

**Silvana Peres de Figueiredo**

**ERRO MÉDICO:  
A DIFICULDADE DA PROVA  
E  
A IMPORTÂNCIA DA INVERSÃO  
DO ÔNUS DA PROVA**

**São Paulo  
2007**

**UniFMU**  
**Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas**

**Silvana Peres de Figueiredo**

**ERRO MÉDICO:  
A DIFICULDADE DA PROVA  
E  
A IMPORTÂNCIA DA INVERSÃO  
DO ÔNUS DA PROVA**

Monografia apresentada à banca examinadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor: Ailton Cocurutto.

**São Paulo**

**2007**

Autora:

Silvana Peres de Figueiredo

Título:

Erro Médico: a dificuldade da prova e a importância da inversão do ônus da prova

Banca examinadora:

---

Prof<sup>o</sup>. Orientador Ailton Cocurutto

---

Prof<sup>o</sup>. Argüidor

---

Prof<sup>o</sup>. Argüidor

Dedico ao meu marido pelo incentivo e paciência para que eu chegasse até aqui, pela importância que ele tem na minha vida.

A minha mãe pela formação do meu caráter e pela colaboração nos momentos difíceis.

Agradeço ao professor Ailton Cocurutto, pela orientação e auxílio na realização desse trabalho.

E a todos aqueles que de uma forma ou de outra contribuíram para a conclusão deste trabalho, em especial a orientação de Emerson Pavão.

## SINOPSE

Pesquisa que trata da questão da dificuldade da obtenção de provas nas relações entre médico e paciente, envolvendo erro médico. Considerando a responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional liberal, que será apurada mediante verificação da culpa. O enfoque respeita a discussão quanto à inversão do ônus da prova, sendo considerado pelo juiz a desproporção entre os litigantes, e a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva e objetiva na hipótese de dano no caso do erro médico, verifica-se também o enquadramento como relação de consumo, onde o médico presta um serviço ao paciente (cliente), a ser regido pelo código de defesa do consumidor, verificando a inversão do ônus da prova nessa relação. Assim, esse estudo pautou-se na doutrina e legislação vigente no país, bem como nas atuais decisões jurisprudenciais acerca do assunto, objetiva análise de tais questões controvertidas e recorrentes.

Palavras Chaves: Dificuldade da prova; Erro médico; Inversão do ônus da prova; Obrigação de Meio e de Resultado; Indenização.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
CAPÍTULO I .....	10
1. ERRO MÉDICO .....	10
2. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	13
3. RESPONSABILIDADE E REPARAÇÃO .....	14
4. DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL .....	16
5. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO .....	17
5.1. Natureza Jurídica.....	19
6. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE .....	20
CAPÍTULO II .....	21
FASE PROBATÓRIA .....	21
7. CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	21
7.1. O destinatário da prova.....	22
8. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS .....	23
8.1. Objeto da Prova .....	23
8.2. Sujeito da prova .....	24
9. SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS .....	24
10. O SISTEMA DO CÓDIGO.....	26
CAPÍTULO III .....	27
11. O ÔNUS DA PROVA.....	27
11.1. Momentos da prova .....	29
11.2. Prova Antecipada.....	31
11.3. Prova Emprestada .....	31
12. MEIOS DE PROVA .....	32
12.1. Depoimento pessoal .....	33
12.2. Confissão .....	34
12.3. Prova documental .....	34
12.3.1. Autoria do documento.....	35
12.3.2. Autenticidade e Veracidade .....	35
12.4. Documentos Públicos .....	36
12.4.1. Documentos Particulares.....	36
12.4.2. Momentos da Prova Documental.....	37

12.5. Prova testemunhal .....	37
12.5.1. Proposição .....	38
12.6. Prova pericial .....	38
12.6.1. Admissão da perícia .....	39
12.6.2. Procedimento da Perícia.....	40
12.6.3. O Laudo .....	40
12.7. Inspeção Judicial.....	41
CAPÍTULO IV.....	42
13. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	42
14. A DIFICULDADE DA PROVA NO ERRO MÉDICO .....	44
15. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE ERRO MÉDICO .....	46
CAPÍTULO V.....	48
16. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	48
16.1. Inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor .....	50
CONCLUSÃO.....	53
BIBLIOGRAFIA .....	55
ANEXO A .....	57



## INTRODUÇÃO

A questão do erro médico é tratada no primeiro capítulo, a verificação do que é um erro médico e suas conseqüências no caso concreto, e no sistema jurídico.

Seguindo, pela responsabilidade civil do médico, e a reparação do dano causado pela má conduta profissional, onde não se têm os esclarecimentos a pacientes (clientes), ocasionando conseqüências no tratamento ou ato cirúrgico.

No capítulo II, a fase probatória no código de processo civil; seguido da importância da inversão do ônus da prova, a alegação verossímil e a hipossuficiência processual, para a facilitação e aplicação da isonomia como garantia constitucional.

Tratamos depois da questão da dificuldade de se obter provas nas relações que envolvem médicos e pacientes pela especificação do assunto, o não conhecimento de possíveis más condutas médicas que muitas vezes passam despercebidas como mera fatalidade.

Finalizando com a importância da inversão do ônus da prova no sistema processual civil e no código de defesa do consumidor, meio de facilitação para os pacientes que sofreram com erros médicos.

# CAPÍTULO I

## ERRO MÉDICO

Atualmente, a discussão a cerca de erros médicos são mais freqüentes, infelizmente, visto que a constante conscientização dos prejuízos decorrentes de tais erros vem incentivando as vitimas a buscarem a tutela jurisdicional.

Conceito dos mais corriqueiros é o de que o erro médico é o mau resultado ou resultado adverso decorrente de ação culposa ou da omissão do médico.

Maria Helena Diniz<sup>1</sup>, conceitua que:

O erro médico é, sob o prisma jurídico, o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou de trabalho médico danoso ao paciente, que possa ser caracterizado por imperícia, imprudência ou negligência, gerando o dever de indenizar.

A ação ou omissão do médico pode ser decorrente de:

- a) Imperícia, diante da falta de observação das normas técnicas, por despreparo prático, ou ainda da insuficiência de conhecimento técnico - científico;
- b) Imprudência, quando o médico, por ação ou omissão, assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico, não agindo com a devida cautela;
- c) Negligência, quando o médico trata com descaso o paciente, deixando de atender aos deveres e compromissos éticos, não só com o paciente, mas também com a instituição que trabalha.

Importante a se observar que as circunstâncias devem sempre serem devidamente analisadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista esse órgão a função

---

<sup>1</sup> Diniz, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 543.

de coibir abusos, utilizando a contribuição de profissionais de medicina para auxiliá-los na concessão da tutela justa e razoável.

Não se impõe ao médico o bom resultado de tratamento, mas a utilização dos meios adequados ao combate da enfermidade, de forma que, na ocorrência de um ato culposo do médico.

Nas relações que envolvem médico e paciente, muitas vezes a prova é extremamente difícil de ser produzida. E, como o ônus da prova incumbe em regra a quem alega um determinado fato.

No que diz respeito aos profissionais liberais, o código de defesa do consumidor, estabelece responsabilidade subjetiva. Desse modo independe o tipo de responsabilidade, para dar-se a inversão do ônus da prova.

Origina-se então um dilema da produção da prova, da obtenção da prova em conflitos desta natureza, já que quando há provas robustas da má conduta médica, fica evidente e clara a demonstração do direito que se pretende tutelar.

O problema surge quando não há possibilidade de o consumidor produzir a prova em conflito desse gênero.

Sendo a medicina uma arte, e não uma ciência exata, sua avaliação é subjetiva, as decisões médicas geralmente se baseiam em probabilidades, as quais são ao mesmo tempo necessárias e perigosas.

De acordo com o conhecimento científico do médico, e também sua experiência profissional poderá ou não tomar a atitude mais sábia, em relação aos critérios de tratamento ou ainda decidir sobre a necessidade de uma cirurgia.

Segundo Miguel Kfoury Neto<sup>2</sup>,

Denota-se que os médicos têm questionado os profissionais do direito, pedindo para que se discuta mais a saúde do brasileiro e menos as teorias que a comunidade médica considera refinadas, como o dano estético, dano moral ou doutrinas adventícias.

---

<sup>2</sup> Kfoury, Miguel Neto, Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: RT, 2002. p. 22.

O problema que acerca os casos de erro médico, tem sido influenciado principalmente pelo fracionamento do conhecimento pelas diversas especialidades, e grande aumento dos custos.

As especialidades médicas resultam de uma divisão do conhecimento, de modo que o especialista tem o domínio de certa área da medicina, mas não enxergam o indivíduo como um todo.

Necessitam nos casos de diagnósticos complexos da colaboração e exames de diagnóstico que muitas vezes não dominam sua interpretação.

