

## A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira

Leidimar Pereira Murr

**Resumo** O erro médico é um dos temas mais instigantes no debate em torno da judicialização da medicina. No Brasil, mais de dez anos após a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, constata-se considerável aumento na abertura de processos por erro médico. O dispositivo normativo da inversão do ônus da prova, resultante das mudanças na legislação advindas da Constituição de 1988, constitui indubitável ganho jurídico, político e social. No entanto, do ponto de vista ético-profissional o dispositivo normativo interfere diretamente em uma instituição social que deve ser preservada: a relação médico-paciente. Essa relação definiu ao longo da história o papel social do médico não como mero prestador de serviço, mas como aquele que está legalmente habilitado, tecnicamente apto e socialmente legitimado para exercer a arte da medicina.

**Palavras-chave:** Erro médico. Prova pericial. Defesa do consumidor. Inversão do ônus da prova. Legislação. Carta magna. Papel do médico.



**Leidimar Pereira Murr**

Médica generalista formada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), doutora em Bioética pela Universidade de Tübingen, Alemanha, docente em Bioética, profissional liberal, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil

Como em todo o mundo, a interposição de eventos jurídicos ao exercício da medicina tem sido crescente na sociedade brasileira nas últimas décadas. Uma das grandes e desafiantes temáticas dessa interposição é certamente o *erro médico*. Trazendo à tona a interseção de evento jurídico (a inversão do ônus da prova) e político (a Constituição de 1988 e as mudanças da legislação brasileira) no âmbito da relação médico-paciente, o presente texto pretende instigar o debate em torno da judicialização da medicina. Com a novidade do foco que ressalta interseções vitais ao contexto da bioética, a abordagem do tema vem se somar às inúmeras publicações sobre erro médico.

Vários são os autores que de forma esmerada dissecam os elementos conceituais envolvidos na problemática do erro médico, que contribuíram sobremaneira para o reconhecimento da indiscutível importância da inversão do ônus da prova enquanto instrumento jurídico. A despeito dessa constatação ressalta-se o estremecimento que tal dispositivo jurídico pode trazer à relação médico-paciente – por isso que se por um lado se enfatiza os ganhos positivos e desejá-

veis do dispositivo jurídico em questão, por outro é contraposta a ameaça que o entendimento equivocado de tal preceito pode trazer a essa relação.

Essa ameaça pôde ser percebida quando há mais ou menos um ano o erro médico foi tema de telejornal. Na ocasião, em rede nacional, divulgou-se que no Brasil os casos de processos envolvendo erro médico aumentaram 200% nos últimos seis anos – a maioria relacionada à assistência ao parto e cirurgias plásticas. Ao término da reportagem, mencionou-se o Código de Defesa do Consumidor e fez-se oportuna observação sobre a relação médico-paciente ao afirmar que a mesma *não se resume a um prestador de serviço e um consumidor* <sup>1</sup>.

Um dos temas de interação complexa e relevante entre a medicina e o direito está albergado sob a denominação *erro médico*. Para o leigo, a menção do termo automaticamente desperta a noção de que o médico fez algo errado, causando algum tipo de mal ao paciente. Para o advogado ou o médico, para o bioeticista ou o especialista em filosofia do direito, o termo evoca principalmente conceitos. Enquanto o advogado e o médico podem ater-se ao exercício da arte que aprenderam e o filósofo dissecar teorias em seu isolamento criativo, caberá ao bioeticista procurar a compreensão do processo que vai da definição à constatação e consequências do erro médico. Assim, é essencial ao bioeticista ter, em um primeiro plano, as delimitações conceituais que acompanham sua tarefa. Haja vista que o público deste artigo é constituído principalmente por médicos e outros profissionais da

área da saúde, muitas vezes pouco afeitos ao linguajar jurídico, cabe, para facilitar a leitura, conceituar alguns termos essenciais à compreensão, quais sejam: responsabilidade, ato médico e bem jurídico.

## Responsabilidade

*Responsabilidade* é um termo que sofreu evolução no contexto jurídico e expressa a obrigação que a pessoa tem de cumprir com o estabelecido, por convenção ou lei. A *responsabilidade civil*, fundamentada na máxima romana de *não lesar ninguém*, implica que uma vez que alguém tenha causado dano a outrem fica obrigado a reparar ou ressarcir o dano injustamente causado. Na evolução do regime jurídico, abandonou-se o regime de regras isoladas para adotar-se a Lei Aquília, caracterizando um regime sistematizado de forma tal que todos os prejuízos causados a alguém, em decorrência de determinado tipo de ação, venham a ser passíveis de punição <sup>2,3</sup>.

Assim, *responsabilidade subjetiva* surge de um entendimento da Lei Aquília, que passa a alcançar o dano para além do atributo do ilícito, ou seja, a culpabilidade de seu autor ganha relevância especial. Dessa forma, quer causado dolosa ou culposamente, ou mesmo por mera negligência, o autor tem a obrigação de repará-lo. Enquanto a responsabilidade subjetiva fundamenta-se na culpa, pressupondo certo grau de previsibilidade de violação ao direito do outro, a *responsabilidade objetiva* alicerça-se no risco. Com base na teoria do risco a comprovada ocorrência de dano é suficiente para responsabilizar aquele

cuja atividade enseja sua existência. Aplica-se tanto a pessoas jurídicas de direito público como privado, prestadoras de serviço público. Cabe-lhes provar não ter cometido o erro. O elemento responsabilizador é o dano e não a culpa – como na responsabilidade subjetiva, para a qual quem acusa obriga-se a fornecer a prova <sup>2,3</sup>.

