

A ESFERA PROBATORIA NOS PROCESSOS POR ERRO MÉDICO

Fabiana Ávila¹

SUMÁRIO

Introdução 1 Conceito de Prova; 2 Ônus da Prova; 2.1 Provas no Erro Médico; 2.1.1 Depoimento Pessoal do Demandado; 2.1.2 Prova Testemunhal; 2.1.3 Prova Documental. 2.1.4 Prova Pericial. 2.1.5 Produção Antecipada de Provas; 2.1.6 Limites do Julgador; 2.2 A Dificuldade Probatória e o Princípio da Isonomia; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

Tramitam hoje em nossos tribunais milhares de processos contra médicos por “alegadas” práticas em desacordo com o exercício da profissão.

O profissional da área médica não possui o intuito de causar qualquer mal ao seu paciente tendo em conta que seu objetivo principal é salvar vidas. Diante desta situação todo médico reluta em admitir ter prejudicado o paciente.

Cabe ao Magistrado coibir causas daqueles pacientes que ingressam com um processo visando apenas o enriquecimento ilícito. Ao Direito compete distinguir, cuidadosamente este fato, da verdadeira idéia de dano.

O propósito da pesquisa é verificar a forma de participação das partes no processo de erro médico, trazendo aos autos fatos e subsídios para que o magistrado possa de forma fundamentada prolatar uma decisão em consonância com o caso apresentado e verificar a relação jurídica médico-paciente frente ao princípio da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Prova, Dano, Culpa, Isonomia.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Tributário, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Linha de Pesquisa Direito Estado e Sociedade. Pesquisadora na área de Direito Médico, Direitos Humanos e Direito Público. Contato eletrônico: fabiana_avila@yahoo.com.br

ABSTRACT

There are today within our law courts thousands of lawsuits filed against doctors for alleged medical practices in disagreement with the guidelines of such occupation.

The professional in the medical area does not have the intention of causing any harm to his/her patient, considering the fact that his/her main purpose is to save lives. This is why every doctor is reluctant on admitting wrongdoings towards his/her patient.

It is up to the Judge to prevent patients whose lawsuits are filed with the sole purpose of providing an unjust enrichment to the plaintiff. It is up to the Law to carefully distinguish such fact from the true harm suffered by the patient.

The purpose of this research is to verify how the parties participate in medical error-based lawsuits, how each of them present their cases and provide evidence in order for the Judge to make a well-founded decision in accordance with the case, as well as to verify the legal relation between doctor and patient opposite the legal principle of equality under the law.

KEYWORDS: Evidence, Damage, Guilt, Legal Equality

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de pesquisas nesta área torna-se relevante socialmente, a necessidade de esclarecer à sociedade.

Tramitam hoje em nossos Tribunais, milhares de processos contra médicos, por “alegadas” práticas em desacordo com o exercício da profissão.

O profissional da área médica não possui o intuito de causar qualquer mal ao seu paciente, tendo em conta que seu objetivo principal é salvar vidas. Diante desta situação, todo o médico reluta em admitir ter prejudicado a pessoa que deveria ter seus males sanados.

Desta forma, surge o conflito. De um lado, o médico que tenta, de todas as formas, retirar o caráter indenizatório do resultado danoso e, de outro lado, o paciente ou sua família, buscando provar que este, de alguma forma (geralmente por negligência imprudência ou imperícia), trouxe consideráveis lesões à saúde do paciente.

Diante da realidade, o motivo desta pesquisa é, inicialmente, estudar os meios e instrumentos pelos quais as partes em conflito poderão participar na atividade probatória, em face do princípio da igualdade.

O presente trabalho objetiva estudar os pontos essenciais da culpa médica e a dificuldade na produção de prova, visando assim, oferecer subsídios para elucidar questões vinculadas ao conjunto probatório, na verificação da culpa dos profissionais da área médica.

1 CONCEITO DE PROVA

Às partes não basta simplesmente alegar os fatos. "Para que a sentença declare o direito, isto é; para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado", o que se dá através das provas.

A prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

Segundo Florian², provar significa subministrar, no processo, o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se forme noutra pessoa a convicção da existência ou verdade de um fato. A prova destina-se a produzir um estado de certeza, - e seu destinatário é o juiz.