A dificuldade de interpretação, pode levar a conduta equivocada dos médicos, que por não terem conhecimento das imagens dos exames ou não conhecerem certos termos técnicos, têm que se basear na conclusão do exame.

A conclusão de um exame, por exemplo a ressonância magnética, que é um meio de diagnóstico altamente esclarecedor, pode ser prejudicado se quem o interpretou não dominar a forma de laudar.

Essa zona obscura de conhecimento específico a determinados médicos, onde se necessita uma inclusão diferencial de diagnóstico, implica em perigosa e possível conduta errônea.

A argumentação primordial utilizada pelos médicos e hospitais, em relação aos freqüentes casos de danos ao paciente diz respeito à falta de estrutura do sistema público de saúde.

Mas o que dizer quando essa situação ocorre em hospitais particulares, tidos como de "1ª linha", e os profissionais de medicina como verdadeiros mestres em suas área de atuação.

È certos que nesses casos, o paciente que sofreu algum dano, relativo à má conduta médica terá mais dificuldades que obter provas que realmente indiquem o que aconteceu.

Obviamente que a possibilidade de o paciente sofrer algum tipo de dano é maior quando não há aparelhagem, remédios e etc.

Enfim recursos que muitas vezes mascaram fatos que teriam proporções maiores, mas com os devidos recursos aparentam que o médico fez o que podia fazer.

A evolução da noção de culpa médica evolui da ausência total de responsabilização, passando pelas demandas fundadas apenas nos erros grosseiros, negligência notória, imperdoável imprudência, absoluto desconhecimento científico, para o estado atual, em que em determinadas situações qualquer tipo de culpa já suficiente.

Tenha o médico atuado com negligência, imperícia ou imprudência, já será suficiente para fundamentar a responsabilidade civil do médico.

No entanto não será caracterizado o erro médico quando o resultado imprevisível ou o mau resultado advierem de situações que naquele momento, não estavam ao alcance do médico, que não estejam relacionados à sua atuação.

## RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A evolução da medicina tem sido extraordinária nos últimos cem anos, com os antibióticos, as novas drogas analgésicas, as micro-cirurgias, os novos exames por imagens e etc.

Cada vez mais nos deparamos com médicos especialistas, clínicas específicas para certos tratamentos clínicos ou cirúrgicos, toda essa evolução implicou numa espécie de despersonalização do exercício da medicina.

O médico de cabeceira ou médico de família desapareceu, dando lugar ao especialista ou ainda a equipes, muita vezes desconhecidos dos pacientes.

O paciente, na maioria das vezes inicia sua relação com o médico, contrariado por ser uma situação de infortúnio e fragilidade, angustiado em maior ou menor grau, todavia em relação ao médico em uma situação de inferioridade.

Alias hoje o paciente vai ao consultório mais por indicação de um manual de seu convênio sem sequer conhecê-lo.

Ou ainda pior procura um serviço público em casos de urgência ou emergência, e se depara com um atendimento sem preparo, com péssimas instalações, isso quando têm médicos.

O primeiro contato entre o médico e o paciente deveria ser de primordial importância e teria que existir uma empatia recíproca, para que o doente diga o que precisa ser dito, sem constrangimentos ou reservas.

O médico não pode frustrar as esperanças do doente, mas paralelamente não pode criar expectativa maior do que aquela que ele pode ter.

A sobrevivência do ser humano deve-se à preservação de diversos bens juridicamente tutelados, merecendo destaque os direitos à vida, à saúde, à integridade corporal, à honra.

No passado, diante do total desconhecimento das pessoas sobre os males que atacavam o corpo e alma, os médicos, eram equiparados a Semi-Deuses, jamais sendo questionada a sua conduta.

O dano desses profissionais até então era tido como inevitável, não havendo que se cogitar em qualquer responsabilização.

Com o avanço da medicina, bem como do direito, principalmente com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o ordenamento jurídico e o Conselho de Ética Médica consolidaram inúmeros direitos e deveres advindos da relação entre médico e paciente.

## RESPONSABILIDADE E REPARAÇÃO

A responsabilidade civil está diretamente ligada à reparação do dano decorrente de prejuízos, porém as vítimas de erro médico ainda continuam se deparando com uma enorme dificuldade de obter provas a respeito dos fatos que levaram ao dano sofrido.

O código civil de 1916 consignou, em seu artigo 159, a ideia de que a responsabilidade deve ser fundamentada na culpa. Havia alguns dispositivos que aceitavam a presunção de culpa, como era o caso do artigo 1.528, que dispunha sobre a responsabilidade do dono do edifício pelos danos que resultam de sua ruína.

Porém tal presunção de culpa só teria cabimento se a ruína fosse proveniente de falta de reparos, “cuja necessidade fosse manifesta” e, ainda o artigo 1.527, no qual o dono do animal tinha o dever de indenizar o dano por este causado.

Salienta-se que a despeito da sistemática do código de 1916, já havia em leis esparsas, a previsão da responsabilidade independentemente de culpa, como foi o caso do advento da lei 268 de 07/12/1912 que dispunha sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Produto da responsabilidade civil, o conceito de culpa foi perdendo a sua característica de requisito essencial à configuração do dever de indenizar, surgindo à teoria do risco.

A teoria do risco é decorrente do raciocínio segundo qual deve indenizar o lesado pelos danos resultantes da efetivação ou realização de certos riscos, o criador e no exercício de atividade socialmente útil, e, portanto, lícita, mas perigosa.

Como bem assegura Washington de Barros Monteiro<sup>3</sup>,

A evolução da teoria do risco teve origem com os danos sofridos por operários, vítimas de acidentes do trabalho, que tinham o direito a indenização, desde que comprovada a culpa do empregador.

Ocorria que na maioria das vezes, as únicas testemunhas eram colegas de trabalho presos a submissão e receio da perda do emprego pelos laços de sujeição e dependência, via de regra o prejuízo sofrido ficava sem a devida reparação.

Iniciou na França e na Bélgica, não mais atendendo a teoria da culpa, que a responsabilidade do empregador com base no contrato de locação de serviços, como o primeiro passo a responsabilidade civil contratual do empregador.

Logo em seguida a responsabilidade contratual foi substituída pela objetiva, que segundo relata Washington de Barros Monteiro<sup>4</sup>, “O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas como dono da maquinaria ou das coisas inanimadas que ocasionaram o dano resultante do infortúnio”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abre-se o que se chamou de compreensão social do direito, segundo Miguel Reale<sup>5</sup>, “Com uma conexão direta com as normas de direito civil considerando a partir do artigo 1º. A dignidade do ser humano como direito fundamental”.

Com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), é imposta às relações consumeristas a responsabilidade objetiva como regra geral.

Sendo assim, na escala da evolução da responsabilidade civil independentemente da culpa, atendendo às interpretações jurisprudências, verdadeiras criadoras do direito contemporâneo, a mais recente a previsão legal do artigo 927, § único, do atual Código Civil Brasileiro, *in verbis*

*Art. 927 – Aquele que por ato ilícito (186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

---

<sup>3</sup> Monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 4, 28ª ed., Saraiva, 1995, p.43.

<sup>4</sup> Ibid., mesma página.

<sup>5</sup> Reali, Miguel. Razões de um novo código civil, O Estado de São Paulo, 05.09.1998

§ “único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O atual código civil trouxe importantes inovações no campo da responsabilidade civil, incluindo alguns casos em que a responsabilidade independe da existência de culpa, mas em deixar de manter a regra geral da responsabilidade subjetiva.

## DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.

Quando ao fato gerador, a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, as duas sujeitas aos mesmos parâmetros, à contrariedade à norma, o dano e a relação de causalidade entre uma e outra.

Portanto, as duas responsabilidades confundem-se e se identificam nos seus efeitos.

A responsabilidade civil encontra fundamento no artigo 389 do Código Civil, *in verbis*

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

Sendo a responsabilidade extracontratual prevista nos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal.

O campo da prova da responsabilidade civil contratual e extracontratual, é que reserva mais diferenças. Na responsabilidade contratual, há um prévio acordo de vontades, traçando uma conduta, e incorre em culpa aquele que desvia do combinado.

O lesado então, mostra a norma a conduta ajustada e sua infração, o infrator responde pelo efeito de sua inadimplência, como ensina Caio Mario<sup>6</sup>, “Quando em pauta a responsabilidade aquiliana, fica a cargo da vítima a prova de todos os elementos da responsabilidade civil”.

A responsabilidade contratual tanto quanto a extracontratual, surgem-nos 03 elementos inerentes à noção de responsabilidade civil.

Assim, para que se possa atribuir ao devedor responsabilidade contratual tem que lhe imputar um ato: não ter executado ou ter executado mal uma obrigação contratual ajustada com o credor.