Em sentido geral o termo *hipossuficiência* foi aplicado na relação entre consumidor e fornecedor para caracterizar a situação desvantajosa do primeiro em relação ao segundo. Exige, portanto, que no caso de dano para o primeiro esse não seja obrigado a fornecer provas, por ser considerado em situação desvantajosa ou hipossuficiente. O ônus da prova, que normalmente recairia sobre o acusador, o consumidor, passa a ser obrigação do acusado: o fornecedor. Atualmente, no contexto da relação médico-paciente, o entendimento predominante entre os juízes brasileiros é de que o termo hipossuficiência se aplica aos casos em que há falta de capacidade do paciente para produzir a prova. Entenda-se: tal pressuposto não é apriorístico e geral, considerando que o paciente estaria, em qualquer caso, em desvantagem em relação ao médico, mas apenas em situações nas quais, sim, apresentaria considerável desvantagem na produção da prova. Exemplo: conflitos envolvendo tratamentos radioterápicos, quimioterápicos ou outros meios extraordinários, cujo acesso às informações e materiais necessários à produção de prova expõe o paciente a uma situação de inegável desvantagem em relação ao médico. Dada a hipossuficiência, aplica-se nesses casos a seme-

lhança da relação entre consumidor e fornecedor, a inversão do ônus da prova, recaindo sobre o médico e acusado tal obrigação <sup>2,3</sup>. Cabe observar que algumas especialidades médicas, como a cirurgia plástica estética, têm recebido abordagem diferenciada, sendo atribuída ao especialista a obrigação de resultados e não de meios <sup>4</sup>.

### Ato médico

A abordagem do tema *erro médico* obriga a exata compreensão de seu significado, diferenciando-o do entendimento comum no qual a ação do médico é atrelada a uma expectativa de cura – e na pior das hipóteses, a uma não melhora. Muito dificilmente o imaginário do paciente, ou da sociedade em geral, traz a possibilidade de que após a intervenção clínica o estado final alcançado possa ser pior que o anterior; ou menos ainda, que se obtenha uma situação com resultado indesejável ou não previsto.

Note-se que não nos referimos a expectativas apoiadas em processo racional, mas sim naquelas que repousam no imaginário geral da sociedade, o que pode incluir até mesmo o próprio médico e, muito frequentemente, outros profissionais da saúde. Essas expectativas refletem as representações que o imaginário social constrói acerca dos médicos, em geral, e dos saberes e práticas da medicina, em particular. Se expressam em diversos comportamentos adotados na relação médico-paciente ou nas referências a tal relação, bem como nas condutas a ela associadas, perceptíveis na coletividade.

A definição de ato médico em vigor foi estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Resolução 1.627/01 como sendo *todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado* <sup>5</sup>. Isto significa que a responsabilização por dano ao paciente na forma ora abordada aplica-se exclusivamente à relação envolvendo o profissional médico. Ressalte-se que, apesar de tramitação penosa e morosa, está em curso no Senado o projeto de lei do Ato Médico (PL 7.703/06) <sup>6</sup>, que regulamenta o exercício da medicina e determina os atos privativos dos médicos – o qual, após análise, seguirá para sanção presidencial.

### Bem jurídico

De acordo com a definição constante no vocabulário de referência <sup>7</sup>, bem jurídico é aquilo que *diz-se da coisa, material (valor econômico) ou imaterial (interesse moral), que constitua ou possa constituir objeto de direito*. Na verdade, essa definição passa por amplo espectro de autores e pensadores, sobretudo os que se dedicaram à relação entre direito e moral: de Platão a Kant ou de Hart a Habermas valiosas contribuições abarcam essa relação e favorecem argumentações que propiciaram a definição de *bem jurídico*.

A noção de *bem*, e a lei moral que lhe é vinculada, tanto descreve como prescreve o comportamento humano, constatação que pode ser obtida recorrendo-se aos clássicos da filosofia e do pensamento e à análise dos vínculos do direito e da palavra, como bem o fizeram Hart e Habermas <sup>8,9</sup>, por exemplo. É na ima-

gem que o homem faz de si e do mundo que o cerca que se assenta o conhecimento; a epistemologia que lhe empresta os conceitos e o significado que a cada época permitiu definir o bem e o mal.

Nesse contexto, a definição de bem jurídico resulta da interação de vínculos autoatribuídos; da desconexão progressiva entre religião, moral e direito bem como da crescente institucionalização da vida em sociedade, e que culmina, no auge do Iluminismo, com o Estado como garantidor das convenções e de bens por ele tutelados. Sem diminuir a importância de tantos outros pensadores à definição de bem jurídico, Platão, Kant e Habermas são aqui apresentados como representantes de três momentos onde a noção de *bem* deixa de ser algo externo ao ser humano, tornando-se interno e reconhecido na razão; para, por fim, ser estabelecido na relação com a linguagem, no processo de comunicação <sup>9,10,11</sup>. São diferentes compreensões do *bem* e da vinculação do indivíduo à noção do bem e à lei. É nos contornos deste entendimento que se desenhou o papel do Estado na tutela desse bem.

O *bem* de que trata a medicina desde os seus primórdios <sup>12</sup> oferece excelente exemplo da passagem do costume à lei positivada no direito oficial quando se aborda a prescrição do comportamento humano nas relações sociais. A medicina é também solo fértil para questionamentos à ampliação da intervenção do Estado nessas relações – que mesmo considerados os limites da abordagem proposta neste texto, não deixa de se fazer presente.

Com Platão (427-347 a.C.) nasce importante fundamento do pensamento filosófico ocidental, relevante para a atual abordagem: sua crença nas ideias, sobretudo na mais elevada – a do bem. Platão extrai<sup>13,14</sup> um conceito-chave para toda uma trajetória de conceitos que dominam a filosofia ocidental, mesmo que sua teoria perca posteriormente importância entre os filósofos em geral. Adotada por Agostinho (354-430) e Tomás de Aquino (1224-1274), a ideia do bem perdurará não apenas no pensamento cristão e na concepção moderna de Deus, mas também na filosofia do Direito<sup>15,16</sup>.

