

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

MEDICAL LIABILITY: HUMAN DIGNITY AND REVERSAL OF BURDEN OF PROOF

Edna Torres Felício Câmara

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a possibilidade de inversão do ônus da prova na apuração da responsabilidade civil do médico (profissional liberal cuja responsabilidade é subjetiva). Esse tema mostra-se bastante atual tendo em vista os rápidos avanços tecnológicos, que impossibilitam, ao homem médio, o entendimento dos cada vez mais complexos procedimentos médicos, além do alto custo das perícias. Uma leitura sistemática do ordenamento jurídico implica na necessidade de facilitar a obtenção da prova nesses casos uma vez que o objeto da medicina, a saúde, é um direito fundamental do homem e sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável. Essa facilitação operacionaliza-se com a inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência, conforme dispõe o CDC. Essa possibilidade traz benefícios ao profissional da medicina (fragiliza a desconfiança, por parte da sociedade, de um corporativismo protetivo de parte da classe médica), ao paciente (viabiliza a defesa de seu direito) e ao julgador (facilita a busca daquilo que interessa de perto ao Direito: a justiça).

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Inversão do ônus da prova; Responsabilidade civil do médico.

ABSTRACT

This article is about the possibility of reversing the burden of proof in cases that involve the determination of the medical liability (professional person whose responsibility it is subjective). This theme appears to be very current in view of the rapid technological advances that make it impossible to the average man understand the increasing of the complex medical procedures, and the high cost of the expertise. A systematic reading of the law implies the need to facilitate the taking of evidence in these cases since the object of medicine, human health, is a fundamental right and its connection with the principle of human dignity is indisputable. This facilitation can be operationalized with the possibility of reversing the burden of proof, if present the requirements of the likelihood and hypo-sufficiency as provided in Procedural Law. This possibility brings benefits to the medical professional (weakens the distrust, on part of society, of a protective corporatism of the medical class), to the patient (enables the defense of their right) and to the judge (facilitates the search for what interests for the Law: justice).

KEYWORDS: liability; Reversal of burden of proof; Medical liability.

1. INTRODUÇÃO

Abordaremos, no presente artigo, o tema da responsabilidade civil do profissional médico, com ênfase num dos pontos mais polêmicos sobre o assunto: a culpa e sua prova. Para tanto, entendemos necessária a exposição de determinados pressupostos teóricos sobre o instituto da responsabilidade civil ressaltando sua inserção em um sistema (o ordenamento jurídico). É essa noção sistemática que tornará possível apreender a ligação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com requisitos processuais para a aferição de culpa do profissional médico. O método utilizado foi o indutivo operacionalizado com a revisão bibliográfica de importantes autores que se debruçaram no tema, sendo que, ao final deste artigo, um estudo de caso encerrará nossas reflexões.

Na primeira parte, abordaremos a constitucionalização do Direito Civil e a importância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana. A seguir, exporemos alguns pontos da teoria geral da responsabilidade civil - o que tornará evidente a importância da prova no caso da responsabilidade civil subjetiva (o que é o caso do profissional liberal médico). De posse desses pressupostos gerais, na segunda parte, nos ocuparemos da responsabilidade civil do médico com uma breve passagem sobre a história, natureza jurídica e a dificuldade de comprovação da culpa para o ressarcimento de danos. Ao fim, a análise jurisprudencial será capaz de nos indicar que o Judiciário, atento a essas dificuldades, parece caminhar no sentido da utilização do instituto da inversão do ônus da prova, conforme disposto no Código de Defesa do Consumidor, como forma de minimizar esses problemas.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A análise do instituto da responsabilidade civil, levando-se em conta uma leitura sistemática do Direito, mune o operador jurídico de ferramentas poderosas para o manejo desse instituto. Tal leitura impõe o respeito a metas e valores impostos pelos princípios constitucionais, o que permite avançar além da interpretação literal das normas. Assim, iniciaremos nossa exposição tratando da Constituição que, como se verá em um caso concreto analisado ao final do presente trabalho, deve servir como ponto de partida e parâmetro das decisões que almejem uma aproximação com o justo.

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Para HESSE¹, a Constituição não é apenas uma justificação para as condições fáticas de dado momento histórico; mas, sim, uma ordem jurídica fundamental que determina os princípios diretivos segundo os quais se devem formar a unidade política, bem como as tarefas estatais a serem exercidas (dever-ser). Assim, a Constituição é, para HESSE, antes de tudo, norma, que, embora busque estabilidade, interage com a realidade sofrendo um processo de mutação e modificação com o decorrer da história. Esse processo de mutação constante, dentro dos limites axiológicos de cada Estado, é possibilitado pela aplicação dos princípios.

Nesse sentido, segundo BARROSO², o ponto de partida do intérprete são os princípios que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e os fins que se espraiam para o todo o sistema do ordenamento jurídico. É a noção de sistema que explica porque os princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, têm importância essencial para o estudo dos institutos do Direito (inclusive o da responsabilidade civil).

O termo “norma jurídica” indica uma categoria geral que é subdividida em duas espécies: as regras (concretas) e os princípios (abstratos). Segundo ALEXY³, apesar de a distinção entre regras e princípios ser antiga, ainda há muita polêmica e confusão. Antes de diferenciá-los, no entanto, há que se considerar que num ponto aproximam-se: ambos são normas, na medida em que determinam o “dever ser”, ou seja, regras e princípios são espécies do gênero norma. O autor prossegue dizendo que existem diversos critérios que podem ser adotados para a distinção entre regras e princípios, sendo o mais utilizado o da generalidade: enquanto as primeiras são mais específicas, os segundos são mais gerais⁴.

Considerando a generalidade dos princípios, a sua imperatividade, enquanto normas que são, e a constatação de que o ordenamento jurídico é um sistema, temos as premissas básicas para analisarmos a chamada “constitucionalização do direito civil”. Segundo REALE⁵, há duas leis fundamentais: a Constituição, que estabelece a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano e da sociedade civil, e o Código Civil, que abrange as atividades essenciais da pessoa humana e da sociedade civil. O Código Civil é a “constituição

¹ HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*, p. 16.

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 150.

³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 82-83.

⁴ ALEXY, R. *Idem*, p. 83-84.

⁵ REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil e a Constituição e o Código Civil*. In. www.miguelreale.com.br. Acesso em 20.mar.2012.

do homem comum”. Todavia, observa-se que os conceitos fundamentais do Direito Civil vêm sendo estabelecidos, prioritariamente, no texto constitucional:

A participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis merece nossa especial atenção a começar pelo Art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa a “**dignidade da pessoa humana**”, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo ordenamento jurídico.