Porém, como está em questão à reparação de um prejuízo experimentado pelo credor, decorrente do fato da inexecução ou má execução, é inafastável que o dito prejuízo tenha sua origem no fato imputado ao devedor.

Conseqüentemente não haverá liame de responsabilidade, a menos que haja relação de causa e efeito entre o fato (não executado ou mal executado). Do devedor e o dano experimentado pelo credor.

## OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

No campo da responsabilidade contratual, existem dois tipos de obrigações.

A primeira é a de meio e a segunda de resultado, a distinção entre uma e outra será exposta a seguir tendo em vista a responsabilidade civil do médico.

Como ensina Maria Helena Diniz<sup>7</sup>,

Obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de serviços para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser seguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

A responsabilidade do médico é, salvo exceção, de meio. Na relação médico-paciente, o profissional contrata movido por uma expectativa e o paciente por outra.

O profissional sabe que deverá aplicar a diligência e conhecimentos da melhor forma possível para conduzir o paciente à cura ou a uma melhor condição do que ele se encontra.

Eis que há moléstias ainda sem cura conhecidas ou que a cura ou melhora do paciente dependerá de algo imponderável: a resposta que o organismo dele reagirá ao tratamento.

Por outro o paciente procura um profissional que resolverá o seu problema, de fato ninguém procura um médico para simplesmente tratar-se sem um objetivo finalístico: a cura ou próximo dela.

---

<sup>6</sup> Pereira, Caio Mario da Silva, Responsabilidade civil, 8ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: ed., Forense, 1997, p. 249.

<sup>7</sup> Diniz, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, v. 7, 15ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 230.

O que não se pode esquecer é que nessa relação que o paciente se encontra fragilizado pelas condições físicas decorrentes da moléstia e pelo estado psicológico derivado da consciência de que está doente.

O paciente tende a compor um quadro otimístico, útil para ajudá-lo no tratamento, e na confiança depositada no médico que desempenha papel fundamental.

O médico, sem desleixar da obrigação de informar, precisa usar da ciência médica para manter a confiança do paciente, enquanto o trata, com vistas à cura ou a melhoria do seu quadro geral.

Quanto à obrigação de resultado, afirma Maria Helena Diniz:<sup>8</sup>,

Obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de sorte de a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-a a inexecução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente.

Assim, a obrigação é de resultado, do simples fato de que o resultado não se concretizou, se pode presumir que as condições da responsabilidade do devedor estão suficientemente preenchidas, salvo prova, a ser por ele produzida, em contrário.

Por outro lado se a obrigação é de meio, o devedor não se vinculou a atingir determinado resultado, de sorte a que o credor obtivesse uma satisfação, competindo, portanto, a este a prova de que o devedor não fez o que deveria, o que corresponde à prova de uma culpa.

Vale frisar que a diferença entre a obrigação de meio e de resultado implica num tratamento diverso da relação credor-devedor. Se a obrigação é de resultado, a culpa dele estará em não haver proporcionado o resultado contratado, por isso o dano é atribuído a ele.

Por outro lado se a obrigação é de meio, a não satisfação do credor não é por si só suficiente para se imputar culpa ao devedor, sendo preciso que o credor prove que ele não fez tudo o que lhe cabia, em termos de diligência que tinha o direito de esperar.

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 231.

## Natureza Jurídica

A natureza jurídica da responsabilidade civil médica foi posta em termos controvertidos, mostrando-se que um lado, aqueles que a colocavam no campo da responsabilidade contratual, e de outro, os que entendiam como extracontratual devido o fato de estar inserida no Código Civil de 1916.

No Código civil de 1916, a responsabilidade do médico estava inserida na Capítulo II – “Da liquidação das Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos”, em seu artigo 1.545, que dispunha, *in verbis*:

*“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.*

O referido artigo tem correspondência parcial no atual Código Civil, no artigo 951, que traz a previsão do critério de indenização na caso de condenação do profissional pela prática de ato ilícito.

Atualmente não há mais dificuldade em afirmar que a responsabilidade médica é contratual, a despeito de sua indicação no capítulo dos atos ilícitos.

A ação baseada na responsabilidade contratual ou extracontratual conduz ao mesmo resultado. Na prática, essa discussão torna-se quase inútil, uma vez que as cláusulas pactuadas entre as partes não terão valor, caso estejam contrárias as normas de ordem pública.

O nosso sistema jurídico filia-se à responsabilidade do médico fundada na culpa, nos termos do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, para que haja indenização, é necessário que o dano tenha advindo de uma ação o omissão, decorrente de negligência, imprudência ou imperícia e que haja nexo de causalidade entre o fato praticado e o dano experimentado pela vítima.

A existência de um contrato entre médico e paciente não é o que será visto em possível dano decorrente dessa relação, mas sim a natureza jurídica da obrigação decorrente dessa relação pode assumir contornos extracontratuais.

No Brasil a curtos passos estamos alcançando mecanismos de defesa e proteção contra os danos derivados da má prática da medicina.

Conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves<sup>9</sup>,

Existe entre o paciente e o médico um autentico contrato de prestação de serviço, hoje entendimento pacifico na doutrina, após

---

<sup>9</sup> Gonçalves, Carlos Roberto, Responsabilidade civil, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.266

muito se ter discutido a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica.

A responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir de certa forma o tratamento, não se comprometendo a curar mas sim proceder de acordo com as regras e métodos da profissão.

Porém há, sem dúvida, comportamentos na profissão médica que se traduzem como obrigações contratuais de resultado, na qual o médico se compromete a atingir determinado resultado, como são os casos de cirurgias plásticas.

As cirurgias plásticas que têm efeito meramente estético, em que o paciente busca melhorar sua aparência ou corrigir imperfeições, o profissional promete um resultado.

Segundo Theodoro Júnior<sup>10</sup>,

Na obrigação de resultado, o contratante se obriga a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo.

Nessa hipótese o profissional promete, sem dúvida, um resultado, e portanto assume contratualmente essa obrigação, ou seja, a sua culpa é presumida em caso de não atingir o resultado esperado e prometido.

## EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE

Existem casos em que, a despeito do dano causado ao paciente, há de se averiguar se estão presentes as causas que eximem ou atenuam a responsabilidade do profissional, quais sejam:

- Culpa exclusiva da vítima;
- Fato de terceiro;
- Caso fortuito e força maior;
- Estado de necessidade;
- Exercício regular de um direito.

---

<sup>10</sup> Theodoro, Humberto Júnior, Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. Revista dos tribunais. São Paulo, fev. 1999, a. 88, v. 760, p. 41.

## CAPITULO II FASE PROBATÓRIA

### CONSIDERAÇÕES GERAIS

Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar litígios a serem solucionados se originam de fatos.

Prova no direito processual civil corresponde a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato controvertido, tido como relevante para a solução do litígio.

A fase é de instrução em que a parte deve produzir as provas de suas alegações, mas há provas que são produzidas antecipadamente na fase postulatória que são os documentos, como preceitua o artigo 283 e 396 do código de processo civil.

O autor quando propõe uma ação, e o réu quando oferece sua resposta, não de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

No processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes de cuja apreciação do juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes.

Do exame dos fatos e de sua adequação do direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença.

Segundo Chiovenda<sup>11</sup>, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou de fatos relevantes no processo”.

Inexistindo a exata noção dos fatos, a solução jurídica é difícil, pois é através das provas que o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes.

A postura do juiz diante do exame das provas o código de processo civil adota o princípio do livre convencimento motivado, respeitando os limites intransponíveis das provas legais.

---

<sup>11</sup> Chiovenda, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000. p. 109.

## O destinatário da prova

O destinatário da prova é o juiz, a valoração das provas cabe a ele que pode deferir ou não a sua produção ou seja admiti-las ou não.

O juiz da causa é o destinatário direto que deve se convencer da verdade dos fatos para compor o litígio, portanto para garantia das partes deve considerar os fatos comprovados no curso do procedimento.

O direito processual se contenta com a verdade dos fatos que estão nos autos que é a verdade processual ou seja a verdade que transparece dos elementos do processo e que pode não corresponder à verdade real.

Todo aquele que apresenta provas deseja obter um resultado prático que é a formação da convicção do juiz, já que as provas oferecidas por ambas as partes produzem efeitos em relação ao juiz da lide em questão.

Mas somente a que convencer o juiz a cerca da existência ou inexistência dos fatos que fundamentam a pretensão do autor ou a resposta do réu.

Tem o juiz a iniciativa probatória preceituada pelo artigo 130 do código de processo civil, in verbis

*“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”*

Em princípio incumbem as partes a atividade probatória observada as regras de ônus da prova, mas o juiz pode de ofício determinar a produção de provas que considere necessárias a instrução do processo.

O direito processual teve sua evolução considerando atualmente o juiz não como árbitro, mas com interesse em sua plenitude no devido processo legal.