O racionalismo kantiano surge como divisor de águas entre o pensamento antigo e o moderno. Kant, para quem não podemos ter conhecimento do mundo além do que nos aparenta, condena a especulação metafísica tradicional, revolucionando a epistemologia e a metafísica. Não só se opõe ao pensamento platônico como inaugura a fé na razão. O bem supremo é a vontade moralmente boa, a da pessoa ao cumprir o seu dever. O homem não é apenas um ser teórico, mas um ser que age. Kant estabelece importante divisão entre o pensamento antigo, o medieval e o moderno ao por na ação e na vontade humana o *dever da ação* e, por conseguinte, a sujeição da mesma aos ditames da *razão*<sup>15,17,18,19</sup>.

Juntamente com a crítica às Luzes, que se estende ao racionalismo kantiano, parece ter início uma desconstrução de conceitos então atribuídos a crenças e valores aos quais se acredita ter conduzido os mais tristes eventos políticos da história da humanidade – críticas

que até hoje respingam no positivismo jurídico<sup>18</sup>. O instrumentalismo atribuído às Luzes e o relativismo trazido em discursos pós-modernos é enfrentado por Habermas que, por meio de sua teoria da ação comunicativa<sup>20</sup>, recupera o ideal iluminista de consenso social, conferindo nova dimensão à filosofia do Direito. No âmbito da presente abordagem dir-se-ia que é na linguagem e no ato da comunicação que se estabelecem, via consenso e atrelados à competência discursiva, o *bem* e sua vinculação com os componentes da comunidade linguística, conferindo validade e legitimidade à prescrição de comportamentos; ao mesmo tempo, configura também o grau de vinculação à norma, ou seja, à força coercitiva do bem a ser tutelado.

Cabe ressaltar que se no âmbito da episteme ocorre o deslocamento das lições do passado para as lições do presente e das lições do presente para os desígnios do futuro, também a noção de *bem* e de *bem jurídico* sofrerá a influência desse deslocamento. É assim que a antevisão do dano, ou sua simples probabilidade, já passa a cobrar a tutela do Estado. Esse deslocamento pode ser melhor percebido nas reivindicações contemporâneas relacionadas ao meio ambiente e patrimônio genético, por exemplo, sintetizadas por Hans Jonas em seu *princípio da responsabilidade*<sup>21</sup>.

A despeito dos diferentes posicionamentos teórico-filosóficos ou pragmático-jurídicos pertinentes ao debate, basta ao propósito do tema em questão o entendimento de “bem jurídico” como sendo tudo o que é valioso para o ser humano ou para a sociedade e,

assim sendo, tutelado pelo Estado por meio de legislação que os protege. São exemplos de bem jurídico: a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, o casamento, a família, a honra; enfim, os valores importantes à sociedade. Bem jurídico, portanto, é tudo aquilo protegido pela legislação vigente em um país, expressando algo valioso para a sociedade e merecedor da tutela do Estado.

A lesão a um bem jurídico tutelado por si só constitui crime. Esse é um aspecto relevante e central na elaboração da lei do Ato Médico, mas que parece não receber a devida atenção por parte dos atores envolvidos, tanto os favoráveis quanto os contrários ao Projeto de Lei 7.703/06. Atente-se que nesse contexto o ato médico não se restringe a uma atuação profissional que apenas exige competência técnica, como frequentemente vem sendo alegado pelos contrários a uma etapa de normatização, tal como estabelecido em outras sociedades. Sua legalização implica no entendimento de que o Estado exerce a tutela de bens jurídicos como a vida e a saúde por meio do profissional médico habilitado e devidamente reconhecido – motivo pelo qual a celeuma atualmente enfrentada no Brasil em torno de sua aprovação não teve lugar naquelas plagas.

A fixação do ato médico na forma de lei faz parte do entendimento não apenas de competências profissionais, mas também na forma do *estado de direito* tutelar bens jurídicos valiosos à sociedade: a vida e a saúde. Essa compreensão da medicina e do profissional médico, em seu significado e papel institucional, parece não estar bem consolidada não só pela

sociedade como pelos próprios profissionais de saúde em geral. As implicações advindas da adoção de textos exóticos para a lei do Ato Médico podem repercutir tanto na responsabilização partilhada a que estarão sujeitos outros atores – além do médico, no contexto da atenção à saúde – como, principalmente, na tutela a que o *estado de direito* está comprometido, no que se refere a bens jurídicos como vida e saúde. Pelo menos à medida que o texto venha a fugir da coerência exigida pelo recém-adotado sistema jurídico brasileiro, inaugurado com a Constituição de 1988. No que se refere ao exercício profissional médico, o *estado de direito* pontua, de forma coerente, além da exigência do grau acadêmico (o diploma), também a exigência de que haja o reconhecimento do profissional pelo Estado, que no Brasil se concretiza com a inscrição no conselho de medicina.

Os atos privativos do médico não se restringem à competência técnica em determinado procedimento – o que fica bem exemplificado no fato de que mesmo ao estudante de medicina cursando o último ano de faculdade é vedado atuar sem respaldo legal de médico habilitado, não lhe bastando comprovar que após anos de estágio considera-se capaz de concretizar dado procedimento em questão.

### **A inversão do ônus da prova**

Se o tema proposto é a *inversão do ônus da prova* no caso específico de sua aplicação ao contexto do erro médico na legislação brasileira, o primeiro ponto a ser abordado será, necessariamente, aquele sem o qual não se

falaria em erro médico: a presunção de que alguém sofreu um dano decorrente da ação ou omissão da ação por parte de um profissional médico. Dano ou prejuízo esse que, independente de sua natureza – moral ou material – gera um desequilíbrio <sup>2</sup>.