Se a justiça é o alvo da atividade jurisdicional, a prova é um instrumento essencial, pois não pode haver justiça, se não constituir na verdade dos fatos aludidos pelas partes.

²FLORIAN, Eugênio. De las pruebas penales. Bogotá: Temis. 1968. t I. p. 3. *Apud*: KFOURI, Miguel Neto. **Culpa médica e ônus da prova**, p. 57.

2 ÔNUS DA PROVA

A questão do ônus da prova toma espaço relevante na doutrina civilista e na prática processual, o ônus da prova é aquele que incide sobre uma das partes, sobre fato fundamental para o processo, que tenha sido discutido nos autos e necessita-se que seja levado em consideração no julgamento.

Rosenberg³, ao discorrer sobre o conceito e essência do ônus da prova, também destaca que tal teoria encontrará aplicação na prática unicamente quando, no processo, permanece incerta uma afirmação sobre os fatos. No caso de circunstâncias comprovadas pela apresentação de documentos, por exemplo, as dúvidas do magistrado sobre interpretação ou outras questões jurídicas não podem ser resolvidas à luz dos princípios que informam o ônus da prova.

Incumbe às partes o ônus de provar suas alegações. É o princípio consagrado no art.333, incisos I e II, do Código de Processo Civil⁴. Este é chamado o ônus subjetivo da prova.

É opinião doutrinária generalizada que ao demandante cabe o ônus da prova, no que diz respeito a fatos constitutivos de seu direito e, àquele que se diz demandado incumbe provar o que possa ser considerado como fato impeditivo, ou excludente, em relação ao que lhe é cobrado. No Brasil, este princípio está firmado no art. 333 do Código de Processo Civil⁵.

A atividade probatória tem a finalidade de instituir no julgador um item de convicção que robusteça as circunstâncias fáticas apresentadas pelo autor na inicial, e pelo réu, na defesa.

³ RESENBERG, Leo. Tratado de derecho processual civil. Buenos Aires: EJE, 1955. t II. P. 221. *Apud*: KFOURI, Miguel Neto. **Culpa médica e ônus da prova**, p.59.

⁴ BRASIL. Código de processo civil. **Lei 5.869 de 11.1.1973**. Institui o Código de Processo Civil. p. 482. **Art. 333** - O ônus da prova incumbe: **I** - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; **II** - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica** - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação, p. 188.

Em princípio, a prova cabe a quem alega. É a regra geral do processo judicial, civil e criminal. Entretanto, no alcance em que as relações sociais se massificam em dinâmica progressiva e infinita, o Direito Processual Civil as acompanha, para dar efetividade ao Direito Material.

O ônus da prova em matéria de responsabilidade civil médica é dos temas mais obscuros. Diante de uma ação de reparação de danos contra o médico, este precisa provar o cumprimento da sua obrigação, ou seja, que prestou seus cuidados e o fez como a ciência aconselha; enquanto ao paciente cabe provar a culpa na ação médica, a imperícia ou a negligência.

Observa Joaquim Ataz Lopéz:

É certo que atribuir ao paciente a prova da falta de diligência médica representa, na prática, dificilmente alcançar sentença condenatória. Também não seria justo presumir a culpa médica diante de cada fracasso. Por isso, nenhuma das duas soluções é totalmente satisfatória, e parece que adequado seria exigir do médico a prova do diligente cumprimento de suas obrigações, e do enfermo a ausência desta diligência⁶.

A relação médico-paciente, em regra de aspecto contratual, em razão das características que envolvem ambos, somente se caracteriza como relação de consumo com alguma atipicidade. Daí o acerto do legislador ao decretar para determinar a responsabilidade civil do médico como profissional liberal, a demonstração de sua culpa. Não se afirma que o Código do Consumidor não se aplica; ressalva-se que se há de aplicá-lo com cautela.

A jurisprudência brasileira tem adotado a tese da inversão do ônus da prova em favor do autor da ação, com base na classificação em obrigações de meio e obrigações de resultado.

