na tramitação e no julgamento dos processos no sentido de aprimorar ainda mais a efetividade das decisões.

As exigências com relação à lisura dos processos ético-profissionais aumentam como consequência da capacitação dos advogados que atuam na área do direito médico e do avanço dos estudos e teses jurídicas. Sendo assim, os Conselhos de Medicina deveriam oferecer de forma continuada treinamentos, julgamentos simulados e cursos preparatórios para que conselheiros, delegados e colaboradores se tornem ainda mais preparados para conduzir com excelência os processos ético-profissionais, levando em conta não somente questões técnicas médicas, mas também leis e garantias constitucionais de todos os cidadãos. Com isso, o número de reversões poderia se tornar ainda menor, aumentando a credibilidade do órgão de classe cuja função precípua é a proteção da sociedade.

Este artigo é baseado na dissertação de mestrado da autora Camila Kitazawa Cortez.

Referências

1. Brasil. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 1 out 1957 [acesso 19 ago 2023]. Disponível: <https://tny.im/e5cLr>

2. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Prestação de contas do exercício 2022: registros profissionais. Cremesp [Internet]. 2022 [acesso 18 ago 2023]. Disponível: <https://tny.im/eCv8i>
3. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 1 nov 2018 [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/cHS2h>
4. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.306/2022. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 25 mar 2022 [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/X43IB>
5. Cortez CK. A responsabilidade civil, penal e ética do médico no Brasil. In: Carvalho PCA, organizadora. Direito médico: temas atuais. Curitiba: Juruá; 2019. p. 37-62. p. 58
6. Osório FM. Direito administrativo sancionador. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2019.
7. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 4 out. 1988 [acesso 2 jan 2023]. Disponível: <https://tny.im/aq5tf>
8. Silva JAD. Curso de direito constitucional positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros; 2007. Dos princípios constitucionais do estado brasileiro; p. 97-122.
9. Brasil. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 1 fev 1999 [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/S374x>
10. Cunha LJC. A fazenda pública em juízo. 5ª ed. São Paulo: Dialética; 2007. Controle judicial da atividade administrativa; p. 471-84.
11. Brasil. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo. Justiça Federal [Internet]. [s.d.] [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>
12. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. Justiça Federal [Internet]. [s.d.] [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/P4ioE>
13. Franco MLPB. Análise de conteúdo. Campinas: Autores Associados; 2021.
14. Cristóvam JSS. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá; 2006. A colisão entre princípios constitucionais e a máxima da ponderação; p. 196-265.
15. Guerra Filho WS. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4ª ed. São Paulo: Celso Bastos; 2005. Sobre o princípio da proporcionalidade; p. 83-122
16. Brasil. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 24 set 1980 [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/xvB3d>
17. Brasil. Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 24 nov 1999 [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/kwJrr>
18. Brasil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 9 set 1942 [acesso 18 maio 2024]. Disponível: <https://tny.im/UyxrB>
19. Freitas VPD. Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Conselhos: controle profissional, processo administrativo e judicial; p. 250-343.

Camila Kitazawa Cortez – Mestranda – camilakcortez@gmail.com

 0000-0001-6729-5382

Aluisio Marçal de Barros Serodio – Doutor – lulabra@yahoo.com

 0000-0003-4769-1016

Gaspar de Jesus Lopes Filho – Livre Docente – gasparlopes@uol.com.br

 0000-0002-9344-6479

Correspondência

Camila Kitazawa Cortez – Rua Manoel Gomes, 114 CEP 03349-045. São Paulo/SP, Brasil.

Participação dos autores

Todos os autores participaram no planejamento deste artigo. O esboço final foi produzido pela primeira autora, e o manuscrito foi revisado, corrigido e aprovado pelos demais autores.

Recebido: 19.9.2023

Revisado: 2.5.2024

Aprovado: 14.5.2024