E com o devido processo legal, a atividade do juiz passa ser não só de solucionar mais rapidamente a lide e ir de encontro à verdade real mas prestar assistência judicial as partes.

Porém o juiz não tem a prerrogativa de suprir somente a deficiência probatória de uma das partes pois representaria afronta ao disposto no artigo 125, inciso I do código de processo civil onde o juiz deve assegurar aos litigantes igualdades de tratamento.

Segundo Eduardo Alvim<sup>12</sup>, “a atividade do juiz, quando determina produção de provas, deve ser sempre subsidiária”.

Isto significa dizer que o magistrado não deve suprir com sua atividade as omissões das partes, acarretando um tratamento desigual.

O juiz pode interferir mais diretamente na produção de provas quando presente questões de razão de ordem pública e igualitária:

- Diante de causa que tenha por objeto direito indisponível, como ações relativas ao Estado e a capacidade das pessoas

- Quando se deparar com significativa desproporção sócio-cultural ou econômica entre as partes ou seja uma das partes de encontra em posição de inferioridade em relação à outra.

O juiz porém deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo, não se deixando transformar em um investigador da causa mas a necessidade da prova ordenada de ofício deve estar no contexto do processo.

## CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

### Objeto da Prova

O objeto da prova são os fatos da causa, com exceção prova-se o direito, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, poderá o juiz exigir-lhe a respectiva prova.

Somente precisam ser provados os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos.

Segundo João Batista Lopes<sup>13</sup>

Fatos relevantes são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide.

Fatos pertinentes são os que têm relação direta ou indireta com a causa.

Fatos controversos (controvertidos) são os que, afirmados por uma das partes, venham a ser impugnados pelo adversário.

---

<sup>12</sup> Alvim, Eduardo. Curso de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1. p. 515.

<sup>13</sup> Lopes, João Batista, A prova no direito processual civil, 2ª ed., ver., atual. e ampl., São Paulo: ed., Revista dos Tribunais, 2002.

Fatos precisos são os que determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa, alegações genéricas ou vagas não comportam provas.

Em relação aos fatos a prova pode ser direta que se refere ao próprio fato probando, é a prova que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos.

A prova indireta não se refere ao próprio fato probando mas sim a outro através do qual por meio de raciocínio dedutivo se chega à conclusão a cerca dos fatos dos autos.

Fala-se nesse caso da prova indireta como prova indiciária ou por presunção, com a efetiva impossibilidade da prova direta temos que recorrer à prova indireta.

Só devem provados para a solução da lide os fatos relevantes pois nem todos os fatos carecem de prova, como os que são impertinentes ou inconseqüentes de tal que forma que o juiz deverá fixar em audiência os fatos a serem provados.

O interesse da parte em demonstrar fatos impertinentes deve ser recusado pelo juiz sob pena de desenvolver atividade inútil.

Não estão sujeitos também à prova os fatos notórios, aquele que é de conhecimento geral que faz parte da cultura normal, própria de determinado circulo social ao tempo em que ocorre a decisão, sendo desnecessário ou inútil provar.

## Sujeito da prova

São sujeitos da prova pessoa ou coisa de quem ou de onde se emana a prova, ou a pessoa ou coisa que atesta a existência do fato *probando*.

A classificação conforme o sujeito à prova pode ser pessoal que é toda afirmação consciente destinada a comprovar determinados fatos, ou real consistindo na atestação inconsciente feita por uma coisa da ocorrência do fato *probando*.

## SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS

Existem 03 sistemas para a valoração das provas:

1º. Critério legal;

2º. Livre convicção;



### 3º. Da persuasão racional.

#### **1º. Critério Legal:**

Está superado no direito processual brasileiro, era utilizado no Direito Romano primitivo ao tempo que prevaleciam os Juízos de Deus, os juramentos onde se atribuía a cada tipo de prova um valor pré estabelecido a ser observado pelo juiz.

Por esse sistema de valoração pelo critério legal o juiz era um mero aferidor de provas seguindo uma hierarquia legal, tendo pouca margem para formar sua convicção.

Desta forma onde as várias provas tinham um valor legal, o processo produzia uma verdade formal não correspondendo muitas vezes com a verdade dos fatos, não vinculado com a realidade.

#### **2º. Sistema da Livre Convicção:**

É o oposto ao critério legal, onde prevalece sempre a íntima convicção do juiz que pode decidir a causa com base em impressões pessoais e na ciência privada que tem do fato.

Não existindo por esse critério nenhuma regra que condicione, o juiz não fica restrito às provas constantes dos autos sujeitando assim as partes a possíveis arbitrariedades.

Esse sistema encontrou defensores entre os povos germânicos, porém ao ir ao extremo de não se considerar as provas dos autos a permitir o convencimento extra-autos, não prevalece no direito processual moderno.

#### **3º. Sistema da Persuasão racional ou Livre Convencimento Motivado:**

Consagrado nos códigos napoleônicos e prevalece como orientação legislativa e doutrinária.

É o sistema adotado pelo código de processo civil pátrio no artigo 131, in verbis:

*“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas artes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”*

O juiz pode apreciar livremente as provas produzidas e atribuir uma valoração que possa merecer sem a rigidez da valoração legal, atentando as provas produzidas no processo formando seu convencimento de forma livre seguindo sua consciência.

Não há hierarquia legal entre as provas, e o juiz irá decidir em face às provas constantes dos autos, impossibilitando a arbitrariedade já que terá relação lógica entre o que foi demonstrado nos autos e os meios científicos que regulam as provas.

O juiz deve considerar sua experiência e as regras da lógica para formação de seu convencimento.

Fica a convicção do juiz condicionada, segundo Moacyr Amaral Santos<sup>14</sup>:

- aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida;
- às provas desses fatos, colhidas no processo;
- às regras legais e máximas de experiência;
- e o julgamento deverá sempre ser motivado.

## O SISTEMA DO CÓDIGO

O artigo conforme supra citado 131 do código de processo civil adotou o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, pois:

- mesmo sendo livre o convencimento do juiz ele deverá ser condicionado as provas apresentadas nos autos e as alegações das partes, não permitindo que o juiz seja arbitrário;
- o juiz não poderá desprezar certas regras e critérios legais sobre a produção de provas e sua validade, nem as regras de presunções legais;
- O juiz fica livre a aplicar as regras de experiência comum, que são os conhecimento e dados científicos do magistrado quando faltarem normas legais sobre as provas;
- A motivação da sentença deverá sempre ser fundamentada em relação às provas e alegações apresentadas nos autos.

É certo que o juiz para deliberar sobre provas, para avaliá-las e para aplicar o direito usa diversas noções extrajudiciais fruto da sua cultura, dos conhecimentos sociais, científicos e práticos.

---

<sup>14</sup> Santos, Moacyr Amaral, Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva.

Esses conhecimentos são as máximas de experiência ou regras de experiência comum e é o juízo formado a partir da observação do que ordinariamente acontece, que fazem parte do senso comum mas sendo embasado pela normatização vigente.

## CAPÍTULO III

### O ÔNUS DA PROVA

As partes não têm a obrigação de provar os fatos alegados tem apenas o ônus de fazê-lo.

Se o litigante não se desincumbir desse ônus sofrerá a consequência de sua inércia assumindo o risco de perder a demanda, já que se não provar tal fato alegado poderá ser considerado como inexistente.

Os autores costumam distinguir ônus e dever ou obrigação, o ônus da prova não se confunde com o dever ou obrigação processual, pois ninguém é obrigado a provar o que alega em juízo.

As partes têm o ônus de provar em seu próprio benefício: as provas e suas alegações irão fornecer ao juiz os meios idôneos para que ele possa, então, formar sua convicção sobre os fatos.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>15</sup>,

Provar, assim como recorrer ou contestar, consiste num ônus, ou seja, consiste numa atividade que deve ser desempenhada pela parte, para seu próprio bem. Já o ônus difere da obrigação, porque está é exigível, não o sendo aquele. Esta é passível de ser convertida em pecúnia, não o sendo aquele. Quando o obrigado cumpre uma obrigação, o beneficiado é aquele que se encontra no outro pólo da relação jurídica. Exatamente ao contrário ocorre quando se estiver diante do ônus.

O juiz como é imparcial no processo não deve influir na conduta dos litigantes, salvo se excepcionalmente, tiver que decidir o incidente de da inversão do ônus da prova previsto no artigo 333 § único, o que deverá fazer mesmo que não haja impugnação pois se trata de nulidade.

A solução da lide é dada com base nas regras sobre o ônus da prova, artigo 333 do código de processo civil, onde distribui entre as partes o ônus da prova.

---

<sup>15</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de processo. São Paulo, out./dez. 1994, a. 19, n. 76, p. 142, apud Consuelo Taques Ferreira Salamacha. Erro Médico, Inversão do Ônus da Prova. Curitiba: Ed., Juruá, 2006, p. 27

Ao autor incumbe provar o fato constitutivo do seu direito.