Essa reivindicação, oriunda do desequilíbrio na relação profissional, caracterizará a *responsabilização*. De fato, a responsabilização por dano ou prejuízo poderia advir de qualquer relação social, mas como este artigo trata da relação profissional estabelecida entre médico e paciente como sendo um tipo específico de relação social, a reflexão se restringe, especificamente, a essa modalidade relacional. No contexto jurídico, a responsabilidade implica o dever de indenizar o dano, como forma de restabelecer o equilíbrio perdido na relação social ou profissional. O conceito de responsabilidade é, assim, um divisor de águas entre a noção que tem o leigo daquilo que diz ser um erro médico e aquilo que se justifica sob essa denominação.

A comprovação da ocorrência de dano a um paciente na relação profissional leva a sanções legais, administrativas ou disciplinares. Para que um profissional médico seja responsabilizado por erro médico, quer dizer, tenha o dever de indenizar o dano para restaurar o equilíbrio perdido na relação profissional, deve-se atentar para os critérios que lhe imputam a culpa ou dolo. A caracterização de culpa ou dolo exige que haja dano e relação de causa-efeito entre a ação do profissional e o dano reclamado <sup>2,3,22,23</sup>. José de Aguiar Dias <sup>24</sup> sintetiza exemplarmente as exigências para a carac-

terização de culpa ou dolo aplicável à relação profissional médico-paciente, que implicam responsabilização do profissional: 1) é necessária comprovada ocorrência de dano ou prejuízo, independente de sua natureza: material, moral ou outra; 2) é preciso existir uma relação de nexos causal entre a ação praticada pelo médico e o dano atribuído; 3) a força maior ou a exclusiva culpa da vítima anula a reivindicação de responsabilizar civilmente o médico, pois suprime o nexos causal; 4) as autorizações judiciais e administrativas não livram o médico da responsabilidade.

Uma vez compreendidos os elementos que caracterizam a responsabilização do profissional por erro médico, pergunta-se: *e a inversão do ônus da prova?* Na caracterização do erro médico essa inversão constituiria simples ocorrência jurídica de menor relevância no presente tema, não fosse pela concomitância de eventos que estabelecem a bizarra relação entre dois artigos do Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º; art. 6º, VIII) <sup>25</sup> e um dos temas de interesse vital na bioética: a relação médico-paciente.

Ao entrar em vigor, no início dos anos 90, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), por meio do citado art. 14, § 4º, conferiu caráter especial à responsabilidade dos médicos e estabeleceu que fosse apurada mediante verificação de culpa, a exemplo do estabelecido para outros profissionais liberais em geral. Além disso, no art. 6º, VIII, adotou a teoria do *onus probandi incumbit actori* (o ônus da prova cabe ao autor) com o intuito de conferir ao paciente mais equilíbrio na defesa

de seus direitos, tendo em vista a situação de fragilidade do consumidor-paciente. Como mencionado, a relação de desigualdade entre médico e paciente tem na linguagem jurídica a denominação de *hipossuficiência*. Representa no paciente a debilidade causada pela enfermidade e no médico, o domínio do conhecimento. A inversão do ônus da prova significa, assim, simples dispositivo normativo de exceção perante o qual o réu é o autor, justificado pela hipossuficiência atribuída ao paciente<sup>2,3,25,26</sup>. Apesar da não unanimidade entre tratadistas quanto à natureza jurídica do ato de profissional médico, se extracontratual ou contratual – o que de certa forma remete a quem caberá o ônus da prova –, o fato é que a inversão do ônus da prova em matéria de responsabilidade civil médica passou a ter respaldo legal no Código de Defesa do Consumidor<sup>2,27</sup>.

Está dada a interseção de eventos jurídicos e políticos de grande relevância para a temática em questão, mas não só. Ela se fará presente nos vários temas debatidos sob o espectro da bioética no contexto brasileiro. Essa simultaneidade de acontecimentos, convergidos para o campo da bioética, torna, para nós, o início dos anos 90 um período decisivo. A Constituição de 1988 ganha o status de certificação de que o país se empenharia na construção de um *estado democrático de direito*<sup>28</sup>, solo fértil da *nova ética médica* ou *ética médica da modernidade*. A divulgação massiva de casos que envolviam o exercício profissional médico em escândalos de erros crassos e participação em experimentos desumanos e moralmente condenáveis, que em boa parte do hemisfério Norte vinha ganhando espaço

nos meios de comunicação de massa desde a década de 70<sup>29</sup>, chega também ao Brasil, com o atraso de alguns anos, mas da mesma forma que no restante do mundo, como consequência da liberdade de imprensa, fruto da *transição democrática*<sup>30,31</sup>. A nova Carta Magna e a redefinição de direitos individuais constitucionalmente garantidos também apontavam para a configuração de uma ética autonomista, compatível tanto com as democracias liberais como com a bioética, que na Europa e Estados Unidos já se firmava como campo de conhecimento.

Foi, portanto, neste clima de *passar a limpo o Brasil* que o Código de Defesa do Consumidor estabelece esse mecanismo de *inversão do ônus da prova* como elemento inovador e desafiador para a relação médico-paciente. Principalmente desafiador quando se toma por referência não mais o contexto jurídico, mas o contexto ético-profissional da relação, marcadamente paternalista desde a sua gênese. Não se pode esquecer que essa relação, tema clássico da ética médica, expressa valores sociais intrínsecos, que se refletem no entendimento dos papéis sociais desempenhados por médicos e pacientes.

