

A RESPONSABILIDADE MÉDICA, HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

RESPONSABILITÀ MEDICA, OSPEDALE E L'ONERE DELLA PROVA DAL PUNTO DI VISTA DI ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

João Carlos Adalberto Zolandeck¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Obrigação e responsabilidade na relação jurídica médico-paciente. 3. Ônus da Prova, inversão do ônus da prova, cargas dinâmicas probatórias, a instrumentalidade do processo, ativismo e protagonismo judiciário sob a ótica da repercussão econômica do direito. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO

Ao relacionar o direito material, processual e a visão econômica do direito, este estudo busca constatar a quebra da rigidez do sistema legal de distribuição do ônus da prova, nas questões que se relacionam com responsabilidade civil do médico. Para tanto, buscou-se a uniformidade do texto sem esgotar conceitos, tratando, apenas, questões interativas ao tema: “ônus da prova”, “a inversão do ônus da prova”, a interpretação das “cargas probatórias dinâmicas”, o “ativismo”, o “protagonismo judicial” e a “análise econômica do direito”, que em conjunto interferem positivamente nas situações jurídicas que envolvem a relação médico-paciente. O direito como movimento, ação e reação social, o bem-estar e o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana também interagem com o tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade; ônus da prova; inversão; cargas probatórias dinâmicas; ativismo; protagonismo judicial; análise econômica do direito.

RIASSUNTO

Collegando il diritto sostanziale, diritto processuale e visione economica, questo studio cerca di costatare il rompimento della rigidità del sistema legale di distribuzione dell'onere della prova, nelle questioni riguardanti le responsabilità del medico. Per tanto, si è cercata l'uniformità del testo senza esaurire concetti, trattando, soltanto, di questione per quanto riguarda il tema: “onere della prova”, “l'inversione dell'onere della prova”, l'interpretazione delle “probatorie cariche dinamiche”, “l'attivismo”, il “protagonismo giudiziale” e l'analisi economica del diritto, che nell'insieme interferiscono positivamente nelle situazioni giuridiche che coinvolgono il rapporto medico-paziente. Il diritto alla reazione di movimento, azione e sociale, il benessere e la cura del principio della dignità umana anche interagire con il tema.

PAROLE-CHIAVE: Responsabilità; Onere della prova; inversione; delle probatorie cariche dinamiche; attivismo; protagonismo giudiziale; l'analisi economica del diritto.

¹ Professor de Processo Civil da FAMEC. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Coordenador do Curso de Direito das Faculdades da Indústria/FAMEC e do LLM em Direito Empresarial Aplicado da FIEP. Avaliador *ad hoc* do Ministério da Educação (INEP-BASIS). Advogado do Escritório Zolandeck Advogados Associados.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil foi construído para resolver conflitos individuais, não respondendo adequadamente às demandas coletivas. De forma integrativa, o Código de Defesa do Consumidor passou a interferir em diversas relações jurídicas, especialmente aquelas relacionadas aos direitos emergentes, à proteção dos direitos difusos, coletivos e do interesse público.

Parte da doutrina chega a mencionar que o CDC se constitui em base para o Código de Processo Civil Coletivo.

Estas poucas linhas têm por objetivo demonstrar que outros institutos de construção legal, doutrinária ou jurisprudencial interferem na rigidez do CPC, especialmente no que interessa ao sistema legal de distribuição do ônus da prova e como é possível quebrar o rigor, adotando alternativas mais atraentes e justas do ponto de vista do “processo justo” e da “justa decisão”. Até que ponto aplica-se a este raciocínio o ativismo judicial e até que ponto o dinamismo das cargas probatórias dinâmicas interfere na relação jurídica médico-paciente.

Para dar coerência ao raciocínio, a argumentação foi construída em dois tópicos, iniciando-se pela contextualização da responsabilidade civil e das obrigações de meio e de resultado. A partir daí, as implicações processuais quando da ausência de prova para a solução da demanda, oportunidade em que o juiz se socorrerá das regras relativas ao “ônus da prova”.

A visão instrumental do processo também se materializa no contexto desse estudo, partindo-se do princípio e da necessidade da aderência do processo ao direito material, para que o espírito colaborativo das partes e do juiz, vinculado ao princípio da boa fé, possa produzir os resultados esperados pelo processo civil contemporâneo, na esteira do processo justo, equânime e da justa decisão.

A atuação do magistrado deslocando-se da neutralidade e preocupado com a análise econômica do direito, repercute na responsabilidade do médico e das entidades de direito público e privado responsáveis pelo oferecimento de serviços na área de saúde, de natureza compulsória ou contratual. Isto quer dizer que a decisão do magistrado e o seu comportamento, quando as partes isoladamente não conseguem resolver o problema no âmbito da consensualidade, têm efeito imediato na gestão, na sustentabilidade dos serviços de saúde e na continuidade laboral do profissional isoladamente considerado. A partir daí procura-se dar equilíbrio a essa relação pelo grau de risco e pelos custos da transação.

2. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

Todo cuidado é pouco quando se discute a responsabilidade civil do médico, diante das regras de direito material e processual que se relacionam. A responsabilidade do médico como profissional liberal é apurada mediante culpa, no entanto, a prova e o ônus da prova dos fatos relevantes para a solução do litígio sofrem interferências, notadas a partir do avanço significativo dos estudos que cercam o direito constitucional processual civil.

Há, igualmente, interferência do contrato e o objeto do contrato de prestação de serviços médicos. Como regra, a obrigação² do médico, assim como a do advogado e demais profissionais liberais é de meio e não de resultado. Isto quer dizer que o médico não se compromete com a cura do paciente, mas a empregar todos os meios e a técnica disponível para tal mister.

Como bem destaca Venosa,

essa distinção, obrigações de meio e obrigações de resultado, relaciona-se com a aferição do descumprimento das obrigações. Para algumas obrigações, basta ao credor provar que houve inexecução da obrigação, sem ter que se provar culpa do devedor. Para outras obrigações, no entanto, cumpre ao credor provar que o devedor não se comportou bem no cumprimento da obrigação. (2011, p. 56)

Para o autor citado, nas obrigações de resultado “o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida”. Enquanto que nas obrigações de meio “deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação” (VENOSA, 2011, p. 56).

A exceção da regra segundo uma boa parte da doutrina diz respeito à cirurgia estética ou de embelezamento, onde o paciente busca modificar seu estado físico e sua aparência para melhor, segundo o seu critério de subjetividade. Não pode ser qualificada como obrigação de resultado, a cirurgia estética reparadora, pois nesta hipótese o médico não tem o compromisso com o resultado, mas os serviços estão destinados a reparação de traumas decorrentes de acidentes, doenças ou outras situações de necessária intervenção.

Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 334-338) ao tratar da responsabilidade civil dos profissionais da saúde, escolhe o médico como exemplo imediato e afirma que todos os

² Para Orlando Gomes, “obrigação é um *vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito da outra”. (GOMES, 2000, p. 9)

profissionais desta área assumem obrigação de meio e a responsabilidade por danos causados se dá por imperícia, apurada mediante culpa, mesmo na cirurgia estética de embelezamento.

O referido autor diferencia a cirurgia estética reparadora da cirurgia estética de embelezamento e critica a jurisprudência dominante ao mencionar que “ao contrário do que entende a jurisprudência ao realizar cirurgia plástica de razões puramente estéticas, o médico assume também obrigação de meio, e não de resultado. A medicina de embelezamento está sujeita aos mesmos limites das demais áreas da especialidade médica” (COELHO, 2010, p. 334-338).

O seu posicionamento é ainda mais contundente ao discordar de Lopes, e afirma que o argumento a favor da obrigação de resultado não procede, lançando as seguintes razões:

em primeiro lugar, porque nada há de específico nas expectativas do paciente por ter a cirurgia razões puramente estéticas. Sempre que alguém procura um médico *quer* alcançar um objetivo específico: a cura de uma doença, melhoria do estado geral de saúde, controles preventivos etc. Deste fato, porém, não decorre seja a obrigação do médico de resultado. Em segundo lugar, porque não é possível mesmo na cirurgia de motivos puramente estéticos, garantir de forma absoluta o resultado satisfatório. Em outros termos, a questão não pode ser resolvida pelo que deseja o cliente, mas sim pelo que é objetivamente factível (COELHO, 2010, p. 334-338).

Uma posição intermediária a estes dois extremos parece mais adequada³. A determinação da modalidade de obrigação, se de meio e de resultado, dependerá do pacto entre médico e paciente, pois estará vinculada a promessa feita pelo profissional, por mais que não tenha ele o controle sobre o organismo do paciente.

Esse raciocínio se aplica nas cirurgias estéticas destinadas ao embelezamento, pois se o profissional promove sua imagem a partir da utilização de mídias que estampam o “antes” e o “depois” do procedimento médico, inclusive com a utilização de imagens, e estas foram determinantes para a escolha do paciente, a obrigação será de resultado. Nestas hipóteses, entende-se que o médico assumiu o compromisso pelo resultado e a mesma habilidade para seduzir o paciente deverá ser utilizada para produzir o resultado provocado e prometido.