Assim, mister explicitar referida teoria. Ensina Carlos Alberto Bittar:

Obrigação de meios é aquela cujo objeto se restringe ao emprego de todos os meios necessários ou possíveis, sem que atinja um resultado final (no caso a cura do paciente). Já, *obrigação de resultado*, como a sua denominação está a indicar, é aquela em que se exige do sujeito a

⁶ ATAZ LOPÉZ, Joaquim. Los médicos y la responsabilidad civil, p. 252 e ss. *Apud*: KFOURI, Miguel Neto. **Culpa Médica e ônus da prova**, p.60.

consecução de determinado fim à qual está subordinado o respectivo adimplemento Quanto ao *onus probandi*, na obrigação de meios cabe à vítima provar a culpa ou o dolo do profissional; na de resultado, o médico é presumidamente culpado até que demonstre a não culpa ou a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.⁷

Nas demandas indenizatórias por dito erro médico as partes devem, na primeira ocasião, elucidar ao juiz a finalidade e a abrangência da prova requerida. Aqui, categoricamente, não cabe o “protesto comum por todas as provas em direito admitidas”, fidedigno tiro no escuro. Às partes cabe demonstrar os fatos que almejam provar e os meios conducentes à aquisição da prova de cada um deles.

Evidentemente, o juiz não dispõe de poder discricionário na avaliação da prova, ao juiz, de ofício, caberá determinar seja produzida a prova que entender necessária porventura omitida pelas partes.

Por óbvio, o juiz não ficará limitado à realização tão-só das provas ordenadas naquele momento. Se no curso da demanda, surgir necessidade de outro meio de prova ou realizar acareação, serão estas devidamente elaboradas.

A efetivação da prova (produção e aplicação ao caso *sub judice*) deve submeter-se às regras constitucionais que regem a matéria em especial quanto à licitude dos meios e à rigorosa obediência ao contraditório e a ampla defesa das partes.

Frente ao “caráter” da lide, ou das evidências do caso concreto, o Juiz tem o poder de determinar a qualquer um dos pólos do processo a produção de uma prova que sabe estar ao alcance desta parte, extraíndo do descumprimento ou da recusa às conclusões cabíveis. É a chamada teoria dinâmica da prova que, não atinge sempre a inversão total do ônus, como previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁸, embora tal inversão mesmo aqui, seja possível.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**, p. 102.

⁸ BRASIL, Código de defesa do consumidor. **Lei nº. 8.078 de 11.9.90**. Dispõe sobre a Proteção do Consumidor e dá outras providências. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 159. Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VIII. a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Desde logo, em sua defesa, o médico carece apresentar toda a prova de que dispõe: documentos, literatura médica (se em idioma estrangeiro, com a respectiva tradução), laudos periciais, enfim, farto material probatório ao qual o profissional tem acesso mais fácil. Assim, em se tratando de lide temerária, o juiz poderá prontamente considerar a conexão dos argumentos das partes e dirigir o desenvolvimento imediato do processo.

O autor, por sua vez deve apresentar com exatidão a negligencia, imperícia ou imprudência do profissional, alicerce fático do anseio à reparação do dano sofrido.

Os advogados, em suas petições, deverão apresentar os fatos de maneira clara. A tentativa de esconder o ocorrido na obscuridade do linguajar técnico não vingará. As partes devem estar comprometidas com a busca da verdade (finalidade última da prova).

Tradicionalmente para que o médico seja responsabilizado, exige-se uma prova que corrobore a relação entre a culpabilidade do profissional que não atuou com a prudência, diligência e conhecimentos exigíveis e o dano causado ao paciente. A questão, todavia não se liga à divisão do encargo probatório. É irrelevante saber de onde ou de quem veio a prova

É imprescindível que o magistrado, diante de um caso de responsabilidade médica em que a prova seja de difícil realização, se utilize de subsídios científicos (que a perícia incumbirá de fornecer) a fim de se adequar o procedimento que se discute como meio ou de resultado e, se for o caso, inverter o ônus da prova.

Finaliza-se observando que, se o acusado não coopera com o Judiciário, deixando de levar aos autos os subsídios e registros que só ele possui, para plena prova de que cumpriu todos os deveres de conduta médica, o veredicto ser-lhe-á desfavorável, estabelecendo critério de apuração da culpa pela modalidade subjetiva.