Se lembrarmos que, no Art. 5º da Carta Magna, são consagrados outros preceitos civis fundamentais, como, por exemplo, o da liberdade de associação, o da **reparação do dano moral**, o da inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, a função social da propriedade; e o que Art. 226 estabelece os princípios constitutivos da instituição da família, podemos afirmar que, **no Brasil, atinge o mais alto grau de constitucionalização do Direito Civil.**⁶ (grifos nossos)

Isso posto, podemos entender o sentido de complementaridade que explica a convergência do Direito Público e do Direito Privado, dos princípios constitucionais e dos princípios do Código Civil⁷. Para REALE⁸ “a ambivalência da liberdade e de seus limites ético-jurídicos está na base da Constituição e do Código Civil, em sintonia que constitui o apanágio do ordenamento jurídico pátrio”.

Segundo FACHIN⁹, “a ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana”, que, além de princípio fundamental, “é estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”. Esse princípio afasta a ideia do predomínio do individualismo “fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar”. Nesse contexto, segundo FACCHINI NETO, “abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana”¹⁰.

A ideia de dignidade da pessoa humana, nas palavras de SARLET¹¹, tem origem no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica: a dignidade da pessoa referia-se ao respeito à posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, havendo, portanto, pessoas mais dignas do que outras. No

⁶ REALE, Miguel. *A Constituição e o Código Civil*. In. www.miguelreale.com.br. Acesso em 20.mar.2012.

⁷ Ainda segundo REALE, a formulação do novo Código Civil foi norteada pelos seguintes princípios: o da socialidade, o da eticidade e o da operabilidade, que carregam em si os reflexos dos princípios constitucionais.

⁸ REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil e a Constituição e o Código Civil*. In. www.miguelreale.com.br. Acesso em 20.mar.2012.

⁹ FACHIN, Luis Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 190.

¹⁰ FACCHINI NETO. Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 23.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 29.

pensamento estoico, havia uma noção mais sofisticada no qual a dignidade era qualidade que distinguia o ser humano das demais criaturas.

Na Idade Média, Tomás de Aquino já se referia expressamente à dignidade da pessoa humana - o que desembocaria no ideário cristão de que o homem é dotado de um valor intrínseco e, por isso, não pode ser transformado em mero objeto ou instrumento.

O pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII racionalizou e laicizou a ideia de dignidade da pessoa humana, sendo que Immanuel Kant concebeu a dignidade partindo da autonomia ética do ser humano e da ideia de que o homem não pode ser tratado como objeto. Essa autonomia é a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis. Assim, sustenta Kant, que “todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”¹². É a formulação de Kant que tem servido de fundamentação ao princípio da dignidade da pessoa humana para a maioria da doutrina.

No entanto, sustenta SARLET¹³ que é difícil alcançar um conceito unívoco, inquestionável e completo do que seja a dignidade da pessoa humana devido à complexidade de um instituto que “identifica o ser humana como tal”. Essa dificuldade, todavia, não obscurece a realidade e concretude da dignidade “já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações”. Assim, importa observar a necessidade de um permanente processo de construção e desenvolvimento.

Sem embargo da dificuldade de conceituação, é possível circunscrevermos alguns contornos. A dignidade é inerente à pessoa é por isso é irrenunciável e inalienável, tendo o Direito apenas um papel declarativo e protetivo, ou seja, a dignidade “não existe, apenas, onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece”¹⁴. Nesse sentido, sustenta FACHIN que “quem codifica limita, restringe, reduz; na codificação (...) o que se colocam são valores de um dado momento histórico”¹⁵. Da mesma maneira, não poderá ser negada até para aqueles que cometeram os crimes mais indignos¹⁶.

Desse raciocínio, infere-se outra importante constatação: a dignidade humana está ligada à condição de cada indivíduo, todavia, isso não obscurece a dimensão social da

¹² SARLET, I. W. Obra citada, p. 33.

¹³ SARLET, I. W. Idem, p. 39.

¹⁴ SARLET, I. W. Idem, p. 41.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 270.

¹⁶ “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Declaração Universal da ONU, art. 1º.

dignidade que apenas faz sentido no âmbito intersubjetivo, impondo ao ordenamento que todos sejam tratados igualmente na medida de sua igual dignidade.

Apesar da dificuldade de conceituação da dignidade da pessoa humana, SARLET propõe, num resumo de seus estudos, a seguinte conceituação (que o próprio autor entende como não definitiva):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁷.

Em tom de alerta, importa salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser invocado sem qualquer critério, no que FRANKENBERG¹⁸ chamou de trivialização da dignidade da pessoa humana, pois “sua força como valor supremo não a salva dos enxames de intérpretes jurídicos que dela se aproximam, de forma imprudente (...)”¹⁹. Entendemos, todavia, que na questão da responsabilidade civil do médico, o princípio da dignidade da pessoa humana terá peso fundamental, pois lida-se, não com o patrimônio, mas com a vida.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Sempre tendo em vista o necessário olhar sistemático sobre o ordenamento jurídico que nos impõe uma leitura principiológica do Direito a partir da Constituição (que desemboca, no Direito privado, na chamada constitucionalização do Direito Civil), importa agora apresentarmos os pressupostos teóricos gerais sobre o instituto da responsabilidade civil, que mais à frente servirão de subsídios essenciais para adentrarmos na discussão específica da responsabilidade civil do médico e a inversão do ônus da prova.

Responsabilidade deriva do termo latino *respondere* que significa obrigação que alguém tem de assumir relativamente às consequências de seus atos, visto que, quando um dano é causado ou há o descumprimento de uma obrigação, surge o dever de indenizar.

¹⁷ SARLET, I. W. Obra citada, p. 60.

¹⁸ FRANKENBERG, Günther. *A gramática da Constituição e do Direito*, p. 308.

¹⁹ FRANKENBERG, G. *Idem*, p. 313.

Porém, restringir o conceito a sua significação terminológica é insuficiente, até porque, como salienta Caio Mário da Silva Pereira, o conceito de responsabilidade civil não é algo unânime²⁰.

Partindo do exposto, pode-se, em princípio, afirmar que a responsabilidade civil constitui obrigação do agressor de reparar o dano, ou nas palavras de OLIVEIRA²¹,

responsabilidade civil é [...] a consequência a que fica obrigado todo aquele que, por ato próprio ou de alguém por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, provocando prejuízo a outrem, gera o dever de reparar o dano moral ou patrimonial causado

Deve-se considerar que ao longo da história, a preocupação, de alguma forma, sempre foi a reparação do dano à vítima (ainda que não se possa restringir a finalidade da responsabilidade civil à essa ideia individualista) e uma tentativa de restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, “a responsabilidade civil destina-se a colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria não fosse a lesão”²².