Essas ponderações estarão presentes em todas as demandas que objetivem a reparação de danos causados por imperícia médica. A imperícia marcará a culpa e por conta

³ “Note que a obrigação do médico é de meio e não de resultado em função de sua própria natureza, em razão da grande complexidade do funcionamento do organismo humano e dos limites da ciência. *Não decorre do contrato entre o profissional e o paciente.* É claro que, se o médico está bastante seguro de sua competência – ou é um tolo irresponsável – e assume contratualmente obrigação de resultado (a cura), não obtido este pode o paciente reclamar a indenização por inadimplemento de contrato. Não existindo, porém, específica combinação neste sentido entre as partes, a responsabilidade do profissional será necessariamente de meio. Adotando com perícia os procedimentos recomendados para o caso do paciente, o médico não responderá se, no final, mostrarem-se estes insuficientes à cura. (COELHO, 2010, p. 335)

disso o dever de indenizar, como regra. Por outro lado, caso a hipótese assumia contornos de obrigação de resultado, por mais contestável que seja e respeitada à posição de Fabio Ulhoa Coelho, o dever de indenizar decorre da não concretização do resultado. Por mais que o médico possa não ter controle sobre o organismo do paciente, espera-se dele, então, deixe como ressalva que o resultado poderá variar de paciente a paciente.

Sem as considerações emprestadas do direito civil, não seria possível, em um momento que se fala da relativização do binômio direito e processo, falar sobre o ônus da prova na responsabilidade civil do médico.

3. ÔNUS DA PROVA, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS, A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, ATIVISMO E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Pretende-se demonstrar que as peculiaridades da relação médico-paciente quebram a rigidez do sistema legal de distribuição do ônus da prova.

Para relembrar o conceito de ônus, empresta-se a definição de Wambier: “o ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável” (WAMBIER, 2010, p. 483).

Como se sabe, ao autor cabe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, segundo a regra do artigo 333 do CPC. Ocorre que a prova médica é complexa e difícil para o autor, que, invariavelmente, não detém o prontuário médico e não sabe descrever minimamente o contexto do atendimento médico que experimentou.

O médico deve se preocupar com a relação jurídica de direito processual e com a instrução probatória, produzindo todas as provas que estiverem ao seu alcance para formar o convencimento do magistrado. Confiar absolutamente na rigidez do sistema legal e dificultar, apenas, a interpretação e a prova da culpa que caberia ao autor, já não cabe no atual contexto dos julgados que se apresentam.

É bom lembrar e ressaltar que a prova sobre as excludentes de responsabilidade caberá sempre ao médico (inexistência de defeito ou de dano, culpa exclusiva do paciente ou culpa exclusiva de terceiro).

Por meio de um trabalho consciente do advogado, na defesa dos interesses do médico, seria importante e agregador laborar já no início e desde a apresentação da defesa com a idéia de que mais vale *provar o atendimento adequado segundo as técnicas vigentes*, do que confiar na má formação da prova pelo autor. Razão disso é que o juiz, nesta relação, poderá entender que o ônus cabe àquele que tem maior facilidade e condições mais favoráveis para produzir a prova e, na ausência ou ineficiência desta, julgar em desfavor daquele.

Isto quer dizer que, pela *teoria das cargas dinâmicas*, o médico deve ser orientado a se comportar ativamente na relação jurídica processual, esclarecendo, pontuando e comprovando que não fez nada mais que outro médico, em igual situação, condição e com os mesmos meios também faria.

A partir deste contexto, cabe refletir sobre o “*ônus da prova*”, “*a inversão do ônus da prova*” e a interpretação da “*teoria da carga dinâmica da prova*”.

Como já foi visto, como regra se aplica o sistema legal de distribuição do ônus da prova na relação médico-paciente (CPC, artigo 333). Ainda, como exceção, mas dependente de prova indiciária de verossimilhança ou da hipossuficiência (CDC, artigo 6º VIII), cabível, igualmente, a inversão do ônus da prova, que no Brasil é regra de convencimento (regra de juízo)⁴. Cabe ressaltar, porém, que antes da inversão do ônus da prova, passa a ser regra, nesses tipos de conflitos, a utilização da teoria dinâmica da prova, como fator preponderante para a solução do litígio.

A doutrina já tem condições de dar a essa relação alternativas melhores do que no passado, como se pode notar, objetivando o justo processo (equilíbrio de forças) e a justa decisão (entrega tempestiva da tutela jurisdicional de acordo com o senso comum de “justiça”).

Miguel Kfoury Neto traz uma abordagem muito interessante e inteligente sobre o tema, até porque tem, ao seu lado, vasta experiência na judicatura. Diz que:

é dado ao juiz recorrer às presunções, para esclarecer os acontecimentos. Na prova de presunções, alivia-se o ônus probandi que recai sobre o paciente, quase se eliminando a necessidade de se provar a culpabilidade. Bastaria esclarecer efetivamente o nexos causal entre o evento danoso e o tratamento anterior. Tal formulação suaviza o rigorismo probatório atribuído ao paciente - para que, produzindo um dano em consequência do tratamento médico, deva o profissional

⁴“A possibilidade de inversão do ônus da prova é instrumental importante de que dispõe o magistrado para compensar as desigualdades existentes entre os consumidores e fornecedores que litigam em juízo. Trata-se de instrumental robusto e de caráter excepcional e, como tal, deve ser manejado sem prodigalidade. É fundamental que o magistrado tenha sabedoria ao conciliar a prudência para utilizá-lo como sobriedade e a ousadia para utilizá-lo com vigor. É preciso uma conduta eminentemente moderada: nem pródigo nem parcimonioso deve ser o magistrado”. (GIDI, 1995, n. 13, jan./mar)

provar que atuou de forma diligente, com perícia e segundo regras técnicas da profissão (lex artis) (KFOURI NETO, 2010, p. 78-79).