2.1 Provas no Erro Médico

Os meios de prova são os habituais: o depoimento pessoal do médico, a inquirição de testemunhas, prova documental, informes em geral, inspeção judicial, presunções, prova pericial, a convicção e o convencimento do juiz. Entre os documentos existem aqueles de cunho pessoal do médico, como diploma e inscrição no Conselho Regional de Medicina; o prontuário médico completo; livros e trabalhos científicos sobre o assunto. Documentos inscritos pelo paciente, tais como recibos, consentimento para intervenções, etc.; certidão de óbito e relatório da necropsia, quando houver; inquérito policial e outros.

A prova do erro médico sempre foi tema tormentoso para os operadores do Direito pela busca da realização da justiça e a imprescindível cautela com que deve agir no Poder Judiciário ao analisar eventos imputados a facultativos ou hospitais, evitando qualquer espécie de precipitação conducente a decisões diversas da verdade dos fatos. Ao julgador incube decidir de maneira absolutamente isenta de juízos de valor ou mecanismos que pretendam transformar as ações indenizatórias ou reparatórias em panacéia para todos os problemas do paciente.

2.1.1 Depoimento Pessoal do Demandado

Depoimento pessoal é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo. Aplica-se tanto ao autor como ao réu, pois ambos se submetem ao ônus de comparecer em juízo e responder ao que lhe for interrogado pelo juiz, trata-se de ato personalíssimo de modo que nem procurador com poderes expressos pode prestá-lo em nome da parte.

Seu elemento particular são os fatos alegados pela parte contrária, como embasamento de seu direito. Pode para esclarecer a situação haver depoimento pessoal, também sobre fatos alegados pelo próprio depoente.

O depoimento pessoal está previsto no art. 342 e seguintes do Código do Processo Civil, versado na formulação de interrogatório pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte contrária. Trata-se de prova muito valiosa, pois poderão se retirar subsídios essenciais para o sucesso da ação. Não comparecendo ou recusando-se a depor, se sujeita o réu à aplicação da pena de confissão. Além do

mais, o alvo culminante que se pode atingir através do depoimento pessoal do réu é a aquisição da sua confissão judicial, que se dá quando a parte admite a veracidade de um fato, adverso ao seu interesse e adepto à parte contrária. (art. 348 do Código de Processo Civil⁹).

Com relação aos casos de erro médico, verifica-se que, só após a análise do fato concreto, ficará comprovada a importância do depoimento pessoal do demandante e principalmente do demandado, para elucidação de várias situações que neste tipo de lide costumam surgir.

2.1.2 Prova Testemunhal

Prova testemunhal é a que se obtém através do relato apresentado, em juízo por pessoas que se conhecem o fato litigioso. É o meio de prova mais utilizada nas demandas indenizatórias, porque pode reconstruir os fatos desde o seu início e trazer à tona a verdade almejada pelas partes. A testemunha reproduz aquilo que presenciou, diz da sua experiência em relação aos acontecimentos juridicamente relevantes e revela tudo quanto armazenou na mente com referência aos fatos levados pelas partes ao juízo¹⁰.

O fato a respeito do qual a testemunha deverá depor não depende de conhecimento técnico ou científico para serem percebidos, podendo, inclusive, conter conclusões lógicas imediatas que a testemunha teve daquilo que presenciou.

A prova testemunhal é importante na busca de solução satisfatória nos casos de erro médico, pois é através das testemunhas, que serão esclarecidos fatos e situações contraditórias trazidos pelas partes. Portanto as melhores testemunhas são aqueles que realmente presenciaram os fatos, que trataram do paciente após

⁹BRASIL. Código de processo civil. **Lei 5.869 de 11.1.1973**. Institui o Código de Processo Civil, p. 479. Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

¹⁰ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 474. *Apud*: MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**, p. 171.

o suposto erro argüido, ou que acompanharam o paciente no decorrer das fases do procedimento médico.