NALIN, que entende pela impossibilidade de uma conceituação, tendo em vista a multiplicidade de elemento que compõe a responsabilidade civil, ponderando que²³:

A riqueza e extensão dos elementos que compõe a responsabilidade civil tornam difícil a tarefa de conceituá-la, não sendo de todo imprudente, ao invés de elaborar um conceito, relacioná-la à sua finalidade primordial: sanção pelo desrespeito a valores socialmente reconhecidos e amparados pelas normas próprias, protetivas de direitos relativos ou absolutos.

Considerando a dificuldade de uma conceituação definitiva da responsabilidade civil, torna-se imperativo maior atenção ao estudo de suas peculiaridades, diferenças e elementos.

A responsabilidade pode advir ou de um descumprimento ou inadimplemento contratual ou não ser resultado de um vínculo preexistente entre ofendido e causador do dano. No primeiro caso se está diante de uma responsabilidade contratual disciplinada pelo art. 389 do Código Civil²⁴; no segundo caso, ocorre a responsabilidade extracontratual ou aquiliana,

²⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos da responsabilidade civil*, p. 1.

²¹ OLIVEIRA, Milton. *Dano Moral*, p. 72.

²² NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*, p. 40 e 41.

²³ NALIN, P. R. R. *Idem*, p. 42.

²⁴ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

regulada pelos artigos 186²⁵ e 927²⁶ do Código Civil, respectivamente, assim definidas por NALIN²⁷:

A responsabilidade contratual, também dita negocial ou obrigacional, consiste justamente na não violação de um dever ser contratual, previamente estabelecido em contrato que não deve ser quebrado pelo sujeito contratual.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, aquiliana ou delitual, resulta da violação de um dever geral de abstenção, imposto a toda e qualquer pessoaal [sic] voltado ao respeito dos direitos ditos absolutos de terceiros.

A responsabilidade contratual, conforme OLIVEIRA²⁸, pode ser de quatro tipos: a) *in abstracto* ou *objetiva* (quando pode ser evitada, desde que haja emprego de diligencia ou cuidado por parte do agente); b) *in concreto* ou *subjéitiva* (quando o causador do dano age sem a atenção devida ou com omissão involuntária da diligência necessária ao normal desenvolver de seus negócios); c) *in contrahendo* (quando a falta cometida resulta do próprio ato de contratar - hipótese em que o objeto da estipulação é impossível ou ilícito); d) *in faciendo* ou *in comittendo* ou positiva (quando a falta é ocasionada por omissão, ou abstenção na prática do ato, ocasionando o dano à vítima).

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual pode ser de dois tipos, quais sejam: a) *in eligendo*: quando o dano provém da falta de cautela ou previdência na escolha do preposto ou pessoa a quem é confiada a execução dum ato ou serviço, atingindo terceiro; b) *in vigilando*: quando o dano é ocasionado pela falta de diligência, atenção, vigilância, fiscalização ou quaisquer outros atos de segurança, por parte do agente, no cumprimento do dever, para evitar prejuízo a terceiro.

A responsabilidade também se diz objetiva ou subjéitiva. A subjéitiva foi consagrada no Código de Napoleão, marcado pelo universalismo, individualismo e moralismo²⁹. Salienta OLIVEIRA que esta responsabilidade consiste na “culpa ou dolo ou omissão capaz de lesionar o bem jurídico de determinada pessoa, cabendo ao lesado ou ofendido provar a ação ou omissão do agente que provocou o dano”³⁰.

²⁵ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁶ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁷ NALIN, P. R. R. Obra citada, p. 64.

²⁸ OLIVEIRA, Milton. *Dano Moral*, p. 37.

²⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, p. 29.

³⁰ OLIVEIRA, M. Obra citada, p. 76.

Essa noção de responsabilidade se dispersou por ordenamentos jurídicos de todo o mundo, todavia, contemporaneamente, essa responsabilidade, fundada na culpa, não foi suficiente para atender os novos objetivos e as novas situações que se apresentaram, sobretudo, as advindas da industrialização, como por exemplo, a viabilidade de indenização em razão de um dano causado por uma máquina. Diante desse panorama desenvolveu-se a teoria objetiva da responsabilidade civil, resultante da teoria do risco, pela qual “subsume-se que quem exerce atividade que provoque risco, tem obrigação de arcar com os danos provenientes de tal atividade”³¹, tendo pouca, ou nenhuma importância, a conduta culposa do causador do dano, bastando a prova do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que nasça o dever de indenizar.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, no entanto, acompanhando a evolução do instituto, introduziu a responsabilidade objetiva, por exemplo, na legislação sobre o meio ambiente e no Código do Consumidor.

Também, pode-se falar na responsabilidade por fato de terceiro, que ocorre quando o dano é causado por pessoa por quem se é responsável, conforme dispõe o art. 932 do Código Civil (neste caso há uma ligação legal entre o causador do dano e o responsável pela indenização).

Outro ponto importante é a responsabilidade da pessoa jurídica (um ente que depende de requisitos formais para ser reputada como pessoa e sua personificação condiciona-se ao cumprimento dos requisitos da lei). No caso de clínicas médicas ou hospitais, a responsabilidade é objetiva, pois se perdeu a personalidade presente na relação médico (profissional liberal) e paciente.

A seguir analisaremos os elementos da responsabilidade civil tendo em vista que a responsabilização civil do médico (profissional liberal) é subjetiva, necessitando, portanto, da prova de todos os requisitos.

1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os elementos da responsabilidade são o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal.

Ato ilícito é o ato contrário ao ordenamento jurídico que fere direito subjetivo de outrem a ponto de causar um dano e com isso gerar o dever de indenizar³². Está disposto nos

³¹ OLIVEIRA, M. Obra citada, p. 70.

³² OLIVEIRA, M. Idem, p. 27.

arts. 186 e 187 do Código Civil. Ele deve ser provado de modo a justificar o dolo a culpa do ofensor, em se tratando de responsabilidade subjetiva.

O ato ilícito descrito nos mencionados artigos é o ato ilícito de natureza extracontratual, ou seja, decorre da inexistência de vínculo de natureza convencional entre o agente e o sujeito passivo do dano. Já a conduta contrária ao ordenamento jurídico de origem contratual por sua vez, está disposta no art. 389 do Código Civil³³.

Importante salientar que embora o ato ilícito seja apontado como elemento da responsabilidade civil, nos casos em que a responsabilização se dá de forma objetiva ele não é um pressuposto absoluto.

A culpa, que é o fundamento da responsabilidade subjetiva, é no dizer de OLIVEIRA, o erro de conduta carente de reparação, ou seja, “tendo o agente violado uma regra de conduta, fazendo uso do livre-arbítrio, e sendo possível prever a possibilidade de um dano, mas, mesmo assim, não evita que ele ocorra, age com culpa, portanto chama para si o dever de indenizar”³⁴. Com a caracterização da culpa surge o dever de indenizar.