O raciocínio de Kfourí Neto é bem interessante na medida em que afasta a neutralidade e atribui ao juiz grande responsabilidade na condução e na solução do litígio. Exigi-se um juiz mais participativo nas demandas reparatorias que se relacionem com a atividade da medicina, pois

incumbe ao magistrado adentrar ao cerne da fundamentação, examinar detidamente os subsídios colacionados pelos demandantes e respectivos assistentes técnicos, assimilar com proficiência a dinâmica dos acontecimentos, preocupar-se com os mínimos detalhes do caso concreto, interferir incisamente na produção da prova pericial, a fim de que o labor do perito judicial resulte profícuo e ilumine a justa composição do litígio (KFOURI NETO, 2010, p. 78).

Socorrer-se do ônus da prova neste tipo de relação só se justifica quando inexistir prova suficiente, ou seja, excepcionalmente. Deste modo, desde o início deste pequeno estudo, a consciência já apontava para o entendimento de que não cabe pura e simplesmente a distribuição do ônus da prova segundo a rigidez do sistema, aplicando-se a *teoria da carga dinâmica*. Aplicar a teoria em referência não significa adotar a inversão do ônus da prova, mas atribuir responsabilidade probatória para aquele que tem melhores condições de provar o alegado ou o contrário do que contra ele se alegou.

Para se contrapor a idéia de mera inversão, cabe sustentar, inicialmente, o posicionamento de Hildegard Taggesell Giostri em sua tese de doutorado, que ao citar Zuccherino, esclarece que:

a inversão do ônus da carga probatória (do paciente para o médico) se justificaria em situações extremas, tais quais: a falta aos deveres essenciais (atendimento emergencial, risco de vida) à omissão de diligência correspondente à natureza de sua prestação assistencial e, também, nos casos de notória imperícia, imprudência ou negligência, quando se concretize o **res ipsa loquitur** (GIOSTRI, 2000, p. 191).

Vázquez Ferreyra, igualmente citado na obra anotada, acrescenta que:

não só não se trata de uma inversão do ônus da prova, como tampouco significa que o paciente possa adotar uma posição mais cômoda na demanda, pois a ele corresponde provar todos os fatos indiciários. Entende o autor que são justamente essas provas que levarão o julgador a uma convicção – por presunção **hominis** – da culpa do profissional médico (GIOSTRI, 2000, p. 191).

Neste sentido, cabe destacar, ainda, que:

Peyrano, a quem Vázquez Ferreyra atribui a paternidade da doutrina das cargas probatórias dinâmicas (ao menos na sua exposição de maneira orgânica), expressa a expectativa no sentido de que os juristas e os julgadores saibam rechaçar a tentação

de considerar a doutrina das cargas dinâmicas como uma regra de inversão da carga da prova (o que não é), mas qualificá-la como uma regra não apriorística que impõe um tipo de colaboração entre autor e demandado na coleta do material probatório (GIOSTRI, 2000, p. 196).

Assim, contrapondo-se à idéia de *mera* inversão, pois se entende que as cargas dinâmicas dependem da situação em concreto e da verificação das melhores oportunidades de provar, cabe reforçar que, invariavelmente, é o médico que tem maior responsabilidade na relação processual, eliminando-se, como diz Kfoury Neto, a necessidade de se provar a culpabilidade pelo paciente em certas e determinadas hipóteses. Se isso ocorre e passa a ser regra no contexto desta reflexão, o sistema torna-se flexível modificando o seu núcleo e dispensando o autor de provar alguns fatos constitutivos de seu direito e relevantes para a solução da demanda, ônus que lhe competiria considerando a rigidez do sistema processual.

Percebe-se que Kfoury Neto (2010, p. 80) tem razão na sua linha de raciocínio, o que se coaduna com o entendimento de Giostri, no sentido de que, ao invés de tornar regra a inversão do ônus da prova na responsabilidade civil do médico, seria mais prudente e razoável se utilizar das técnicas relacionadas às cargas probatórias dinâmicas, evitando a postura estática e censurável das partes.