Assim como ao médico é importante a presença de testemunhas quando da aquisição verbal de consentimento para a prática de determinado ato terapêutico sugerido ou quando das explicações ao paciente e familiares, igualmente a estes é interessante adotar a precaução de manter sempre acompanhado aquele que está sob cuidados médicos. Claro que essa providência não pode ser levada ao extremo de perturbar o desenvolvimento do trabalho da equipe dedicada aos cuidados da saúde alheia

2.1.3 Prova Documental

A produção da prova documental é essencial ao processo por erro médico, pois, através de laudos, prontuários, atestados, receituários, exames clínicos e laboratoriais, filmagens, fotos entre outros, poderá comprovar-se a existência de uma determinada ocorrência, possibilitando ao magistrado ciência do desenvolvimento da relação médico-paciente, verificando a conduta de cada um dos envolvidos no processo.

O médico acusado de prática geradora de danos ao paciente deve provar que agiu dentro dos parâmetros científicos e profissionais esperados nas circunstâncias. Para isso faz-se relevante o conteúdo do prontuário, ao qual convém que contenha autorizações do enfermo ou responsável, preferencialmente por escrito, para procedimentos cirúrgicos ou similares. Na falta, que ao menos sejam verificados indícios de que o paciente efetivamente concordou com as intervenções que se realizaram, e que estas eram necessárias diante do quadro apresentado.

2.1.4 Prova Pericial

Perícia é o meio pelo qual, processo, pessoas entendidas, e sob compromisso, verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer¹¹. Através dessa modalidade probatória o perito leva ao processo conclusões acerca de fatos e circunstâncias que não estão ao alcance do entendimento imediato das partes e em especial, do julgador, pois depende de investigações de natureza técnica capazes de fornecer subsídios concretos para a solução da lide¹².

Ao autor cabe requerer a realização de perícia, embora não seja vedado ao juiz e ao suposto réu este requerimento o que importa é o fator de esclarecimento deve-se privar pela busca da verdade devendo ser esta prova realizada sempre que possível.

Em caso de erros médicos, a prova pericial normalmente destina-se a averiguar as condições em que se encontra o paciente supostamente lesado pela conduta do médico, os procedimentos a que foi submetido, a retidão e conveniência dos mesmos, os danos produzidos No laudo pericial não só serão analisados os documentos juntados aos autos como também os depoimentos prestados em juízo. Poderá o perito utilizar de todos os meios idôneos à verificação dos fatos e circunstâncias, inclusive ouvir testemunhas e requisitar novos documentos, apresentar suas conclusões de forma imparcial, podendo instruí-lo com representações gráficas de qualquer natureza, desde que lícitas.

Embora haja um elevado grau de confiabilidade no laudo, pois o perito, além de especialista, deve ser imparcial, é importante sempre lembrar que o juiz não resta vinculado ao que nele está escrito face ao princípio do livre convencimento, havendo inclusive a possibilidade de afastá-lo de sua apreciação, podendo sua decisão, desde que devidamente fundamentada, se formar com base em outros elementos de prova.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, p.474. *Apud* MATIELO, Fabrício Zampronga. **Responsabilidade civil do médico**, p. 171.

¹² Cf. MATIELO Fabrício Zampronga. **Responsabilidade civil do médico**, p. 171.

Em regra a prova técnica, nesses tipos de pretensão, é de suma importância e tem que ser realizada por profissionais da medicina. O Juiz, destinatário da prova, geralmente não tem conhecimento científico para avaliar se determinado tratamento médico era adequado, ou se a cirurgia foi bem feita.

2.1.5 Produção antecipada de provas

Faculta-se ao interessado, na legislação adjetiva (arts. 846 a 851 do CPC), a iniciativa de obtenção prévia de provas, o que se dá antes do ingresso com a ação indenizatória propriamente dita ou, ainda que no interior de uma demanda, em momento diverso e anterior àquele destinado precipuamente à indicação e recolhimento de elementos probantes¹³.

Admitir-se-á produção antecipada das provas (CPC, arts. 846 e s.) quando houver fundado receio de que a demora na sua produção faça que os vestígios até então visíveis, desapareçam.

Em demandas que dizem respeito à suposta ocorrência de erros médicos é comum que a parte lesada requeira ao juízo a produção antecipada de provas, já que a conduta médica quase sempre deixa vestígios extensos, mas transitórios. Isto acontece devido ao fato que o próprio organismo do paciente luta contra a anomalia e pode modificar o estado inicial, dificultando acesso a dados seguros quanto à conduta do médico.