Ao réu incumbe o ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou instintivo do direito do autor.

O ônus de provar os fatos alegados na ação se traduz normalmente como a vontade de vencer a demanda, já que os fatos que são alegados quando produzidas as provas que explicitam essa veracidade faz crer a seu favor a procedência da ação.

O artigo 333 do código de processo civil que prevê a regra de que o ônus da prova é do autor, que em princípio tem a responsabilidade de provar os fatos alegados na petição.

Não há porém obrigação legal de produzir provas, mas a lei atribui a uma das partes a responsabilidade pela produção já que não assumindo essa sofrerá as conseqüências muitas vezes irremediáveis.

A prova interessa a todos os envolvidos no processo, visto que as partes é a verificação de seu direito que foi provocado, aos advogados e ao juiz os objetivos do processo.

Não havendo produção probatória fica o juiz limitado para proferir sua decisão já que ele não pode deixar de decidir, vem daí a importância das regras do ônus da prova.

Vale frisar que a consideração ao ônus da prova significa em verdade, que a parte assume o risco de não trazer prova para o processo.

A situação jurídica do ônus da prova , permite que o titular de um direito opte por exercê-lo ou não, sendo que sua inércia pode acarretar a privação de um benefício.

Segundo Moacyr Amaral Santos<sup>16</sup>, “A possibilidade de inversão convencional do ônus da prova é prevista já que em decorrer de alguns negócios se revelam mais favoráveis ao réu pela própria peculiaridade de certos negócios”.

Essa disponibilidade do ônus da prova em cláusula contratual é lícita mas só será admitida em se tratando de direitos disponíveis, ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte.

Como preceitua o artigo 333, parágrafo único do código de processo civil, que declara nula a convenção das partes de forma diversa em seu “caput”, quando, in verbis:

Art. 333, § único

*“É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando”:*

---

<sup>16</sup> Santos, Moacyr Amaral, op. cit., p 306.

*I – recair sobre direito indisponível da parte;*

*II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.*

## Momentos da prova

O procedimento probatório passa por 03 momentos:

1º. A proposição da prova;

2º. Admissão da prova;

3º. Produção da prova.

### **1º. Proposição da Prova:**

As partes determinam na petição inicial e na contestação os fatos a serem provados ou ainda na reconvenção ou na contestação a reconvenção (pretensão do réu em face do autor) no mesmo processo.

Para demonstrar a existência de fatos as partes devem especificar os meios de provas a serem utilizados, no rito ordinário basta apenas a indicação.

No rito sumário as partes devem particularizar desde logo as provas a produzir apresentando se for o caso rol de testemunhas, quesitos e nome do assistente técnico caso seja requerido perícia.

### **2º. Admissão da Prova**

Proposta as provas o juiz deve resolver sobre a sua admissibilidade , que é ato exclusivo do juiz.

Sendo ato exclusivo do juiz, cabe a ele indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No rito ordinário o juiz delibera sobre as provas na decisão saneadora, podendo ser na audiência prévia de conciliação.

No rito sumário o juiz organiza a instrução após a resposta do réu na audiência preliminar prevista no artigo 278 do código de processo civil.

### **3º. Produção de Provas:**

A produção de provas corresponde à reprodução nos autos dos fatos afirmados pelas partes, são na verdade os fatos que são relevantes.

Normalmente há uma ocasião própria para a produção e provas que é a fase instrutória do procedimento.

A prova oral via de regra se concentra na audiência de instrução e julgamento pelo princípio da concentração da causa , e a prova pericial se realizará normalmente antes dessa audiência.

No procedimento probatório acentua-se o princípio da oralidade adotado pelo código de processo civil, com aplicação dos princípios da imediatividade, da concentração da causa e da identidade física do juiz.,

Na produção de provas o juiz se coloca em contato imediato, direto com as partes e com as testemunhas tomando-lhes o depoimento pelo princípio da imediatividade.

Para que os dois princípios alcancem o efeito desejado deve-se proferir a sentença o mesmo juiz que conclui a instrução que o princípio da identidade do juiz, elencado no artigo 132 do código de processo civil, in verbis.

*Art. 132 “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.” (grifo nosso)*

São exceções a esse princípio da oralidade:

- Os casos de produção de prova fora da terra (expedição de carta precatória ou rogatória).
- Nos casos de produção antecipada de prova.
- Na prova emprestada, trasladada de outro processo.

Em relação à prova fora da terra quando o sujeito da prova (pessoa ou coisa) não se encontra no lugar onde está o processo, há a necessidade da requisição de diligência a outro juízo.

Nesses casos é expedida a carta precatória, carta rogatória ou carta de ordem.

Se tratando de caso de prova fora da terra significa dizer que essa será produzida em local diverso daquele que o juiz da causa exerce sua jurisdição.

## Prova Antecipada

Na prova antecipada, significa dizer que a prova é produzida antes do momento processual oportuno, na ação de conhecimento é exceção da oralidade.

Devido à determinada circunstância, conveniência ou necessidade de colher prova antecipada diante do risco de perecimento, como por exemplo no caso de prova pericial para documentar um fato de natureza transitória.

A prova antecipada pode ser preparatória ou incidente, a primeira visa preparar elementos de prova para fundamentar a ação a ser proposta futuramente, antes da ação de conhecimento.

A prova antecipada incidente ou incidental visa coletar a prova quando já pendente a ação de conhecimento mas antes do momento processual oportuno.

## Prova Emprestada

Prova emprestada é prova produzida em outro processo, em princípio é admissível o aproveitamento desde que observado os pressupostos.

É necessário que a prova emprestada tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes, no processo anterior tenha sido observado o princípio do contraditório e que não seja possível a reprodução ou renovação da prova.

A prova emprestada deve ser apreciada com reserva pelo juiz, sendo admitida geralmente diante da impossibilidade da sua reprodução no segundo processo.

A admissibilidade da prova emprestada fica condicionada a serem idênticos os fatos provados e probandos.

## MEIOS DE PROVA

São os instrumentos de que se valem as para a comprovação em juízo dos fatos relevantes à solução da lide, o código de processo civil admite a utilização dos meios legais de prova ou outros meios moralmente legítimos.

Meios legais dizem respeito aos típicos, os expressamente previstos em lei, enquanto os moralmente legítimos não têm previsão específica do legislador mas são admitidos por não afrontarem a moral e os bons costumes.

Entre os “meios moralmente legítimos”, temos as provas obtidas por presunção que na verdade trata-se mais de um meio de raciocínio lógico de determinado fato ou situação do que meio da prova propriamente.

Presunção é a conclusão que se obtém de um fato provado para se deduzir outro que não o foi, segundo ensinamento de Humberto Theodoro Júnior<sup>17</sup>,

As presunções correspondem mais a um tipo de raciocínio do que propriamente a um meio de prova . Com elas pode-se chegar a uma noção acerca de determinado fato sem que este seja diretamente demonstrado.

Não são admitidos a utilização de provas obtidas por meios ilícitos proibição feita pela constituição federal artigo 5º., inciso LVI.

Os meios de prova especificados pelo código de processo civil são os seguintes:

- 12.1 depoimento pessoal (arts. 342-347);
- 12.2 confissão (arts. 348-354);
- 12.3 exibição de documento ou coisa (arts. 355 e 363);
- 12.4 prova documental (arts. 364-399);
- 12.5 prova testemunhal (arts. 400-419);
- 12.6 prova pericial (arts. 420-439);
- 12.7 inspeção judicial (arts. 440-443).

---

<sup>17</sup> Theodoro Júnior, Humberto, op.cit., p., 390



## Depoimento pessoal

É meio de prova pelo qual a parte é inquirida a pedido do adversário, a respeito de fatos relevantes para a solução da lide, geralmente é utilizado como instituto voltado a provocar a confissão.

A iniciativa da diligência pode ser da parte contrária ou do juiz, colhido normalmente na audiência de instrução e julgamento, o Ministério Público pode requerer como fiscal da lei o depoimento pessoal.

Representa o depoimento á parte, um ônus processual, uma vez intimada deverá comparecer, se recusar-se ficará sujeita aos efeitos da aplicação da pena de confissão.

O juiz nesse caso de não comparecimento admite como verdadeiros os fatos alegados contra a parte, como preceitua o artigo 343, § 2º, ou ainda a pena de confesso, quando a parte emprega evasivas nas respostas.

Admiti-se a produção antecipada dessa prova (processo cautelar), mas normalmente é prestado o depoimento pessoal na audiência de instrução e julgamento, antes da oitiva de testemunhas.