O novo modelo contratual sugere o entendimento implícito de que o paciente espera do médico, acima de tudo, a prestação de serviço especializado competente. É indiscutível a relevância da competência técnica, imprescindível até mesmo para caracterizar o médico na relação profissional. No entanto, competência técnica não é o bastante. O *ethos* contrapaternalista da ética médica moderna parece

ter sido mal compreendido, caso a virtude e a confiança, também símbolos da tradição hipocrática da medicina, venham a ser relegadas a segundo plano e o profissional médico transmutado em um fornecedor de provas.

Atente-se que a problemática não está em o médico ser, a depender da pertinência jurídica, solicitado pelo juiz a fornecer provas. O cerne da questão reside na interferência do novo dispositivo jurídico na qualidade da relação médico-paciente. Nesse sentido, parece problemático e perigoso se, especificamente no caso dessa relação (que não pode ser resumida a uma situação comum de consumidor-fornecedor), o esforço de igualar materialmente as partes (mediante a distribuição do encargo probatório) se sobreponha à solicitação de que médicos devam atentar a valores como confiança e trato humanitário para com os seus pacientes.

Em tal contexto é pertinente questionar: a vulnerabilidade do enfermo e a hipossuficiência em questão têm a mesma natureza daquela que reconhece o consumidor como parte mais fraca na relação com o fornecedor? Que consequências, a médio e longo prazos, podem advir desse dispositivo jurídico para a relação médico-paciente? Há relatos, ainda não sistematizados na literatura, de que no Brasil alguns especialistas só aceitariam consultar aqueles pacientes que permitissem a gravação integral da consulta e procedimentos adotados, de forma que a documentação em vídeo sirva para o profissional como prevenção a eventuais processos jurídicos. Ou seja, a despeito do entendimento predominante entre os

juízes brasileiros, que atribuem o termo hipossuficiência ao paciente que possua desvantagem na constituição da prova, caso ao qual se aplicaria a inversão do ônus, tem havido entre médicos e pacientes, bem como entre seus advogados, uma visão não tão clara dessa interpretação. Talvez essa falta de entendimento tenha motivado nos médicos a busca de mecanismos de proteção; e, da parte dos pacientes insatisfeitos, uma corrida por indenização – por vezes justificável, por outras não. Daí, talvez, a explicação para o aumento extraordinário de abertura de processos alegando erro médico.

É certo que, por um lado, a crescente legalização de condutas médicas se impõe até mesmo em decorrência do processo de institucionalização e consolidação democrática, diferindo do que ocorria em passado recente, quando, em grande parte, eram satisfatoriamente legitimadas apenas por meio de contrato social implícito. Por outro, a prática de uma medicina defensiva que, a exemplo dos Estados Unidos da América (EUA), também ganha contornos no Brasil expressa um indesejável enfraquecimento de contratos sociais vitais – caso do contrato implícito estabelecido na relação médico-paciente, que pressupõe relação baseada na confiança e tratamento humanitário. Se a judicialização crescente da medicina constitui causa ou efeito da deterioração atribuída a essa relação, cabe apenas a menção, dado extrapolar o propósito da presente abordagem.

A inversão do ônus da prova foi, por conseguinte, embasada no reconhecimento do

paciente como vulnerável e hipossuficiente. Esse reconhecimento gerou a busca de mecanismos que lhe aliviassem do ônus da prova. Pressupõe que dessa forma haverá mais equilíbrio entre as partes, principalmente quando de relações entre desiguais, nas quais uma das partes detém mais poder econômico, conhecimento ou vantagens, como ocorre na relação fornecedor-consumidor. A inversão consiste em fazer com que, em caso de comprovado dano, não recaia sobre o paciente a obrigação de provar o erro médico, mas ao médico a obrigatoriedade de provar que agiu *lege artis* ou, pelo menos, que não há nexo causal entre o dano alegado e sua conduta. Em vários países europeus essa inversão do ônus da prova é costumeiramente solicitada em casos nos quais o médico é acusado de erro grosseiro ou quando não cumpriu com as obrigações de documentar adequadamente o prontuário do paciente. No Brasil, como mencionado, os juízes tendem a considerar a condição de hipossuficiência do paciente para as situações nas quais o mesmo teria inquestionável desvantagem na produção da prova.

A lei, na forma disposta no Código de Defesa do Consumidor<sup>25</sup>, deixa ao juiz à incumbência de estabelecer quando lançará mão da inversão do ônus probatório. Apesar de todas as ressalvas levantadas, é inegável que se bem aplicada essa inovação pode significar grande avanço no sentido de garantir ao paciente, em situação de maior vulnerabilidade, a possibilidade de ter seus direitos defendidos. No entanto, o desmedido aumento no número de processos por erro médico após a adoção desse dispositivo normativo exige aná-

lise cautelosa. Cabe lembrar que a definição de dano e a natureza da responsabilidade em matéria de erro médico não permitem equivalência direta entre o aumento da demanda de processos por erro médico e um aumento – de fato – dos casos de *comprovado* erro médico. Ademais, a proteção do paciente contra o erro médico requer a preservação da relação médico-paciente, não bastando para tal uma medida nele centrada, como parece ser interpretada pela sociedade a formulação celebrada no Código de Defesa do Consumidor.

Obviamente o âmbito jurídico propriamente dito excetua-se desse equívoco interpretativo, mas além do fato dessa interpretação só ser conhecida após a decisão judicial final, não encontra a mesma repercussão obtida pelo desencadear do processo na sociedade em geral. Em outras palavras: como as decisões finais dos juízes não têm a mesma divulgação e impacto que as matérias que alegam abertura de processos por erro médico, permanece o prejuízo não só para a imagem do profissional médico em questão, mas também para o seu papel social – que a própria sociedade clama para que seja resgatado. Decerto que aqui se consideram os alegados 200% de aumento dos casos de erro médico como não procedentes se avaliados sob ótica tecnicamente diferenciada, o que requer análise mais acurada. No tocante ao contexto ético-profissional da relação médico-paciente, é preciso atentar para que não tenhamos uma sociedade onde os papéis sociais, estabelecidos em complexa rede de relações e valores, não venham originar médicos mais preocupados em como se proteger de seus pacientes e constituir provas

do que com a essência da profissão: que é “o cuidar”, e não “o prestar um serviço”. O exercício profissional médico caracteriza-se por ter na prestação de serviço uma decorrência do cuidar e não o cuidado como decorrência da prestação de serviço. No exercício da medicina o contrato estabelecido não se caracteriza como “me preste um serviço: cuide de mim!”, mas sim “você cuidou de mim, logo me prestou um serviço!”.