Como contraponto, há quem sustente, em uma postura mais radical, a culpa presumida do profissional liberal, impondo-lhe, desde o início, a demonstração da inexistência da culpa. Assim, o sistema protecionista do consumidor não poderia impor a ele a demonstração de conduta culposa do profissional liberal com fundamento nos art. 4º e 14, do CDC. Isto significa que a verificação de culpa do profissional liberal não é ônus que se atribui ao consumidor; pelo contrário, caberia ao profissional a prova da não-culpa, sem prejuízo da inversão do ônus da prova quando presentes os pressupostos legais (NETTO LOBO, 1998, p. 162-165).

Acredita-se que este posicionamento já não cabe no atual contexto e diante da sustentável teoria da carga dinâmica da prova, “não se há de exigir do autor, que se afirma vítima de erro médico, que prove a culpa do cirurgião, senão que a este cumprirá demonstrar de que se utilizou de todos os meios adequados da técnica e da ciência, no momento de relevo” (DALL’AGNOL JUNIOR, 2001, p. 97).

Optando-se pelas *cargas dinâmicas probatórias* para a solução dos tipos de conflitos aqui qualificados, resta:

- a) inaceitável o estabelecimento prévio do encargo;
- b) ignorável é a posição da parte no processo;
- c) e desconsiderável se exhibe a distribuição tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Revela, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato

a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 97).

A título ilustrativo, cabe citar um julgado do STJ, que amplia a utilização da teoria dinâmica para outras relações de natureza jurídica diversa da responsabilidade médica, como se pontua a partir da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. **Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.** 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (BRASIL. STJ, 2012).

Nota-se, assim, que a teoria da carga dinâmica⁵ tem interferido positivamente no sistema processual de divisão do ônus da prova, deixando o processo mais vivo e democrático, na medida em que a coleta da prova será destinada, de forma colaborativa, para o autor ou réu, segundo o grau de facilidade e de comprometimento de cada um.

Apenas para ressaltar, o instituto da inversão pelo CDC permanece, mesmo em se tratando de responsabilidade subjetiva, de forma não automática, pois depende das circunstâncias concretas da causa e do cumprimento dos requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança). Na responsabilidade subjetiva, portanto, caso o juiz determine a inversão do ônus da prova, caberá ao profissional liberal provar a inexistência de culpa, ao invés do contrário, sem olvidar pela ideal utilização do sistema da carga dinâmica que aqui se defende.

A aplicação da **“teoria da carga dinâmica da prova”** é mais adequada na responsabilidade civil do médico, merecendo aplicação pelos juízes e tribunais e franca discussão doutrinária sobre as lides que envolvem este tema.

O profissional médico ao ser instado a integrar, como réu, uma relação jurídica processual, especialmente nas demandas indenizatórias, deve ter preocupação redobrada, pois

⁵ “O critério tem sido aplicado 'com frequência' pela jurisprudência, 'é importante que o juiz valore as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando quem se encontrava em melhores condições para comprovar o fato controvertido, assim como as razões pelas quais quem tinha o ônus de provar não produziu a prova. Mais adiante, o mesmo jurista registra que se denominou 'dinâmica' a esta concepção 'por sua mobilidade para adaptar-se aos casos particulares, a fim de opô-la a uma idéia estática igual para todos os supostos sem atender às circunstâncias especiais. O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir o direito a quem realmente o titule”. (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001 p.98)

deverá estar ciente do dever processual de demonstrar o cuidado, o zelo, a diligência, o tratamento dispensado ao paciente e as conseqüências favoráveis do atendimento. Esta demonstração deve se dar através de documentos que ilustrem todo o relacionamento médico-paciente, a principiar por um bem elaborado prontuário médico.

Isto se justifica porque o paciente/consumidor não detém elementos técnicos científicos e nem mesmo informações suficientes sobre as anotações médicas, para que possa equilibrar a relação jurídica processual. Enquanto nossos Tribunais não passem a aplicar a tese da carga dinâmica de forma franca e automática, deve o médico ter ciência de que o ônus da prova pode ser invertido, com o objetivo de facilitar a defesa do paciente, pois nem sempre este tem condições adequadas para fazer a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, segundo as regras de distribuição do *onus probandi*.

Por isso passa a ser importante a adoção das cargas dinâmicas probatórias, pois o médico teria o dever de demonstrar que realizou o tratamento adequado, conforme os meios de que dispunha, ou seja, não se trata de inversão do ônus, mas, de definição sobre quem deve produzir a prova. No caso o “médico” estará isento de responsabilidade se utilizou todos os meios disponíveis para a verificação diagnóstica, bem como, quando necessário, fez revisão diagnóstica e diagnóstico diferencial, em conformidade com as técnicas conhecidas e acessíveis.

O tempo da não responsabilização ou da responsabilização apenas por erro médico grosseiro, já não tem mais espaço na moderna teoria da responsabilidade civil. Presume-se, relativamente, a culpa médica, se o médico não apresenta o prontuário de atendimento em sua defesa, cabendo prova em contrário.