Para a definição dessa conduta fala-se em um “homem médio”, expressão usada como parâmetro para a caracterização ou não da culpa - a dificuldade é definir qual seja essa conduta do homem médio, visto ser um critério extremamente subjetivo, o que faz com que, na análise do caso concreto, o magistrado acabe se utilizando da própria conduta como parâmetro, o que ocasiona diferentes julgamentos³⁵.

No caso da responsabilidade subjetiva, sem culpa não há responsabilidade imputável ao agente. Na responsabilidade objetiva, a culpa é irrelevante.

O nexa causal é um elemento imprescindível exigido pelo art. 186 do Código Civil. Nexa causal é o vínculo entre o agente e o fato causador da responsabilidade civil, ou ainda, é vínculo entre o evento danoso e a ação que o provocou. Ainda que esse elemento aparentemente seja simples, os problemas que o envolvem suscitam muitas dúvidas e divergências doutrinárias quando da análise de quais realmente são as causas de um evento danoso. Nas palavras de OLIVEIRA³⁶,

Isso ocorre quando, em vez de haver uma ligação clara e direta entre os acontecimentos, uma cadeia de eventos sobrevém a uma consequência lesiva. É por esse motivo que este elemento é considerado por muitos doutrinadores como o mais complexo, assim como para Caio Mário da Silva Pereira, que o considera ‘o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil, e o mais difícil de ser determinado’.

³³ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Teoria da Responsabilidade Civil e de Consumo*, p. 126.

³⁴ OLIVEIRA, M. Obra citada, p. 35.

³⁵ OLIVEIRA, M. Idem, p. 36.

³⁶ OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 184.

Quanto às excludentes do nexu causal, OLIVEIRA pondera que,

Motivos há que podem excluir o nexu causal: a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente da vítima e do causador do dano, por exemplo. Hipóteses estas em que a indenização, em regra, será dívida por metade. A culpa concorrente da vítima e do agente faz com que se tenha a compensação da reparação. Caso haja culpa de terceiro, este será o único responsável pela composição do prejuízo. Ocorrendo, porém, caso fortuito ou força maior, encontra-se ferido de morte o nexu causal capaz de gerar o direito a reparação³⁷.

O dano é o último requisito (em latim, corresponde a todo o mal ou ofensa causado a uma terceira pessoa³⁸). Na definição de Milton de Oliveira “dano é o prejuízo experimentado por alguém, quer no seu patrimônio, quer na sua honra, e que, por isso mesmo, deverá ser reparado”³⁹. Ressalta-se que a noção de patrimônio não pode ser restritiva, abrangendo, portanto, não apenas os bens materiais, mas, também os bens imateriais⁴⁰.

O dano é um pressuposto indispensável para que ocorra a indenização, visto que pode haver responsabilidade sem culpa, mas nunca sem a existência de um dano. Outra característica que deve ser ressaltada desse importante elemento da responsabilidade civil é que ele deve ser certo, não sendo concebível a ideia de um dano hipotético, sendo necessária a prova de sua ocorrência.

O prejuízo decorrente do dano pode se traduzir de forma pecuniária ou moral e deve ser qualificada mediante critérios objetivos, diante da inobservância de uma norma, consequência de uma impudência, negligência ou imperícia⁴¹.

O caráter do dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Os primeiros se relacionam com a materialidade, subdividindo-se em danos emergentes e lucros cessantes. Os danos emergentes ou positivos, na definição de OLIVEIRA⁴², são os danos efetivamente ocorridos no momento exato de ilícito ou descumprimento da obrigação, podendo ser facilmente detectado e economicamente apreciável. Os lucros cessantes ou danos negativos, por sua vez, seria o que o lesado deixou de lucrar em razão do ato ilícito, contratual ou não.

Já os danos extrapatrimoniais, ligados à imaterialidade, também chamados de danos morais, expressamente reconhecidos pela Constituição Federal, possuem diversas definições, quais sejam:

³⁷ OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 186.

³⁸ OLIVEIRA, C. M. de. Idem, p. 190.

³⁹ OLIVEIRA, M. Obra citada, p. 31.

⁴⁰ OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 193.

⁴¹ KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*, p. 99.

⁴² OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 201.

Lição de Aguiar Dias: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direitos e não a própria abstratamente considerada. Lição de Savatier: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de Pontes de Miranda: nos danos morais, a esfera ética da pessoa que é ofendida; o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio⁴³.

Os danos morais estão umbilicalmente ligados com os direitos de personalidade consubstanciados na Constituição, verificando-se uma ampliação do rol de hipóteses de dano moral reconhecidos pela jurisprudência, o que demonstra um aumento não apenas quantitativo, mas qualitativo dos interesses tutelados⁴⁴.

De posse desses pressupostos teóricos gerais da responsabilidade civil, analisaremos, na segunda parte deste artigo, a responsabilidade do médico e a inversão do ônus da prova, ponto importante que, negligenciado, inviabiliza a responsabilização do mal profissional.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Dentro da dinâmica social e tecnológica do nosso tempo, é importante, para o paciente e para o profissional da medicina, a consciência dos contornos da responsabilização decorrente do exercício da medicina a ser imputada ao médico nos casos em que os limites éticos da profissão forem ultrapassados e nos casos em que as promessas da ciência não forem cumpridas (por culpa do profissional ou simplesmente porque a natureza não deu seu aval para que tudo corresse como o planejado). Afinal, para o ser humano é muito difícil a resignação quanto aos limites da regeneração do organismo frente a doenças, à incapacitação progressiva decorrente da velhice e à própria fragilidade da vida humana. Tudo isso vem atrelado, muitas vezes, a complicadores como a falta de condições de trabalho na rede pública ou a qualificação deficiente do profissional pelas universidades.

Um importante aspecto a ser lembrado é que, contemporaneamente, os avanços cada vez mais rápidos da ciência fazem com que o setor da saúde movimente parte substancial da economia, trazendo, assim, uma maior complexidade ao tema - o que exige do julgador um olhar atento a todas as variáveis e interesses em jogo. Entendemos que uma leitura principiológica do ordenamento seja de grande valia nessa tarefa e aqui se explica a

⁴³ OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 213.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral*, p.157.

necessidade dos pressupostos teóricos apresentados na primeira parte deste artigo, que ressaltam a necessidade de um olhar sistemático ao ordenamento, afinal nesse campo, lidamos com valores fundamentais ao homem: a saúde e a vida.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Nas civilizações mais antigas, a doença era vista como uma manifestação dos deuses, em geral, de desagrado pela conduta do indivíduo ou da comunidade. Nesse primeiro momento, segundo OLIVEIRA⁴⁵, não era comum a responsabilização pelo mau êxito já que o tratamento de doenças era uma atribuição daqueles que possuíam poderes especiais (magos e feiticeiros). Todavia, com o passar do tempo, a história nos relata casos de punição (às vezes, até com a morte)⁴⁶.