### **A aplicação do dispositivo normativo de inversão do ônus**

A questão posta não é a inversão do ônus da prova. Trata-se de posicionamento contrário à sua fixação apriorística, anterior ao estabelecimento da relação médico-paciente, como parece estar sendo interpretada em instâncias componentes dos trâmites de processos de erro médico. Esse posicionamento contrário funda-se inicialmente em constatações de eventos indesejáveis que de forma direta ou indireta associam-se ao dispositivo normativo em questão: o extraordinário aumento no número de litígios alegando erro médico desde a instituição do Código de Defesa do Consumidor; o posicionamento defensivo de médicos, que paulatinamente se esboça, quer por aumento do mercado de seguros profissionais de responsabilidade civil, quer por outras medidas extraordinárias de defesa, mesmo que de difícil comprovação por carência de registro<sup>1,32,33</sup>.

A questão é: quando e em que situações o dispositivo normativo de inversão do ônus da prova estará sendo utilizado para conferir o almejado equilíbrio às partes envolvidas no

litígio e em que situações esse mesmo dispositivo, nos limites pretendidos pela Justiça, trará maior prejuízo coletivo do que o ganho individual. À cirurgia plástica estética, por exemplo, é conferida uma obrigação de fins e como tal, impõe a inversão do ônus. Considerando que o desenvolvimento tecnológico levou ao surgimento de uma *medicina preditiva*, no sentido de conferir a alguém um predicado ou atributo que não possuía, como ocorre não só na medicina estética, mas, entre outras vertentes, também na medicina reprodutiva as técnicas de reprodução assistida passariam a constituir uma obrigação de fins? A argumentação que sustenta a obrigação de fins e não de meios a qualquer procedimento médico, incluídos os procedimentos estéticos, tem frágil força argumentativa, pois todos os que procuram atendimento médico buscam alcançar resultados apenas possíveis, nunca garantidos. Atente-se que essa referência diz respeito à responsabilidade pessoal do médico e não à pessoa jurídica.

Ademais, os casos de erros grosseiros que frequentemente envolvem a cirurgia plástica estética não necessitariam do dispositivo que inverte o ônus: entende-se fazer parte desse grupo, além dos erros grosseiros clássicos, os de cirurgias plásticas estéticas realizadas por profissional sem a devida qualificação técnica e/ou em ambiente impróprio ao procedimento; e também os de realização de desejos exóticos e incompatíveis com a lisura e o bom-senso profissional. Tais erros grosseiros se aplicam inclusive não apenas à cirurgia plástica estética, mas a qualquer procedimento médico em qualquer área de atuação, na qual

não se atente aos prerequisites básicos ao ato médico e seu papel na relação.

Observe-se que esses prerequisites básicos, na especificidade do procedimento em questão, compõem os elementos essenciais à análise do custo-benefício – da mesma forma que se aplica a caracterização de erro grosseiro aos casos de laqueadura tubária, histerectomia e procedimentos cirúrgicos gerais se realizados em ambientes impróprios, sem banco de sangue ou outros prerequisites específicos ao procedimento. No entender aqui defendido, todos os casos incluídos no rol de ato médico, enquanto intervenção programada em um estado inicial, objetivando um estado final diverso e sob certa previsibilidade técnica (mediante utilização de procedimentos devidamente reconhecidos pela comunidade científica) estão sujeitos à natureza desse ato. Diga-se, mais uma vez, que a abordagem limita-se à relação médico-paciente, nada afirmando quanto à tradicionalmente estabelecida responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela simples constatação de dano.

Em outras palavras: ante a complexidade na vigência da relação médico-paciente, só é possível ditar as regras de aplicação do dispositivo normativo de inversão do ônus da prova após o estabelecimento da relação e instalação do conflito. Sob esse enfoque causa estranheza a fixação da responsabilidade civil médica como sendo de natureza objetiva, em regra geral, para alguns casos específicos, a exemplo da cirurgia plástica estética. Até-se ao entendimento tradicional de que o juiz se empenhará no discernimento das exceções e na identi-

cação dos erros grosseiros. A objetividade não é condição suficiente para a verdade, ainda que essencial ao direito no cumprimento de sua função em sociedades democráticas contemporâneas de organização complexa: equilibrar interesses conflitantes. Coaduna-se com o entendimento do direito positivo de Habermas, que estabelece a diferença entre ação instrumental e comunicativa, conferindo primazia à racionalidade comunicativa sobre a racionalidade estratégica ou instrumental orientada para o resultado.

É a mesma *natureza do ato médico* e da *especificidade da relação médico-paciente* – as quais fazem com que, como sintetiza José de Aguiar Dias, *nem as autorizações judiciais e administrativas livres o médico da responsabilidade subjetiva*<sup>24</sup> – que fragilizam as argumentações dos que, em alguns casos, insistem não reconhecer essa natureza e especificidade, para lhes atribuir responsabilidade objetiva com obrigação de resultados.

## Considerações finais

A inversão do ônus da prova consiste em dispositivo normativo com respaldo jurídico no Código de Defesa do Consumidor – que no Brasil significa também uma das mudanças trazidas com a Constituição de 1988, certificado de que o país se empenharia na construção de um *estado democrático de direito*. Nesse sentido, implica indubitavelmente em ganho não apenas jurídico, mas político e social.