Outra possibilidade é a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal da parte de modo antecipado, ante o risco concreto de que, por moléstia ou idade avançada, venham a falecer, inviabilizando a coleta de dados relevantes à solução da lide. Também é possível antecipar a produção de provas naqueles casos em que os vestígios existentes em materiais ou equipamentos possam ser destruídos ou alterados.

Contudo não será qualquer problema que aceitará a antecipação, pois esta fica condicionada à existência de urgência material na sua realização, não se sujeitando a caprichos ou infundados receios da parte que se sentiu lesada.

¹³ Cf. MATIELO, Fabrício Zampronga. **Responsabilidade civil do médico**, p. 173.

2.1.6 Limites do Julgador

A legislação brasileira adotou o princípio da livre apreciação da prova pelo julgador, a este resta aplicar a lei de acordo com a convicção formada a partir dos elementos pelas partes ao processo (artigos 131 e 335 do Código de Processo Civil¹⁴). Dos citados artigos surgem a evidência de que embora estando autorizado por lei a declinar a decisão com base no livre convencimento o julgador fica obrigado a apresentar os motivos determinantes do rumo decisório, a fim de que às partes seja exposto em todas as suas particularidades o fundamento sobre o qual assentou-se a prestação jurisdicional. É o sistema do livre convencimento motivado (ou fundamentado), que se mostra atualmente como de extrema utilidade por mostrar todas as nuances e peculiaridades da sentença prolatada. Esse poder conferido ao juiz não significa que possa agir com arbitrariedade; ao contrário, se lhe permite atuar com margem maleável na análise das provas, em contrapartida exige que de todas as conclusões preste contas das razões que levaram ao convencimento externado¹⁵.

De tudo quanto exposto percebe-se que a prova mais robusta que se pode ter em termos de erro médico é a pericial, eis que, se elaborada com cautela e por pessoas detentoras de condições técnicas para retirar do material disponível os verdadeiros acontecimentos, é praticamente imbatível por outros meios probatórios. Ainda assim, é de suma importância que o julgador alcance um conjunto probatório forte, possibilitando-lhe verificar claramente a origem do direito pretendido.

¹⁴ BRASIL. Código de processo civil. **Lei 5.869 de 11.1.1973**. Institui o Código de Processo Civil. p. 433-463. Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Art. 335 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministrada pela observação do que ordinariamente acontece e ainda regras de experiência técnica, ressalvando quanto a esta o exame pericial.

¹⁵ Cf. MATIELO, Fabrício Zampronga. **Responsabilidade civil do médico**, p. 175.

2.2 A DIFICULDADE PROBATÓRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Além de o Direito Positivo Brasileiro não ter nenhum diploma legal que trate especificamente dos direitos do paciente, depara-se com outro monstro que ao Poder Judiciário cabe domar: a difícil prova de culpa do profissional da Medicina.

A grande dificuldade enfrentada por quem demanda médico, é a ausência de conhecimentos técnicos e científicos para saber exatamente o que aconteceu, como aconteceu e porque o paciente acabou por sofrer um dano estético, uma diminuição em seus sentidos, a perda de um membro corporal, ou até mesmo, os familiares não saberão precisar porque o paciente morreu.

Nenhum operador jurídico pode, em sã consciência, afirmar pura e simplesmente que a culpa médica identifica-se com a operação lógico-jurídica aplicável à identificação da responsabilidade dos demais profissionais liberais ou, singelamente, da mesma forma pela qual se estabelece a responsabilidade das demais pessoas que eventualmente causem dano a outrem.¹⁶

É o autor quem possui o ônus de provar a incúria médica para lograr sucesso na demanda indenizatória. Sendo a obrigação do médico, em regra, de meio, cumpre ao prejudicado efetuar a prova do descumprimento contratual ou demonstrar a culpa aquiliana. Somente quando a atividade médica é de resultado (cirurgia estética e anestesia) é que ao médico cumpre efetuar a comprovação de que o resultado perseguido pelo cliente foi alcançado. Neste caso é o médico que se obriga a provar que o mau resultado se produziu apesar de ele ter cumprido com seu dever profissional, ou outra causa que seja apta a afastar a culpa¹⁷.