O Código de Hamurabi (2000 a.C.) foi a mais antiga lei em que há registro de artigos que disciplinavam a deontologia médica. Também há registro de papiros egípcios (1500-1200 a.C.) de ensinamentos médicos. No Egito e na Grécia, em torno dos templos, formavam-se as corporações de médicos (ligados à atividade religiosa e divinatória). Na Grécia, com Hipócrates, apareceu a primeira observação objetiva dos fenômenos patológicos (séc. V a.C.). Séculos mais tarde, Aristóteles, na obra a *Política*, pregava a autonomia do médico em relação ao paciente e, com base nos ensinamentos de Hipócrates, em Roma foram esboçadas as primeiras regras de saúde pública (termas, água potável e alimentação). Na Idade Média, no entanto, as grandes pestes foram atribuídas a forças do mal, e coube à civilização árabe desenvolver os conhecimentos médicos das doutrinas helênicas. Apenas a partir da Renascença é que a medicina ganha contornos científicos. Nesse momento, surgem as Escolas de Medicina e, com o aumento do prestígio da profissão, aparecem as associações de classe e, conseqüentemente, a profissão vai sendo paulatinamente regulada.

Segundo OLIVEIRA⁴⁷, no século XX, a mudança de postura do Estado para um Estado interventor refletiu-se na medicina, uma vez que o Estado chamou a si a tarefa de proteger a saúde dos cidadãos. Essa tendência, mesmo nos ambientes mais liberais, mantém-se pelo menos em parte. Isso leva a necessidade de regulação mais específica com a intromissão do Estado na regulação que antes se fazia apenas *interna corporis*.

⁴⁵ OLIVEIRA, EDMUNDO. *Deontologia, erro médico e direito penal*, p. 5.

⁴⁶ Plutarco registrou que Alexandre (rei da Macedônia) mandou crucificar um médico que deixara sem assistência um doente para ir a uma peça de teatro. OLIVEIRA, E. Obra citada, p. 4.

⁴⁷ OLIVEIRA, E. Obra citada, p. 4.

Especificamente, a responsabilidade do médico também pode ser identificada desde a antiguidade, como se pode depreender, por exemplo, de escritos de Ulpiano, que menciona a regra segundo a qual “assim como não se deve imputar ao médico o vento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia”⁴⁸. Hoje, no entanto a complexidade do tema ganha novos contornos tendo em vista o que SANTOS chamou de mútua desconfiança, ou seja, “o médico acaba enxergando no cliente o seu futuro demandante antes os Tribunais, e o paciente vê em seu médico alguém que não será diligente e que está pronto a lhe causar um dano pessoal”⁴⁹.

A relação entre médico e paciente é tida por muitos autores como uma relação de consumo, enquadrando-se o paciente no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor⁵⁰ e o médico ou a clínica sendo albergados pelo art. 3º do CDC⁵¹. Essa noção de relações de consumo tem grande relevância, sobretudo se considerarmos o aumento das possibilidades de responsabilidade objetiva na seara do consumo.

Além da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, importante instrumento normativo é o Código de Ética da profissão, que deve ser subsidiariamente considerado pelo julgador na aferição da culpa e da responsabilidade⁵², pois na responsabilidade médica (profissional liberal), a princípio, não se admitem presunções, ou seja, para que possa ser imputada a responsabilidade a um médico, a sua culpa deve ser provada, mediante análise exaustiva dos métodos empregados pelo profissional em cada caso.

Salienta, ainda, VENOSA⁵³ que em casos de atendimentos de urgência, a culpa deve ser aferida de maneira diversa dos casos em que existem todas as condições para um correto atendimento, visto que

Nessas situações de premência, quando ocorre prestação de serviços médicos, o exame da culpa deve ser diverso. Na exiguidade temporal, quiçá com utilização de recursos técnicos adequados, a cautela do juiz no examinar a conduta deve ser mais rigorosa para a inculpação, diversamente das situações nas quais o médico atua em hospital, com todo aparato técnico e humano. Evidentemente, a culpa deve ser aferida de forma mais rigorosa nessa última hipótese.

⁴⁸ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*, p. 260.

⁴⁹ SANTOS, A. J. da S. *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

⁵¹ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, p. 100.

⁵³ VENOSA, S. de S. *Idem*, p. 99.

Ainda no que tange à culpa, cumpre, ressaltar que cabe à vítima, paciente ou herdeiros a prova da conduta culposa.

A doutrina⁵⁴ costuma decompor as obrigações dos médicos em deveres de conselho, cuidados de assistência e abstenção de abusos e desvio de direitos sendo que, hoje, acrescenta-se o importante dever de informação que impõe ao médico a exposição ao paciente de maneira clara e precisa de todos os efeitos colaterais e os riscos inerentes a qualquer procedimento médico. Nessa direção são os ensinamentos de VENOSA⁵⁵:

O dever de informação, não fosse por si só inerente à atividade médica, é um dos direitos básicos do consumidor: informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresente (CDC, art. 6º, III). Com o devido temperamento, a norma aplica-se inelutavelmente à conduta e tratamento ministrados pelos médicos (...).

VENOSA⁵⁶, com especial sabedoria, salienta que é importante que médico e sociedade sejam conscientes de seus direitos e deveres, pois os problemas, numa medicina de massa inserida na sociedade pautada por critérios econômicos, tendem a se avolumar.

Além da delimitação de deveres e direitos, importa ao operador do Direito atenção à natureza da relação médico-paciente, quando da análise do caso concreto, para que se possa buscar o ferramental adequado à solução de eventuais litígios. Em suma, como afirma KFOURI NETO⁵⁷, os pressupostos para a responsabilidade civil do médico são:

a) comportamento próprio, ativo ou passivo, b) que tal comportamento viole o dever de atenção e cuidado próprios da profissão médica, tornando-se antijurídico; c) a conduta deve ser imputada subjetivamente ao médico, a título de culpa ou dolo; d) que haja um resultado danoso, material ou moral; e) relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.

Ao tratar da natureza da relação jurídica que preconiza o dever de indenizar, DINIZ⁵⁸ afirma que ela é preponderantemente contratual (ao ser chamado para um atendimento surgiria um contrato⁵⁹ entre o profissional e o paciente), devendo ser considerados exceções

⁵⁴ GOMES, L. R. de F. Obra citada, p. 213.

⁵⁵ VENOSA, S.de S. Obra citada, p. 92.

⁵⁶ VENOSA, S.de S. Idem, p.94.