No entanto, decorridos mais de dez anos de sua celebração constata-se que se por um lado

houve avanços na consolidação democrática, por outro a relação médico-paciente pode vir a ser lamentavelmente ameaçada e não pelo dispositivo normativo em si, mas pela regra de sua aplicação. A via jurídica no enfrentamento de conflitos sociais é não só prescritiva, mas também configuradora de comportamentos. Ao incidir sobre comportamentos sociais específicos, projeta todo um espectro de relações sociais futuras. Daí advêm tanto sua relevância na manutenção da ordem pública e segurança social como a consciência do zelo necessário quando da promoção de mudanças.

Portanto, é preciso atenção para se adequar o médico à lei ou a lei ao médico. Na primeira opção, faz-se necessário observar se o caso é de adequar a lei a alguns médicos cuja atitude profissional se quer evitar, ou aos médicos cuja conduta profissional se quer valorizar. Há várias maneiras para abordar o fato de que parecem proliferar no Brasil profissionais médicos pouco comprometidos com as normas que regem o exercício profissional em sua tridimensionalidade: técnica, jurídica e ética.

A relação médico-paciente é a instituição social que definiu ao longo da história o papel do médico não como mero prestador de serviço, mas como aquele tecnicamente apto e socialmente legitimado a exercer a arte da medicina. Tal exercício não quer dizer apenas obter resultados esperados; exercer essa arte significa predominantemente gerenciar nas relações sociais o abismo que por vezes se coloca entre o esperado e o alcançado. Dito de outra forma, o médico atua como mediador entre o conhecimento e o paciente, na com-

preensão do intervalo entre o resultado previsto e o obtido por meio de intervenção cientificamente reconhecida, moralmente admitida e juridicamente permitida.

Supondo-se que o erro médico é a exceção e não a regra da medicina no Brasil; supondo-se, ainda, que a maioria de nossos médicos seja composta por profissionais comprometidos e empenhados no exercício da boa arte médica, seria lamentável se a tentativa de gerar equilíbrio nos casos em que se supõe o paciente como minoria viesse abalar ainda mais a instituição “relação médico-paciente” – a qual não pode ser reduzida a um contrato seco, desprovido das marcas históricas que definiram o papel social do médico. É preciso cuidar para que as reivindicações jurídicas, certamente crescentes na regulamentação do exercício do profissional médico, não venham a conferir-lhe o caráter legalista reinante nos EUA.

Com base no exposto, se faz urgente a revisão dos processos envolvendo acusações de erro médico no Brasil, com o intuito de procurar mecanismos para que, quando necessário, o dispositivo da inversão do ônus da prova seja efetivamente um ganho no equilíbrio de uma relação desigual, sem, no entanto, arriscar uma perda que se sobreponha a esse ganho, a exemplo do que ocorre em outras democracias consolidadas. Afinal, a legislação brasileira se espelhou em outras democracias avançadas com vistas a reduzir a incidência de erro médico, não aumentá-la.

A despeito das ressalvas, a aplicação da inversão do ônus da prova é no âmbito jurídico

inquestionável ganho instrumental. Porém, o próprio título aponta para sua necessária abordagem interdisciplinar: assim, o tema erro médico no contexto da legislação brasileira não pode se entender dissociado do processo de consolidação democrática, que por sua vez exige reflexão acerca da distinção entre o que se poderia chamar de *estado legalista* ou *estado de direito*.

Se o dispositivo normativo de inversão do ônus da prova e a crescente onda de judicialização da medicina podem ser vistos como indícios de avanço de consolidação democrática do Estado, também indica que em paralelo a esse avanço se impõe pensar a desejada dosagem da intervenção estatal nas relações

sociais, mais precisamente na relação médico-paciente como exemplo de relação social que não pode ser reduzida à mera competência técnica (mesmo que condição *sine qua non*) ou unicamente ao contrato implícito que vige (apesar de sua excelência histórica), tampouco cabe reduzi-la à fixação legal (mesmo ante sua importância na proteção de bem jurídico como a vida e a saúde). Ressalte-se, por fim, que o presente artigo direciona-se mais a promover o debate interdisciplinar, essencial no lidar com o tema proposto, do que em defender interpretação uníssona. Por conseguinte, nesta discussão, à formulação dada ao ônus da prova se podem contrapor outras interpretações, de forma a enriquecer os ainda recentes debates envolvendo a bioética no Brasil.

## Resumen

---

### **La inversión del *onus probandi* en la caracterización del error médico por la legislación brasileña**

El error médico es uno de los temas más instigadores del debate en torno de la judicialización de la medicina. En Brasil, más de diez años después de la implementación del *Código de Defesa do Consumidor* (Código de Defensa del Consumidor), se puede constatar un enorme aumento en la abertura de demandas jurídicas alegando error médico. El dispositivo normativo de la inversión del *onus probandi*, resultante de los cambios en la legislación en Brasil, advenidas con la Carta Magna de 1988, constituye indubitable ganancia jurídica, política y social. De una óptica ético-profesional el mecanismo normativo interfiere directamente en una institución social que se debe salvaguardar: la relación médico-paciente. La relación médico-paciente es una institución social que ha definido a través del tiempo el papel social del médico, no como un mero prestador de servicios, sino como aquél que está técnicamente apto y socialmente legitimado para ejercer el arte de la medicina.

**Palabras-clave:** Errores médicos. Testimonio de experto. Defensa del consumidor. Inversión del

onus probandi. Legislação. Constituição. Rol del médico.