A parte poderá recusar-se nas hipóteses do artigo 347 do código de processo civil, *in verbis*:

*Art. 347 “A parte não é obrigada a depor de fatos”:*

- I- “criminosos ou torpes, que lhe forem imputados”;*
- II- “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.*

Segundo, Misael Montenegro Filho<sup>18</sup>, a respeito do depoimento pessoal:

O depoimento deve ser colhido com cautelas, visto que a parte – a não ser na hipótese da confissão – tende a expor o fato – como passado -, mas as suas impressões – ao seu modo – de como o fato se deu. Num outro dizer, é meio de prova de manifesta imparcialidade, pela só razão de ser improvável que a parte queira, no relato apresentado, produzir prova contra a sua pessoa.

O depoimento pessoal, pode ser visto como uma forma do juiz ter contato direto, quando possível com as partes, o que auxiliará na sua convicção conjuntamente com as outras provas.

---

<sup>18</sup>Montenegro Filho, Misael, Curso de direito processual, vol. I, teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: ed. Atlas, 2005.

## Confissão

Consiste no reconhecimento da parte de serem verdadeiros os fatos alegados no todo ou em parte pelo adversário, essa confissão será desfavorável ao confidente e favorável ao adversário.

Na confissão a parte admite a veracidade do fato alegado pelo adversário, se, reconhecer a justiça ou injustiça da pretensão deste.

O fato confessado será avaliado pelo juiz e pode ou não levar o ganho da ação ao adversário. É considerada meio de prova de eficácia excepcional.

A confissão será válida quando:

i) sobre fatos relativos a direitos disponíveis, ou seja deve haver disponibilidade do direito relacionado com o fato confessado;

ii) Quando inexigível forma especial para a validade do ato ou do negócio jurídico confessado;

iii) Se emanar de pessoa incapaz, ainda que representante pelo seu representante legal.

É importante que a confissão expresse a vontade livre e consciente, com a intenção de colaborar com a verdade dos fatos alegados, tem um elemento subjetivo.

## Prova documental

No campo da prova judiciária documento é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, é a retratação material de algum acontecimento.

Não compreendem por documentos somente os escritos, mas um todo que represente de forma física algo como desenhos , fotografias, filmes cinematográficos e etc.

Ensina Misael Montenegro Filho<sup>19</sup>,

Podemos afirmar que a prova documental consiste no registro material (não necessariamente escrito), no sentido lato ou estrito, da ocorrência de um fato. Há portanto, um registro material do fato, diferente da prova testemunhal, notabilizada pelo fato de o registro constar apenas da memória da testemunha.

---

<sup>19</sup> Montenegro, Filho Misael, op. cit. p., 530.

## **Autoria do documento**

O autor do documento é aquele a quem se atribui a sua formação, não só aquele que o forma materialmente para si mas também aquele que manda outrem formar o documento em seu proveito exclusivo.

Temos o autor material ou sentido estrito – oficial Público.

Autor intelectual ou em sentido amplo é aquele que procura produzir com o documento determinados efeitos jurídicos ou seja o documento é formado em proveito próprio.

Sob o aspecto da autoria em sentido estrito o documento pode:

Público – formado por quem está no exercício de uma função pública que o autorize a formá-lo, é qualquer documento formado por uma autoridade pública que tenha fé pública, nos limites da sua competência;

Privado – formado por particular ou mesmo por oficial público que não age nessa qualidade, podem assumir feições de declaração:

- 1) escrita e assinada pelo declarante;
- 2) escrita por outrem e assinada pelo declarante;
- 3) escrita pela parte, mas não assinada (papéis domésticos e anotações posteriores em documentos assinados);
- 4) nem escrita nem assinada pela parte (livros comerciais);

Quanto ao meio de produção do documento ele decorre das atividades do seu autor sobre uma coisa , a representação da idéia ou do fato é transmitida á coisa representativa formando então um documento.

È indiferente se o documento em sua redação foi manuscrito, digitado ou impresso.

## **Autenticidade e Veracidade**

**Autenticidade**, consiste na certeza de que o documento proveio do autor nele indicado, da mera subscrição não se extrai a certeza de que o documento seja autêntico, pois há possibilidade de ser falsa a indicação de autoria.

A subscrição evidencia apenas a autoria aparente, apenas quando há confirmação da coincidência entre a autoria aparente e a autoria real é que assume como documento autêntico.

**Veracidade**, se refere ao conteúdo do documento, ou seja sua conformidade com a verdade.

## Documentos Públicos

Há presunção legal dos documentos públicos, não só da sua formação como dos fatos que o escrivão, tabelião ou funcionário declarar que ocorreram em sua presença, que decorre da fé pública conferida aos órgãos estatais.

Segundo Humberto Theodoro Jr. <sup>20</sup>,

A presunção de veracidade que tem os documentos públicos pela fé pública do oficial só atinge aos elementos de formação do ato e a autoria das declarações das partes, e não ao conteúdo destas mesmas declarações. Pela verdade das afirmações feitas ao oficial, só mesmo os autores delas são os responsáveis.

## Documentos Particulares

São documentos particulares os confeccionados e assinados pelos particulares, não havendo nenhuma intervenção do poder público.

O código de processo civil, foi minucioso ao regulamentar os documentos particulares, tratando a autenticidade, dispõe o artigo 369.

Intervindo oficial público, a autenticidade do documento particular deve presumir-se até prova em contrário que leve ao juiz a declará-lo falso.

È também documento particular considerado autêntico quando dessa autenticidade não se duvida (artigo 373), e duvida não surgirá se a parte contrária nada alegar, no prazo estabelecido (artigo 390), sendo assim presumir-se-á que ele foi tido como verdadeiro (artigo 372).

---

<sup>20</sup> Theodoro, Humberto Júnior ., op.cit. p.409

## **Momentos da Prova Documental**

Os documentos devem ser apresentados com a petição inicial pelo autor, ou com a resposta pelo réu.

Produzir prova documental significa fazer com que o documento seja juntado aos autos do processo e passe a integrá-lo, como peça de instrução.

Em princípio entende que só os documentos indispensáveis à prova da alegação das partes, devem ser apresentados nos momentos mencionados, (artigo 396 do CPC)

Quaisquer outros documentos podem ser admitidos em fases posteriores.

Os documentos indispensáveis são os fundamentais e substanciais:

a) fundamentais – São aqueles mencionados como fundamento da pretensão, ou da defesa.

b) substanciais – São aqueles exigidos por lei, para a prova de determinado ato ou negócio jurídico.

O código de processo civil, prevê em seu artigo 397, a juntada de novos documentos, quando a fazer prova de fato superveniente ou para fazer contraprova.

## **Prova testemunhal**

É aquela produzida oralmente perante o juiz, através de pessoa estranha a lide, devendo ser capaz, pessoa física, que irá depor acerca dos fatos controvertidos.

A prova testemunhal é sempre admissível, ressalvadas disposições em sentido contrário:

- Se houver documento, comprovando o fato.
- Se já existir nos autos confissão judicial ou extrajudicial, comprovando o fato.
- Se o fato só puder ser provado por documento ou por exame pericial.

A prova exclusivamente testemunhal é admitida quando há impossibilidade material ou moral de obter prova escrita da obrigação.

É possível recorrer à prova testemunhal, para contrariar a sinceridade das declarações documentadas e para indagar as causas e a origem dos documentos.

A prova testemunhal é somente aquela colhida em juízo, com as garantias que acercam o depoimento oral, deve ser colhida em audiência na presença do juiz e das partes, sob compromisso legal.

As testemunhas estão sujeitas á contradita, argüição de impedimento, suspeição ou incapacidade, ou a reperguntas dos advogados das partes.

Somente em casos que é estritamente necessário irá se ouvir testemunhas impedidas ou suspeitas, esses depoimentos são prestados independentemente de compromisso.

Segundo critério do juiz em confronto com as alegações das partes, esses depoimentos terão valor que possam merecer, são ouvidas como informantes do juízo.

## **Proposição**

Deve ser requerida a prova testemunhal, na petição inicial, na contestação, na reconvenção ou na contestação da reconvenção.

No rito ordinário e nos ritos especiais o rol não é apresentado desde logo, a parte protesta pela produção de prova testemunhal essa proposição deve ser confirmada com o depósito do rol em cartório.

O juiz ao designar a audiência de instrução, fixa o prazo para esse fim, se omitir o rol deverá ser oferecido em 10 dias, que é regressivo ao 1º dia anterior à audiência.

É indispensável à apresentação do rol de testemunhas, a finalidade do depósito é permitir a parte contrária conheça previamente às testemunhas arroladas, e assim preparar eventual contradita.

No Juizado Especial Civil é dispensada a apresentação prévia do rol de testemunhas, tem somente que ter a indicação.

## **Prova pericial**

A perícia deve ser deferida quando existir a verificação de fato que depende de conhecimento técnico especial.