⁵⁷ KFOURI NETO, M. Obra citada, p. 96.

⁵⁸ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, p. 307.

⁵⁹ Desse contrato surgiria uma obrigação de meio e não de resultado.

os casos em que esses profissionais cometem ilícitos penais ou violam normas reguladoras da profissão.

Esse, contudo, não é o entendimento unânime para a análise da responsabilidade médica, visto que, independentemente de advir de uma relação contratual ou extracontratual, existindo a culpa, surge o dever de indenizar, motivo pelo qual VENOSA afirma que “*tal responsabilidade situa-se ora num campo ora no noutro*”⁶⁰. Isso leva parte da doutrina a defender a ideia da existência de um contrato *sui generis*, o que nada esclarece quanto ao tema⁶¹, visto que nem sempre essa relação poderá ser claramente identificada como contratual o que, se tida como regra geral, impossibilitaria em muitos casos a aferição de inadimplemento. Exemplificativamente, podemos dizer que,

(...) quando o paciente contrata com o médico uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia (...) o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. Não se tratando de cirurgia plástica estética (...), a obrigação contraída pelo médico, quer no contrato, quer fora dele, é de meio e não de resultado. Quando a iniciativa do médico é unilateral, quando passa a tratar de pessoa, ainda que contra a vontade dela, a responsabilidade profissional emerge da conduta e não do contrato⁶².

Outro argumento trazido por VENOSA, na defesa dessa “natureza mista” da responsabilidade médica é a de que se está diante de uma relação de consumo, que independe da existência de contrato. Assim, se polêmica é acrescida de importância, na aferição de eventuais responsabilidades.

Importante, também, é a definição de tratar-se de obrigação de meio ou de resultado. A obrigação de meio ocorre quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que o emprego de determinado meio sem preocupação específica com o resultado. Por sua vez, na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Afirma OLIVEIRA⁶³ que,

Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do objetivo prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independente de suas razões, cabendo ao devedor prover o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade.

Tanto na obrigação de meio quanto na de resultado, para a responsabilização civil, impõem-se a existência de culpa. Na obrigação de meio, em regra, o credor deverá provar a

⁶⁰ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 95.

⁶¹ VENOSA, S. de S. Idem, ibidem.

⁶² VENOSA, S. de S. Idem, ibidem.

⁶³ OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 111.

conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidado adequado. Na de resultado presume-se que sua não obtenção decorreu de atuação inadequada ou culposa do contratado⁶⁴.

A regra geral é a de que a obrigação assumida pelo médico em relação ao seu paciente é de meio e não de resultado. No dizer de VENOSA⁶⁵,

O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque vida e morte são valores que pertencem a esferas espirituais.

Entende-se, a princípio, que a obrigação do médico é a de empregar todos os seus conhecimentos e habilidades necessários à tentativa de cura, mas não que ele possa responder pela sua concretização (obrigação de meio). DINIZ⁶⁶ aponta, como exceção, os casos de cirurgia plástica estética (que são obrigação de resultado).

Entretanto, mesmo nas chamadas obrigações de meio haverá espaço para condutas culposas que ensejem a obrigação de indenizar. Nesse ponto é importante observar que a demonstração da culpa do médico, a princípio, seria obrigação do paciente. No entanto, isso, na maioria das vezes, é muito difícil, senão impossível - o que levará à reflexão sobre o cabimento do instituto da inversão do ônus da prova a critério do Juiz.

A responsabilização pela ocorrência de danos ao paciente pode, em muitos casos, não estar restrita ao médico. Tendo isso em conta, VENOSA interpreta a responsabilidade médica de forma ampla, albergando nela não apenas a responsabilidade individual do profissional médico “mas também de estabelecimentos hospitalares, casas de saúde, clínicas, associações e sociedades de assistência, pessoas jurídicas, enfim, que, agindo por prepostos em atividade cientemente diluída, procuram amiúde fugir de seus deveres sociais, morais e jurídicos”⁶⁷.

Considerando o acima mencionado, tem-se como regra geral, que a responsabilidade do médico, como profissional, se dá de forma subjetiva, ou seja, sua culpa deve ser provada para que ocorra a responsabilização. Nesse sentido, é a disposição do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

⁶⁴ OLIVEIRA, C. M. de. Obra citada, p. 111.

⁶⁵ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 90.

⁶⁶ DINIZ, M. H. Obra citada, p. 307.

⁶⁷ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 93.

Art. 14 (...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Já a responsabilidade do estabelecimento que oferece os serviços médicos é tida como objetiva, ou, no dizer de VENOSA, “o defeito ou falha da pessoa jurídica na prestação de serviços médicos independe de culpa, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor”⁶⁸. Aguiar Dias afirma que:

Se o médico atua subordinado à direção do hospital, este é responsável, com comitente; se agiu no exercício de sua profissão, deixando de zelar pelo doente ou descuidando das normas da profissão, a responsabilidade é sua.

Relativamente à infecção hospitalar, se ela se deveu a condições de assepsia deficiente ou à ausência de cautelas idôneas, pode o hospital ser responsabilizado. Este responde pelo que ocorre aos pacientes⁶⁹.

Considerando, por um lado, o alto grau de complexidade da medicina e a hipossuficiência técnica do paciente que dificultam (e, em alguns casos, impossibilitam) a prova do dano e da culpa e, considerando, por outro lado, a responsabilização subjetiva do profissional liberal, disposta no art. 14 do CDC, importa refletir como tornar possível a responsabilização do médico nos casos de culpa.

2.2 A PROVA DO DANO E DA CULPA

O dano que pode gerar a necessidade de reparação poderá ser material ou imaterial. Segundo SANTOS⁷⁰, a perda de ganhos da vítima que deixou de trabalhar em virtude de manobras médicas, por exemplo, dá ensejo à indenização a título de dano patrimonial. No entanto, “o descumprimento do dever por parte do médico, além de frustrar as legítimas expectativas do paciente, sua esperança em ser curado e recuperar a saúde física e mental” pode provocar desde o agravamento da saúde do enfermo até a sua morte e o dano infligido será moral. Segundo VENOSA⁷¹ que “no tocante a reparação dos danos, não olvidemos que, na grande maioria das hipóteses decorrentes da atividade médica, por sua natureza, sobressairão os danos morais que se cumularão aos danos materiais”.

⁶⁸ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 93.

⁶⁹ GOMES, L. R. de F. Obra citada, p. 214.

⁷⁰ SANTOS, A. J. Obra citada, p. 286.

⁷¹ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 98.