Essa divisão da prova entre os demandantes não é tão estremada. Cada um deve trazer aos autos os elementos que possui a fim de extrair a verdade dos pontos em que se baseia a controvérsia e reconstruir os fatos tais como ocorreram.

¹⁶ Cf. KFOURI, Miguel Neto. **Culpa médica e ônus da prova**, p. 75.

¹⁷ Cf. SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**, p. 301

O profissional da medicina, em sã consciência, jamais pretende causar algum mal ao doente. Formado para salvar vidas e mitigar dores, o médico reluta em admitir haver prejudicado alguém. Essa resistência cresce, obviamente, em juízo. Não é necessário possuir formação jurídica para saber que o desfavorável resultado da demanda indenizatória causar-lhe-á severa perda financeira, acompanhada quase sempre de algum abalo no conceito de que desfruta e inseparável lesão à auto-estima.

O exame da culpa médica dependerá sempre da análise das circunstâncias do caso concreto.

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar, porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Em segundo lugar, porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas.

Tenha-se, ainda, em conta que não cabe ao Judiciário avaliar questões de alta indagação científica, nem se pronunciar sobre qual o tratamento mais indicado para a cura do doente. Só lhe está afeto o exame da conduta profissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana conseqüente de erro profissional crasso¹⁸.

Finalizando, diante das circunstancias do caso, deve o juiz estabelecer quais cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelo uso da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave.

CONCLUSÃO

Para a configuração do erro médico é indispensável uma prova precisa de que houve culpa no proceder do médico.

¹⁸ Cf. CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade Civil**, p. 318.

As partes devem participar “o quanto conseguirem” da atividade probatória. Deverão trazer aos autos todos os fatos e subsídios para que o magistrado possa de forma fundamentada prolatar uma decisão em consonância com cada caso apresentado.

Porém, incumbe ao Judiciário desestimular as demandas infundadas protocoladas de forma aventureira pelo paciente desprovido de razão para tentar se valer de uma indenização valendo-se dos tortuosos sintomas trazidos especialmente aos médicos nessas demandas, como a perda de tempo, desgaste emocional tendo em vista que o médico tem uma reputação em frente aos demais colegas e frente ao Conselho Regional de Medicina.

No mundo atual, mais em que qualquer época pelo grande número de demandas presentes em nossos Tribunais visando o erro médico, torna-se recomendável que as universidades façam encontros interdisciplinares, a fim de que os profissionais da área da saúde analisem as causas das lides por culpa médica e formulem mecanismos eficazes de prevenção. Em outro sentido, os profissionais da área jurídica devem analisar as condições adversas a que os médicos se submetem, com frequência como a falta de aparelhos, de medicamentos de condições adequadas para o exercício da profissão.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997. v 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. **Código civil**. Lei 3.071 de 1º.1.1916. Institui o Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código civil**. Lei 10.406 de 10.1.2002. Institui o Código Civil São Paulo: RT, 2008.

ÁVILA, Fabiana. A esfera probatoria nos processos por erro médico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei 5.869 de 11.1.1973. Institui o Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil** 5ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2002.

Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. Manual de orientação ética e disciplinar / [coord.: Nelson Grisard]. - Florianópolis: Conselho Regional de Medicina, 1995. 174. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2002

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 1995

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico**, Montes Claros (MG): Unimontes, 1999.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico À Luz da Jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica** as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação Curitiba: Juruá, 2003

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil**: a natureza jurídica da relação Médico-Paciente. São Paulo, Manoele, 2002, p. 41.

MATIELO, Fabrício Zampronga. **Responsabilidade civil do médico**, Porto Alegre, Sagra Luzzato, 1998. p. 160

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES Irany Novah. **Erro médico e a Lei** 3 ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 1995.

NETO, Kfoury Miguel. **Culpa Médica e ônus da Prova**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Kfoury Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo**: (o princípio nemo tenetur se detegere e as suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

ÁVILA, Fabiana. A esfera probatoria nos processos por erro médico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

RODRIGUES Silvio. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2002. vol 4.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2003.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**. 2 ed rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001