Ao contrário do que entende boa parte da doutrina e cabe neste contexto apenas uma breve reflexão, partilha-se da compreensão de que o **erro de diagnóstico** não é escusável quando há insistência no diagnóstico equivocado, especialmente em tratamentos prolongados com o uso de imunossuppressores, como, por exemplo, os corticóides. Todo tratamento prolongado exige **revisão diagnóstica** e **diagnóstico diferencial**, segundo os critérios científicos de identificação de cada doença, justamente porque muitas vezes há identidade de sintomas para vários tipos de moléstias.

É a cautela, a diligência, a existência de rotina e prontuário bem elaborado que se exige do médico, cabendo sempre a ele o encargo de apontar que fez o que podia, segundo os meios disponíveis, isentando-se de responsabilidade quando comprovar que outros médicos, com especialidade equiparada e nas mesmas condições também poderiam optar pelo tratamento médico escolhido e dispensado ao paciente (ZOLANDECK, 2009, p. 151).

O destinatário das provas é o juiz. É ele que precisa formar o convencimento adequado, cabendo valorar⁶ e se utilizar do poder instrutório que detém. Dentro do que lhe cabe como iniciativa deverá interferir positivamente na relação processual exigindo das partes ou formulando quesitos, que tragam informações e dados científicos sobre as características da moléstia, problemas de saúde ou critérios de definição de diagnóstico segundo a atribuição científica de importantes órgãos reguladores, como por exemplo, o “American College”. Esse comportamento do juiz tem norteado as discussões sobre o **ativismo judicial**. Sobre este assunto, ao comentarem sobre os princípios gerais que regem o processo coletivo, Didier Junior e Zaneti Junior, esclarecem que:

entra em cena com uma maior participação do juiz nos processos coletivos – *judicial activism* – resultante da presença da ‘*defining function*’ do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*.(...) O princípio revela-se também no controle judicial de políticas públicas, os exemplos recentes estão se multiplicando, existindo precedentes, já nos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administrador (2008, p. 123-124).

O ativismo⁷ e o protagonismo judiciário caminham ao lado da garantia constitucional do processo, cabendo mencionar a preocupação de Artur César de Souza, no texto intitulado “justo processo ou justa decisão”. Ao fazer um paralelo esclarece que não basta que o processo seja justo, há que haver justiça da decisão. “A injustiça da decisão, por mais que o processo tenha sido justo em razão de sua agilidade e celeridade, é causa de insatisfação popular tanto quanto a morosidade na prestação da tutela jurisdicional” (SOUZA, 2001, p. 471).

O *justo processo* é público e regulado por lei, propicia a igualdade das partes, o respeito ao juiz natural e a imparcialidade, enquanto que a *justa decisão* pressupõe a boa fé objetiva, a colaboração das partes e do juiz, na busca da verdade dos fatos. Em síntese este é o entendimento do autor, que tem sérias preocupações com o instrumento processual, para que ele não se torne um fim em si mesmo, mas sirva de instrumento para realizar o direito substancial (SOUZA, 2001, p. 470-491).

⁶ “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 formam o convencimento” (BRASIL, 1973, art. 131)

⁷ “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de aparente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROZO, 2011, p. 6)

O tema deste estudo científico compartilha elementos importantes para dar efetividade à tutela jurisdicional. Fala-se em processo justo, justa decisão, protagonismo judiciário, ativismo, prova, ônus da prova, elementos de direito substancial, obrigações e responsabilidade. Esse percurso aumenta o ponto de encontro e estreita a relação existente entre o direito material e o processual. Assim, não poderia faltar, ao menos, um destaque e posicionamento importante sobre a instrumentalidade do processo, pois é com a cooperação das partes, do juiz e dos institutos que a jurisdição será efetiva e justa.

Nesse sentido, Canotilho estreita com muita propriedade a relação existente entre o direito substancial e o processual ao declarar que:

o direito processual é tradicionalmente entendido como direito adjectivo ou direito formal, em contraposição com o direito substantivo ou direito material, porque a sua missão é servir de instrumento à efectivação de pretensões fundadas em normas de vários ramos do direito substantivo (civil, penal, administrativo, constitucional). Qualquer que seja o rigor da consideração do direito processual como direito secundário, aqui refere-se o seu carácter instrumental para salientar o fim do processo constitucional: servir de instrumento à realização do direito constitucional material, permitindo a solução dos vários tipos de questões jurídico-constitucionais: (1) litígios de competência ou interorgânicos; (2) controle abstracto e concreto da constitucionalidade dos actos normativos; (3) protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos; (4) controle da legitimação dos órgãos do Estado e dos seus titulares através do contencioso eleitoral (e referendário) (1998, p 907).