SANTOS resume os elementos que demonstrados pelo paciente levariam à responsabilização do médico: “culpa em relação à atenção médica prestada; existência de dano que tenha ocorrido em razão desse fato e relação de causalidade entre o descumprimento do dever assistência e o dano experimentado⁷²” para, logo a seguir, refletir sobre uma séria dificuldade: a difícil prova da culpa do profissional de Medicina. Isso se dá porque cabe ao prejudicado provar a incúria médica na demanda indenizatória nas obrigações de meio. Apenas nas obrigações de resultado, como nas cirurgias plásticas, cabe ao médico demonstrar que o mau resultado se produziu apesar do cumprimento de seu dever profissional e outra causa apta a afastar a culpa⁷³.

VENOSA⁷⁴ também alude ao problema e aponta que “o Código de Ética deve ser observado não somente *interna corporis* (...) como também como subsídio ao julgador para exame da conduta profissional, que o auxiliará a concluir por má prática médica e, portanto, pela responsabilização civil”. Além disso, o Código de Ética Médica estatui que o médico, quando nomeado perito, deve sempre colaborar com a justiça, não devendo, em vista de qualquer tipo de corporativismo, esconder a verdade para proteger um colega. Sustenta o autor que “o médico que tenha receio de desagradar seus pares deve abster-se de assumir a função de perito (...) [pois] reside justamente na prova pericial o grande entrave para a responsabilização médica⁷⁵”.

Acrescenta SANTOS⁷⁶ que não se encerra no corporativismo da classe a totalidade do problema, além disso, a maioria do material que poderia servir como suporte de uma demanda judicial encontra-se nas mãos do profissional da saúde e, por isso, sustenta o autor que “a análise das evidências merece do juiz uma valoração maior das presunções e indícios (...) sem exigir prova plena da culpa do médico”. Não seria, segundo o autor a objetivação da culpa desse profissional, mas uma apreciação mais condizente com a impossibilidade concreta de fazer-se prova da culpa acabada.

O autor embasa sua tese na análise do Direito comparado. Segundo ele, na Itália, aplica-se o *id quod plerumque accidit* (“o que geralmente acontece”) em que a regra da experiência comum e normalidade deve ser acolhida. Na França, adota-se a teoria do *faute virtuelle* (o juiz presume a existência da culpa, quando o dano somente pode ser explicado por falha médica). Na Espanha e na Alemanha há julgados acolhendo a prova *prima facie*, na qual

⁷² SANTOS, A. J. Obra citada, p. 282.

⁷³ SANTOS, A. J. Idem, p. 301.

⁷⁴ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 100.

⁷⁵ VENOSA, S. de S. Idem, ibidem.

⁷⁶ SANTOS, A. J. Obra citada, p. 305.

o convencimento do juiz é extraído da máxima experiência comum. A teoria adotada nos Estados Unidos da *res ipsa loquitur* (“a coisa fala por si mesma”) é aplicada sempre que o dano não puder ser explicado convenientemente.

No Direito pátrio, por sua vez VENOSA⁷⁷ apresenta outra direção para a solução do impasse:

Como regra geral, no sistema do consumidor, cabe a este ou a seu representante, como destinatário do serviço médico, produzir prova do defeito, do dano e do nexo de causalidade. Todavia, o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova, se plausíveis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente (CDC, art. 6º, VIII).

Aqui fica evidente a necessária leitura sistemática e principiológica do ordenamento. O juiz deve estar atento a pessoa humana que padece de despersonalização frente à poderosa indústria da saúde. Falamos aqui do paciente que precisa ter a devida proteção de seus direitos e do profissional da saúde que precisa garantir a tranquilidade para exercer sua profissão sem tornar-se refém de demandas maliciosas. Segundo VENOSA⁷⁸ “cabe ao Direito (...) colocar nos devidos extremos a responsabilidade civil do médico”. O estudo de caso a seguir, pela sólida fundamentação da decisão, demonstra que isso é possível.

2.3 ESTUDO DE CASO: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁷⁹ que negou provimento a agravo de instrumento interposto no sentido de questionar decisão interlocutória que impôs a inversão do ônus da prova em processo para apuração de responsabilidade médica é excelente exemplo da aplicação das teorizações que apresentamos. Optamos pela utilização dessa decisão, não tão recente (novembro de 2007), que cuida de um aspecto processual e não de mérito, pela didática e sólida fundamentação do Relator, que nos mostrou a aplicabilidade prática do nosso estudo.

A ementa da referida decisão dá conta de que o agravante insurgiu-se contra a inversão do ônus da prova em ação fundada em suposto erro médico, pois, segundo o autor, os

⁷⁷ VENOSA, S. de S. Obra citada, p. 104.

⁷⁸ VENOSA, S. de S. Idem, p. 93.

⁷⁹ TJPR – AI 20.447847-1 – 8ª C.Cível. – Relator José Sebastião Fagundes Cunha, julgamento: 23.11.2007
Decisão disponível em
http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1621846/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-447847-1#integra_1621846. Acesso em 20.mar.2012

cuidados e procedimentos médicos são obrigações de meio que não aceitam, portanto, a culpa presumida. O agravo foi conhecido pelo Relator Juiz José Sebastião Fagundes Cunha, porém, não foi provido pelos motivos que passamos a expor.

Segundo o Relator, o Código de Defesa do Consumidor foi editado de modo a se cumprirem duas imposições constitucionais: proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal) e valorização o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) – a dignidade da pessoa humana foi por nós pormenorizada enquanto princípio fundante de toda ordem constitucional. Dessa maneira, depois de se referir à dignidade da pessoa humana, afirma o Julgador do caso em comento, “a inversão do ônus da prova é parte da facilitação da defesa (...) para que se possa efetivamente realizar a justiça”.

O Relator, então, discorre sobre a responsabilidade civil das sociedades de médicos que, tendo em vista perda da pessoalidade, são tratadas como fornecedores, subordinando-se à responsabilidade objetiva – ao contrário do médico (profissional liberal) cuja responsabilidade é subjetiva (Código de Defesa do Consumidor, art. 14, par. 4º) o que, a princípio, impõe à vítima a tarefa de provar a culpa do profissional médico, o que, na prática é muito difícil. Para fundamentar as dificuldades da vítima em comprovar a culpa do médico, cita, doutrina de José de Aguiar Dias que, pela clareza, transcrevemos a seguir:

Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração dessa responsabilidade, há que atender a essas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga em relação a assuntos médicos. Por outro lado, **sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta;** b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta a possibilidade, ainda quando o nexo e a causalidade seja imediata. (grifo nosso)

Salienta o Relator que o instituto da inversão do ônus da prova é maneira eficaz de contornarmos esse problema, pois visa diminuir as dificuldades da vítima decorrentes de fatores econômicos ou da complexidade técnica do fato a ser investigado. Além disso, constata o Relator, há dificuldade de se encontrar peritos especializados para cooperar com o Judiciário, sendo que as perícias acabam sendo relegadas “a órgãos públicos que, contando em seus quadros com peritos médicos desinteressados, apresentam laudos que respondem aos quesitos, de forma monossilábica (...) [e] a efetividade de um processo civil, aberto para realizar justiça, termina frustrada”. Dessa maneira, a inversão do ônus da prova seria um

modo viável de contornar esses problemas ao transferir ao médico o ônus de provar que o resultado danoso não resultou de culpa no desempenho de suas atividades. Nesse sentido, cita o Relator, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (AI 099.305.4-6): “inverter o ônus da prova em ação de ressarcimento de danos por erro médico, não só valoriza a função do Judiciário no quesito ‘perseguição da verdade real’ como faz absoluto o princípio da igualdade substancial das partes (...)”.