## Abstract

---

### **The *onus probandi* inversion at the characterization of medical error by the Brazilian Law**

Medical error (malpractice) represents one of the most exciting themes concerning the judicialization of the medicine. In Brazil, more than ten years after the elaboration of the *Código de Defesa do Consumidor* (Consumer Protection Code), can be seen an enormous increase in opening legal trials regarding medical errors. The onus probandi inversion, a normative dispositive resultant of the changes at the Brazilian Law and Constitution promulgated in 1988, is sure a juridical, political and social gain. From the professional ethic point of view the normative mechanism interfere directly at a social institution that must be preserved: the medical-patient relationship. The medical-patient relationship consists on a social institution, which historically defined the doctor's social role not just as a service dispenser, but as the one that is not only legally licensed, but technically able and social legitimated to exercise the art of medicine.

**Key words:** Medical errors. Expert testimony. Consumer advocacy. Onus probandi inversion. Legislation. Constitution. Physician's role.

## Referências

---

1. Erro médico. [online]. Bom dia Brasil. Matéria exibida em 2008 Nov 17 [acesso 7 Feb 2009]. Disponível: <http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0,,GIM912357-7823-CRESCE+O+NUMERO+DE+CASOS+DE+ERRO+MEDICO,00.html>.
2. Neto JR. Responsabilidade civil dos médicos. São Paulo: Jurídica Brasileira; 1998.
3. Silva DP. Vocabulário jurídico. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 1998.
4. Gonçalves CR. Responsabilidade civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva; 2009.
5. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n.º 1.627, 23 de outubro de 2001. Define o ato médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado. [online]. Brasília: CFM; 2001 [acesso 6 Feb 2009]. Disponível: <http://pnass.datasus.gov.br/documentos/normas/89.pdf>.
6. Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n.º 7.703/2006. Dispõe sobre o exercício da medicina. [online]. Senador Benício Sampaio. Brasília: Câmara dos Deputados; 2006 [acesso 6 Feb 2009]. Disponível: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=339409](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=339409).
7. Silva DP. Op.cit;1998. Bem jurídico. p.118.

8. Hart HLA. *Recht und moral: drei aufsätze*. Übersetzung und Einleitung von Norbert Hoerster. Göttingen: Vanderhoeck und Ruprecht; 1971.
9. Habermas J. *Faktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. 2. aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp; 1992.
10. Platão. *A república*. São Paulo: Martin Claret; 2009.
11. Kant I. *Kritik der reinen Vernunft*. 3. aufl. Text der Ausgabe zu 1781, neue Hrsg. von Richard Hoyer. Köln: Atlas Verlag; 1781.
12. Grassi E, herausgeber. *Hippokrates Schriften: Die Anfänge der abendländische Medizin*. Überset. und Einf. von Hans Diller. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag; 1962.
13. Platão. *A república*. São Paulo: Martin Claret; 2009. Livro VII; p.210-38.
14. Maffetone S, Veca S, organizadores. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes; 2005.
15. Gil T. *Ethik*. Stuttgart/Weimar: Metzler; 1993.
16. Weischedel W. *Die philosophische Hintertreppe*. 20. aufl. Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag; 1991.
17. Kant I. *Eine Vorlesung uber Ethi*, herausgeber. von Gerd Gerhardt. Frankfurt am Main: Fischer; 1991.
18. Goyard-Fabre S. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.
19. Comparato FK. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras; 2006.
20. Habermas J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp; 1981. bd I; bd II.
21. Jonas H. *Das Prinzip Verantwortung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp; 1984.
22. Gomes JCM, Drumond JGF, França GV. *Erro médico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2002.
23. Moraes IN. *Erro médico e a justiça*. São Paulo: RT; 2003.
24. Dias JA apud Neto JR. *Op.cit.* 1998. p. 21.
25. Brasil. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. [online]. Diário Oficial da União 1990 Set 12 [acesso 2 Feb 2009]. art. 14, § 4º; art. 6º, VIII. Disponível: <http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref>.
26. Foster N. *Erro médico*. São Leopoldo: Unisinos; 2002.
27. Dias JA. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 1979.
28. Wolf P. *Verfassungsgebung und Verfassung*. In: Briesenmeister D, Kohlhepp G, Mertin R-G, Sangmeister H, Schrader A, herausgeber. *Brasilien heute: Politik, Witschaft, Kultur*. Frankfurt am Main: Vervuert; 1994. p.197-206.
29. Beauchamp TL, Childress JF. *Principles of biomedical ethics*. 4th ed. New York: Oxford University Press; 1994.

30. Calcagnotto G. Politische Kultur und Demokratisierung. In: Briesenmeister D, Kohlhepp G, Mertin R-G, Sangmeister H, Schrader A, herausgeber. Op.cit. p.176-96.
31. Michaelles K, Leite M. Presse, Funk, Fernsehen in Brasilien. In: Briesenmeister D, Kohlhepp G, Mertin R-G, Sangmeister H, Schrader A, herausgeber. Op.cit. p.564-75.
32. Café MEM. Seguro contra erro médico: isso é seguro? Jornal da Associação Médica [online] 2006 Abr/Maio[acesso 3 Abr 2010];3. Disponível: [http://www.ammg.org.br/jornal/edicao\\_101/page03.pdf](http://www.ammg.org.br/jornal/edicao_101/page03.pdf).
33. Associação Pernambucana de Direito Médico e Saúde. Direito médico. [online]. Recife: Apedimes, s.d. [acesso 3 Abr 2010]. Disponível: <http://www.lexmed.com.br/direito.pdf>.

Recebido: 10.11.2009

Aprovado: 25.3.2010

Aprovação final: 5.4.2010

### **Contato**

---

Leidimar Pereira Murr – [leidimarmurr@terra.com.br](mailto:leidimarmurr@terra.com.br)

Rua Prefeito Pompeu Jácome, 25, Ponta Negra CEP 59092-513. Natal/RN, Brasil.