Nesse contexto e como última análise, não poderia faltar o posicionamento de Cambi, que ao tratar do protagonismo judiciário, esclarece que para o direito pós-moderno a passividade jurisdicional já não tem espaço, especialmente quando se busca a efectivação de direitos humanos fundamentais, exigindo-se pró-atividade na tutela dos interesses sociais relevantes (CAMBI, 2009, p. 245-246).

Admite o autor citado que a intervenção jurisdicional não é ampla e ilimitada e estaria condicionada a violação dos direitos fundamentais ou a iminente probabilidade de que isso ocorresse. A postura ativa do magistrado ou o que se tem denominado de *protagonismo judiciário*, quando se busca a tutela dos direitos em referência, estaria justificado. No entanto, a legitimação do exercício do Poder Jurisdicional está vinculada à argumentação jurídica, seus parâmetros e a motivação das decisões (CAMBI, 2009, p. 247).

É justamente aqui, na consciência de que a intervenção jurisdicional não é ilimitada, que cabe ressaltar a perspectiva da visão econômica do direito, sem descuidar do fato de que o legislador, ao elaborar o ordenamento, necessário pelo prisma da preservação do direito à vida, à integridade e à saúde, desloca-se, em muitos casos da realidade sócio-econômica e dos cenários sociais que se apresentam em cada ano ou década, para uma ordenação intangível, cabendo a equalização jurisdicional.

Por esta visão, o magistrado ao se deparar com a responsabilidade civil decorrente da falha no serviço de saúde, seja em que grau for, deve ponderar sobre o risco que envolve a atividade e o potencial divisor deste risco, no sentido de diluí-lo.

Se por um lado na relação médico-paciente, encontrar-se o médico isoladamente, cabe ao magistrado refletir não só sobre a responsabilidade civil, invariavelmente apurada mediante culpa, mas também o panorama econômico de sua decisão, pois o médico assim considerado tem dificuldade de diluir o risco de sua atividade, esperando-se, desta forma, uma decisão mais ponderada do ponto de vista da solução justa.

Por outro lado, quando na relação jurídica de direito material envolvendo questões médico-hospitalares, encontrar-se o hospital e ou o município, o magistrado e sua intervenção se ocupará de parâmetros diferentes, seja para definir a responsabilidade, invariavelmente objetiva, com as ressalvas acima, seja para definir as medidas inibidoras e ou reparadoras do dano experimentado, neste ponto, com uma visão mais acurada sobre o potencial de diluição dos riscos da atividade, ante o número expressivo de pacientes que são atendidos por estes órgãos de direito público ou privado e o volume de contribuições ativas.

O mesmo raciocínio se aplica as empresas que administram seguros ou planos de saúde, pois materialmente e segundo parâmetros de mercado, objetivamente já diluíram o risco da atividade no custo do produto, cabendo a devida atenção ao magistrado, sobre estes fatores.

A responsabilidade médica, invariavelmente, quando há problemas na relação médico-paciente, esbarra nos direitos humanos fundamentais, pois as discussões mais comuns estão relacionadas à dignidade da pessoa humana, à vida, à integridade física, psíquica e motora, à saúde, ao bem estar entre outros direitos de grande valor. Por isso o posicionamento de Eduardo Cambi é muito apropriado, com as ressalvas do ponto de vista da análise econômica do direito, cabendo, aí sim, concluir com ele ao mencionar que:

compete ao judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência a dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal. A prática da jurisdição, para a efetivação da jurisdição não é interferência indevida do judiciário na esfera orgânica dos demais poderes da República. Não é censurável o protagonismo judiciário quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da constituição (CAMBI, 2009, p. 248).

Pelo raciocínio acima é possível compreender a importância da atenção do juiz e das partes nas demandas que envolvem a responsabilidade médica, pois a pró-atividade refletirá

positivamente na fase instrutória do processo, atraindo expectativas e a forte tendência pela solução justa do caso concreto, mas com a ressalva de que a intervenção do juiz não pode ser ilimitada.

Para Coase (1960), diante da perspectiva de sustentação econômica das decisões judiciais, no seu texto sobre “o problema do custo social”, apesar de admitir a intervenção do Estado nos domínios econômicos, sociais e culturais, esclarece que a intervenção deve se limitar a diminuir os custos de transação, dialogando sempre com a solução negociada.

O problema do custo social, cujo conteúdo abordado pelo autor citado, cabe sempre em qualquer situação que leve em consideração a intervenção do Estado, no caso aqui peculiar, pelo Estado-juiz. Coase (1960) pressupõe que a economia leve em consideração as instituições (consumidor, empresas, mercado, organizações etc) e as externalidades decorrentes, sempre com o foco na livre iniciativa e na concorrência perfeita, no sentido de equilibrar o custo privado e o custo social.

Toda a perspectiva econômica para análise do direito e das decisões judiciais, se permeada com a interpretação da nova economia defendida por Coase (nova economia institucionalista), daria maior equilíbrio nas relações jurídicas de direito material e processual. Por isso é que se propõe ponderar sobre a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sem menosprezar o mercado, o equilíbrio das relações jurídicas entre os iguais e a proteção do hipossuficiente.