O perito irá transmitir ao juiz o seu parecer, é considerado o perito um auxiliar da justiça, a parte pode indicar um assistente técnico de sua confiança, para acompanhar os trabalhos periciais e emitir ao final parecer concordante ou divergente.

O perito pode ser qualquer pessoa que tenha capacidade jurídica e técnica, é de livre escolha do juiz.

O perito tem como deveres:

- a) aceitar o encargo, podendo escusar-se apenas se alegar justo motivo;
- b) respeitar os prazos;
- c) comparecer à audiência de instrução, quando convocado com antecedência mínima de 05 dias;
- d) dever de lealdade, o perito incide em sanção penal se prestar informações inverídicas.

## **Admissão da perícia**

É amissível a prova pericial, quando o fato depender de conhecimento técnico e ou científico.

O juiz deve indeferir a perícia quando delineadas as hipóteses do artigo 420, § único do código de processo civil.

Para que se admita a perícia é preciso que o fato exista ou tenha existido e possa ser constatada de forma direta ou indireta.

Se o fato foi fixado no processo por algum meio idôneo (depoimentos, documentos e etc.), sobre ele pode então a chamada perícia indireta.

Como no caso o prontuário médico, no processo de culpa médica, poderá ser examinado o próprio prontuário ou exames realizados pelo paciente.

A perícia direta é feita à vista de coisa ou da pessoa e em face dos fatos possíveis de observação.

## **Procedimento da Perícia**

Normalmente a perícia é realizada na fase instrutória da ação de conhecimento, ou poderá ser produzida antecipadamente quando se tornar impossível ou mais difícil à verificação dos fatos no momento processual oportuno da ação de conhecimento.

No Rito Ordinário, o juiz normalmente nomeia o perito na decisão saneadora.

No Rito Sumário, o juiz normalmente defere a perícia na audiência prévia de conciliação.

Após a nomeação do perito, as partes podem arguir impedimento ou suspeição, e ele poderá ser substituído nas hipóteses do artigo 424 do código de processo civil.

O perito responderá quesitos, que são indagações dirigidas a ele que delimitam o campo da perícia, o juiz e o Ministério Público como fiscal da lei também podem apresentar quesitos.

As partes podem no decorrer da perícia apresentar quesitos suplementares, e a parte pode impugnar os quesitos do adversário.

Após a entrega do laudo, as partes podem solicitar esclarecimentos do perito ou do assistente a serem impetrados em audiência.

Esses quesitos, não podem ser novos, mas apenas elucidativos destinados á esclarecer as respostas oferecidas.

O juiz irá indeferir se os quesitos forem considerados impertinentes, com base no artigo 426, inciso I do código de processo civil.

## **O Laudo**

O laudo, consiste na documentação dos fatos examinados, da conclusão do perito devendo ainda explicitar as diligências realizadas,deverá ser apresentado pelo menos 20 dias antes da audiência de instrução.

O juiz não fica vinculado às conclusões do laudo oficial, ele pode formar sua convicção com base nos outros elementos de prova constantes dos autos.

Pode também o juiz se valer de outros pareceres técnicos e depoimentos de outros profissionais entendidos, prestados em audiência.



Deverá o laudo ser completo, claro e fundamentado, contendo relatório onde todas as ocorrências da perícia são anotadas, o perito deverá externar sua opinião e esclarecer o porquê a tem.

O juiz pode nomear mais de um perito, de acordo com a diversidade e complexidade da perícia, e a parte apresentarem mais de um assistente técnico, de acordo com a especificação respectiva pela Lei nº. 10.358/2001, que acrescentou ao artigo 431, alínea “b”, no código de processo civil.

É possível também a realização de nova perícia, cabe ao juiz avaliar a necessidade, porém essa nova perícia não substitui a primeira, salvo se decretada a nulidade desta.

O objeto da nova perícia é o mesmo da anterior, a matéria a ser examinada e os fatos a serem provados serão os mesmos sem alterações, será a completa repetição do ato, limitada no que for determinada.

Como, nos ensina Ernane Fidélis dos Santos:<sup>21</sup>, “A nova perícia só deve ser determinada, quando as omissões e inexatidões não puderem ser supridas ou corrigidas, através de pedido de esclarecimentos ao perito da primeira perícia”.

## Inspeção Judicial

Consiste na inspeção direta pelo juiz, de pessoa ou coisas com a finalidade de esclarecer sobre o fato que interessa a lide.

Pode o juiz determinar de ofício, ou a requerimento das partes em qualquer fase do procedimento, em princípio é considerada prova subsidiária, sendo normalmente realizada após a produção de outras provas.

Na inspeção, o juiz poderá ser acompanhado por peritos e esses podem ser recusados pelas partes, essas também podem acompanhar a inspeção contando com a presença de seus assistentes técnicos.

A inspeção deverá ser designada por despacho nos autos, constando devidamente o que verdadeiramente será inspecionado, além do dia, hora e lugar da inspeção.

Concluída a inspeção será lavrado um auto circunstanciado, mencionando o que foi observado e que for útil ao entendimento do juiz para o julgamento da causa.

---

<sup>21</sup> Santos, Ernane Fidélis dos, Manual de direito processual , v. 1, p., 515, 10ª ed., rev., a atual.

## CAPÍTULO IV

### INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A regra do artigo 333 do código de processo civil sobre o ônus da prova não é absoluta e em alguns casos pode ser invertido, para tal tem 03 origens distintas:

-Convencional

-Legal

-Judicial

Quando feita a inversão em favor do autor ele não mais terá que provar, basta à alegação devendo o réu provar que o fato não é verdadeiro.

Quando feita a conversão em favor do réu este fica dispensado do ônus de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor alegados na contestação.

Inversão Convencional – artigo 333 § único do código de processo civil

As partes podem transigir sobre o ônus da prova, salvo quando o fato disser respeito a direito indisponível onde não se permite ter acordo, transação.

Direito Indisponível não se admite transação ou confissão e desse modo não poderá haver inversão do ônus da prova por convenção entre as partes.

Quando a convenção tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do seu direito.

Convenção sobre a inversão do ônus da prova

Certos direitos e no próprio processo as partes têm direito de disponibilidade, e é completamente lícito que esses critérios sejam estabelecidos em cláusulas contratuais a respeito do ônus da prova.

Porém tal direito que permite essa transação em casos de litígios nos contratos ou no próprio processo só será admissível quando a cláusula referir-se a direitos disponíveis, ou quando tornar-se impraticável o próprio direito da parte.

Inversão Legal:

A presunção consiste numa forma de raciocínio pelo qual por meio de conhecimento de um fato inferir-se a existência de outro.

Temos presunções absolutas e relativas estabelecida pelo legislador e somente as relativas admitem provar em contrário e que se pode falar em inversão do ônus probatório.

Se o fato é presumido não precisa ser comprovado por quem alega, cabe ao adversário desconstituir a presunção pelos meios de prova admitidos em direito.

A presunção é muito utilizada no âmbito da responsabilidade civil do médico que será mais explicitado a seguir neste estudo.

Inversão Judicial:

A inversão judicial tem lugar nas demandas relativas às relações de consumo tuteladas pela lei 8078/90 (código de defesa do consumidor).

Verificando que nas relações de consumo existe desproporção entre as partes envolvidas o código de defesa do consumidor tem regras protetivas ao consumidor em face ao fornecedor.

Dessa forma nas relações de consumo caberá ao fornecedor provar que não tem a responsabilidade há então à inversão judicial.

O artigo 6º. Inciso VIII, do código de defesa do consumidor autoriza o juiz a inverter o ônus da prova em favor do consumidor desde que presente os seguintes pressupostos:

- a) Quando o consumidor for hipossuficiente tecnicamente.
- b) Quando for verossímil sua alegação.

As hipóteses são consideradas alternativas pela doutrina majoritária pesquisada, porém para alguns autores acredita-se que são necessários os dois pressupostos conjuntamente.

A mera hipossuficiência econômica pode levar a concessão da assistência judiciária por aplicação da lei 1060/1950, até mesmo porque quando procura a justiça gratuita e alega um determinado fato, está tem o ônus de provar.

A hipossuficiência alegada não é econômica mais sim técnica. O juiz ordenará a inversão sempre que observar a superioridade técnica do fornecedor para produzir provas pertinentes.

Sendo assim fica fácil vislumbrar a desproporção nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor para a produção de provas, já que dependem quase sempre de conhecimentos técnicos ou de informações que estão normalmente em poder do fornecedor.

Na situação de um possível erro-médico fica claro a desproporção entre o médico que detém conhecimento técnico do assunto, e o paciente que não domina a ciência e ainda se encontra fragilizado.

O significado da inversão do ônus da prova em relação à questão da hipossuficiência, vem no sentido de proteção daquele que não detém conhecimentos técnicos.

A inversão visa contornar as dificuldades da vítima com o dever de provar a culpa do médico, sendo muitas vezes impossível diante de termos técnicos, de difícil compreensão.