O Relator, ainda, tendo em mente o caso concreto, afirma que nada adianta a requisição de prontuários médicos pelo juiz se não houver (como não há, via de regra) um perito que traduza para o juiz a verdade por trás dos apontamentos e, além disso, “esses papéis, unilaterais, são facilmente manipuláveis e não outorgam confiança como meio de prova de exclusão da responsabilidade médica”.

Deve-se ressaltar que a inversão do ônus da prova não representa ofensa aos meios de defesa (Constituição Federal, art. 5º, LV), pois determina ao réu que ele confirme fato extintivo ainda na fase intermediária do processo. E, mostrando o necessário bom senso, afirma o Relator que “não se está aqui recomendando que se inverta o ônus da prova indiscriminadamente (...), será, no entanto, sempre oportuno (quicá obrigatório) inverter o ônus da prova quando a vítima do erro médico for portadora de um dano aparente, de proporções que meios razoáveis de desempenho profissional não justificam (...)”.

Para comprovar que a jurisprudência está a indicar o caminho da inversão do ônus da prova, cita o Relator coletânea de julgados que comprovam essa tendência – um deles é o REsp. 171.988-RS do STJ:

(...) Segundo a doutrina de AGUIAR DIAS o que se verifica, em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra *actori incumbit probatio*, no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que a prova incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto para apuração de culpa como para a verificação da causalidade. (...) Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova.

Com base nos argumentos elencados, manteve o Relator a decisão de primeiro grau (com a inversão do ônus da prova) não dando provimento ao agravo.

No sentido de comprovar que a jurisprudência mais recente está atenta à necessidade de não inviabilização da prova, mencionamos, a título de exemplo, decisão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2011⁸⁰:

⁸⁰ Decisão disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200702444210&data=28/4/2011
Acesso em 20.mar.2012.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação aos arts. 165 e 535 do Código de Processo Civil.

2. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes deste Tribunal.

3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7.

4. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 969.015 - SC (2007/0244421-0 julgado em 07/04/2011)

Ressalta-se, portanto, que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência seguem no mesmo caminho reconhecendo a possibilidade de inversão do ônus da prova se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, em uma leitura sistemática do sistema jurídico avalizada pelos princípios constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como ponto de partida a constatação de que aquele que pretende realmente compreender o Direito não se pode deter na simples análise estanque de seus institutos. É na (in)compreensão parcial que se escondem as armadilhas do formalismo que, via de regra, não conduzem àquilo a que, acreditamos, deveria se prestar o Direito: à justiça. No entanto, não nos referimos à justiça enquanto palavra vazia de significado que visa apenas preencher lacunas de discursos aptos a manter o *status quo* e a disfarçar o imobilismo. Referimo-nos à justiça enquanto meio para dirimir litígios de maneira que se tratem as partes com isonomia, ou seja, haja tratamento desigual para aqueles que são desiguais. Esse raciocínio, de certa maneira singelo, justifica a busca de soluções para que as normas jurídicas se tornem eficazes frente às circunstâncias da realidade.

A responsabilidade subjetiva do médico ao atribuir a responsabilidade da instrução probatória ao paciente em todos os casos resvala na quebra da isonomia. É fácil perceber que os pacientes, que não possuem o mesmo apuro técnico que o profissional médico, dificilmente conseguirão captar com precisão a essência dos problemas e ações equivocadas que

resultaram em danos. Além disso, o alto custo das perícias impede que provas acuradas sejam produzidas na maior parte dos casos.

No entanto, tivemos grata surpresa ao nos depararmos com decisões e doutrina que não se escondem atrás da letra da lei e, ao analisarem o instituto da responsabilidade civil inserido numa totalidade, tentam encontrar novos caminhos para a superação de dificuldades da prova da culpa na área médica com a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do juiz com base no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Essa valoração pelo juiz permite que fuçamos do equívoco do pré-julgamento, pois não se pressupõe aqui que todo dano acontecido, quando do trabalho profissional médico, seja de pronto considerado proveniente de ato culposo, afinal esse profissional precisa da necessária tranquilidade e segurança para atuar num campo delicado que lida com as esperanças e direitos fundamentais do homem.

Entendemos que estudo da responsabilidade civil, e de qualquer instituto do Direito, é insuficiente se apenas contemplar aspectos dogmáticos, embora jamais prescindamos deles. Nesse sentido, os julgados apresentados foram, em nossa opinião, importante ao comprovar como uma questão processual, no caso, a inversão do ônus da prova, se bem trabalhada, pode indicar novos caminhos e abrir horizontes para a busca da justiça, já que não se pode apagar a força de uma constatação pragmática: ao paciente é difícil, na maior parte das vezes, impossível, a comprovação de conduta culposa do profissional da saúde.

Isso se mostra cada vez mais evidente no atual momento da humanidade em que a evolução tecnológica é mais veloz do que a possibilidade de apreensão de conhecimentos pelo homem comum, e a técnica se torna monopólio dos iniciados. Isso pode ser comprovado pelas recentes discussões em torno da utilização de embriões para pesquisa de células-tronco - viu-se o Judiciário frente a um problema que, além da complexidade técnica, envolvia os valores que a sociedade brasileira deseja albergar. Assim, importância impar teve a figura do *amicus curiae* para traduzir aos operadores do Direito os meandros da ciência médica e biológica. Esse exemplo, tão próximo no tempo, demonstra o quão difícil é, para o homem comum, dominar a complexidade da tecnologia médica e biológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. V.7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FACHIN, Luis Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Aldacy Rachid *et al.* *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FRANKENBERG, Günther. *A gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1991.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires/ Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Teoria Geral da Responsabilidade Civil e de Consumo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Milton. *Dano Moral*. São Paulo: LTR, 2006.

REALE, Miguel. *A Constituição e o Código Civil*. Disponível em: www.miguelreale.com.br. Acesso em 20.mar.2012.

_____. Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil e a Constituição e o Código Civil*. Disponível em: www.miguelreale.com.br. Acesso em 20.mar.2012

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. *Dano Moral Indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.