Cristiane Derani (2008, p. 4-36) ao interagir o direito com a economia e o meio ambiente, sustenta como tríade fundamental do desenvolvimento econômico, o capital, trabalho e a natureza e de modo indissociável, o direito econômico e o ambiental, sempre com a finalidade do aumento do bem-estar e da qualidade de vida individual e coletiva.

Nessas relações entre médicos, hospitais e pacientes, o bem-estar e a qualidade de vida, devem permear todo o atendimento e o tratamento, seja ambulatorial, médico e humano.

Assim, como o direito está comprometido como o desenvolvimento sustentável, as decisões judiciais que o aplicam e realizam, também deveriam estar alinhadas com estes pressupostos.

O ativismo judicial está temperado pelo tipo de relação jurídica material e jurídica processual, não podendo ser amplo e irrestrito, sob pena de caracterizar ofensa a liberdade entre os poderes e prejuízos aos jurisdicionados que ficariam a mercê de tão amplos poderes conferidos ao magistrado.

Bem como diz Derani (2008, p. 4-36), o direito é visto como movimento, como ação e reação social, que visa o bem comum. É isso que se espera das partes e do juiz nessa discussão que tem como pano de fundo a proteção da dignidade da pessoa humana.

4. CONCLUSÃO

Trata-se, aqui, de uma especial visão sobre as lides que envolvem a relação médico-paciente, um pouco diferente da tradicional maneira de direcionar o encargo probatório ou de invertê-lo, mas que se apresenta mais razoável para a solução da lide qualificada pelos interesses acima expostos, que passa, sem dúvida alguma, pela necessidade de um juiz imparcial, mas não neutro, pró-ativo e protagonista do Poder Jurisdicional, atento para a teoria da carga dinâmica, pois ela é capaz de equilibrar a relação jurídica em questão e quebrar a rigidez do sistema legal de distribuição do ônus probatório.

Toda a demanda encerra com a perspectiva do processo justo e da justa decisão, consequência do trabalho do juiz e das partes no sentido colaborativo⁸. Assim, utilizando-se da potência máxima das regras de direito material, processual e dos grandes temas de direito processual encartados na Constituição da República, é possível solucionar o caso submetido à jurisdição, segundo os preceitos da ética, da razoabilidade e proporcionalidade, capazes de dar a resposta apropriada nas relações jurídicas que envolvam médicos, hospitais e pacientes, não devendo o processo se tornar um fim a si mesmo, como referido acima, mas ser o instrumento de realização do direito substancial.

O texto relaciona o tema proposto com a análise econômica do direito, especialmente porque o ativismo judicial tem lugar para preservar princípios fundamentais ao hipossuficiente. No entanto, sua aplicação tem um espaço menor nas relações comerciais e empresariais, onde se deve ponderar sobre a interferência ativa do magistrado, pois nestas hipóteses o juiz não deve substituir as partes na iniciativa ou interferir nos contratos realizados em simetria ou igualdade, sob pena de ingerência na ordem econômica e insegurança nas relações jurídicas empresariais.

Nessa relação tão peculiar entre médico, paciente, entidades de serviços públicos e hospitalar, enquanto o direito for bem compreendido como movimento, como ação e

⁸ O princípio da cooperação segundo Didier Junior, citado por Mitidiero, convida pensar o processo cooperativo a partir do princípio da boa fé. Teria força de norma jurídica com eficácia vinculante direta e indireta, “da qual ressaem deveres de conduta para o órgão jurisdicional para a adequada condução do processo (deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio)”. (MITIDIERO, 2011, p. 495).

reação social, sem descuidar da visão econômica para a sustentabilidade e aumento do bem-estar, estar-se-á mais perto do atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROZO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. n. 04, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2013.

BRASIL. STJ – Resp. 619.148/MG – 4ª. T. - Rel. Ministro Luis Felipe Salomão – DJU 01.06.2010.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil. Obrigações. Responsabilidade civil*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2010. vol. 2.

COASE, Ronald H. *O Problema do Custo Social*. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. *Journal of Law and Economics*, 1960. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

DALL'AGNOL JUNIOR, Janyr Antonio. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 90, n. 788, jun. 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 3 ed. Salvador: Podivm, 2008. vol. 4.

GIOSTRI, Taggesell Hildegard. *Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Tese de Doutorado. Curitiba: 2000.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Resenha da obra Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português, de Fredie Didier Jr. *Revista de Processo*, v. 36, n.196, jun. 2011.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, abr./jun. 1998.

SOUZA, Artur César. Justo processo ou justa decisão. *Revista de Processo*, v. 36, n. 196, jun. 2011.

VENOSA, Silvio de Salva. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, et all. *Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.