Portanto equiparar as partes é condição essencial para a aproximação maior da verdade em um conflito que gere indenização por um dano efetivamente causado.

## A DIFICULDADE DA PROVA NO ERRO MÉDICO

A culpa médica logicamente tem que ser analisada caso a caso, verificada suas peculiaridades, o que de fato aconteceu se poderia ter sido evitado se a conduta médica interferiu mesmo indiretamente no resultado insatisfatório.

Sobre a prova da culpa médica é essencial, ressaltar a importância de se realizar perícia médica, o que é fundamental para tal a verificação do prontuário médico.

O prontuário médico é documento exigido, e obrigatório na apuração da culpa médica, uma vez requisitado pelo juiz deve ser exibido, sob pena de serem admitidos como verdadeiros os fatos alegados.

O prontuário tem grande importância na decisão do juiz, pois lá ele terá várias informações da evolução do quadro clínico do paciente.

Através do prontuário médico, o juiz irá verificar provas que confirmam ou negam a responsabilidade do médico, se em determinado sinal ou sintoma referidos pelo paciente ele tomou as providências necessárias ou não.

O que geralmente e infelizmente acontece é que se sustenta um espírito de corporativismo, que impede que um profissional médico, indique as falhas do outro.

A questão da perícia médica realizada por colega de profissão, ainda que tenha significativa importância, costuma-se ratificar esse espírito, comprometendo o princípio da imparcialidade.

Contudo a dificuldade da culpa médica não se encerra por aí, pois os suportes a embasar uma demanda judicial, estão via de regra nas mãos do próprio médico.

A prova da culpa médica é difícil pois a classe é médica é extremamente unida na defesa de seus próprios interesses, e num grau máximo de arrogância, apurar o erro do colega seria admitir que eles podem errar.

A constituição da prova de que o médico agiu com imprudência, imperícia ou negligência se torna mais difícil se o paciente é humilde.

A ausência de conhecimentos técnicos e científicos que tem o paciente, associada à fragilidade do quadro de doença leva muitas vezes ao fato do paciente nem sequer entender que se trata de um erro médico.

O que realmente ocorreu em uma situação de erro médico é contornada com a explicação de que as complicações são em decorrência do quadro geral que o paciente se encontrava, os familiares confiando naquele profissional acreditam.

Quando às vezes um familiar mais atencioso, verifica que há algo de errado na conduta médica, geralmente solicita a troca do médico se o paciente se encontra hospitalizado, e o médico que o substitue, pela ética médica jamais irá afirmar que a conduta do outro era equivocada e que comprometeu o tratamento.

Ressaltando a posição de Miguel Kfouri Neto<sup>22</sup>, ao expor que

Prova cabal, irrefutável, insuscetível de questionamento por peritos médicos, é de difícil obtenção nessa matéria. Por isso, sendo os indícios convincentes, há mister julgar-se procedente a pretensão indenizatória. Em síntese, deverá o julgador - conforme o caso - sobrepor-se aos laudos periciais, escoimando-os do ranço classista e decidir, até, contra eles.

---

<sup>22</sup> Kfouri, Miguel Neto, op.cit., p. 50.

A partir do momento que o juiz tem condições de afirmar como provado o ato culposo cometido pelo médico, independe a natureza dessa culpa, e da sua gravidade, deve o juiz obrigar ao profissional que repare as conseqüências do seu ato.

## A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE ERRO MÉDICO

A culpa médica, pelas características de que se reveste na sua consecução, como já se afirmou, é de difícil comprovação.

As dificuldades e obstáculos existentes para a comprovação da culpa médica repousam, entre outros, na natureza confidencial das relações médico-paciente; silêncio daqueles que assistem o médico ou dele participa.

Para que se obtenha sucesso em pleitos indenizatórios por dano causados por médico, no exercício de sua função, restam claro e evidente que o autor é quem tem o ônus de provar a culpa médica.

O código de Defesa do Consumidor dispõe em seu artigo 14, § 4º, que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, isto significa dizer que tem que ser configurada em quaisquer das suas modalidades.

Os juízes como leigos na matéria médica, não possuem condições para a apreciação correta da culpa médica, recorrendo assim a perícia médica para fundamentar sua decisão.

Porém essa perícia medica deve ser realizada efetivamente com o critério de justiça e profissionalismo, para que não tenha cunho de proteção da classe.

Em relação aos outros meios de prova com por exemplo a testemunhal, geralmente os médicos contam com a colaboração de profissionais de saúde que atuam com ele, ou ainda que tem um vínculo empregatício, o que obviamente terá pouco a esclarecer do que de fato ocorreu.

Sendo a relação médico-paciente confidencial, não há testemunhas ou documentos que comprovem uma possível advertência do profissional sobre os riscos do tratamento ou da falta desta.

Geralmente o que tem o paciente é um receituário médico, não sendo suficiente como prova, se houve anteriormente algo em sua conduta profissional que tenha gerado danos.

Diante da dificuldade de se constatar o que de fato ocorreu, em se tratando de erro médico e sua caracterização, deverá o julgador não só se utilizar dos meios descritos no processo civil, como a prova testemunhal ou perícia médica.

Mas é fundamental que o juiz perquiria indícios suficientemente lógicos e fortes para conduzi-lo à convicção legítima, que verifique como certas alegações não têm propósito em relação uma realidade comum.

As regras do ônus da prova, têm como função fundamental a de indicar, no curso do processo, qual das partes está legitimada para exercer o poder processual de aduzir provas.

Visto que na questão em que envolve possível erro médico, o paciente nada sabe de medicina, caracterizando extrema desigualdade entre as partes.

A inversão do ônus da prova nesses casos, previsto pelo código de defesa do consumidor, não se caracteriza como um privilégio a facilitar um direito ao consumidor/paciente, mas sim proporcionar ao julgador a correta reconstituição dos fatos e contribuição efetiva da prestação jurisdicional.

A atividade é prestação de serviço, e o médico como o prestador de serviço que é, se sujeita às normas do código de defesa do consumidor, (Lei 8.078/90).

Sendo o médico considerado prestador de serviço, a relação entre o paciente e o médico é uma relação de consumo, pois há a efetiva prestação de serviço (médico).

Como preceitua o artigo 6º, do CDC, presente a hipossuficiência, deve-se admitir a inversão do “*ônus probandi*”, até mesmo pela impossibilidade da parte autora arcar com a perícia judicial.

O entendimento da importante efetivação do ônus da prova, sem com a alusão do texto constitucional, onde no artigo 5º, “*caput*”, bem como no inciso I, preceituam o princípio da isonomia.

Como falarmos de princípio da isonomia sem a inversão do ônus da prova diante da situação em que o paciente é lesado por culpa médica, e se vê em total desvantagem em relação ao profissional médico.

## CAPÍTULO V

### O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O código de Defesa do consumidor, no artigo 6º, ao descrever os direitos básicos dos consumidores, traz, no inciso I, a proteção à vida, a saúde e a segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços nocivos ou perigosos.

Destacando no inciso VI, que os danos físicos, morais e patrimoniais devem ser indenizados.

Importante consignar que, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal abarcava o dever imposto a cada cidadão de responder pelos danos causados.

Contudo, com o Estatuto do Consumidor, ficou consagrado a Responsabilidade Objetiva nas relações de consumo, excepcionando, no artigo 14, § 4º, a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

Quanto a responsabilidade civil do médico, na qualidade de profissional liberal, consoante o que dispõe o artigo 14, § 4º do código de defesa do consumidor esta será apurada mediante verificação de culpa, nos moldes do que já foi demonstrado.

Todavia cabe lembrar, que há uma grande discussão existente no que tange a atividade exercida pelos cirurgiões plásticos, em que o contrato afirmado entre paciente (consumidor) e médico (fornecedor) é considerado por alguns como sendo obrigação de resultado, e por outros de meio.

Assim dependendo do entendimento a ser seguido a inadimplência poderá ou não ser abordada em determinadas situações.



Porém o citado dispositivo legal, não faz distinção quanto à atividade exercida pelo médico; o dispositivo legal deixa claro que para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deve ser utilizado o sistema fundado na culpa e neste caso, haverá inadimplência se a atividade for fornecida de forma irregular.

Sendo que se na prestação de serviço desse profissional médico, vier a ocorrer um acidente de consumo, sendo que o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática.

Não há como negar que com o entrada em vigor do código do consumidor, consagrando as relações de consumo mantida entre médico e paciente, passou-se a ter mais cautela, em especial no que tange ao dever de informação e à averiguação, com maior rigor, do diagnóstico do paciente.

Por outro lado, consoante destaca Miguel Kfoury Neto<sup>23</sup>, na realidade não há diferença no comportamento das pessoas em relação aos médicos, os quais continuam sendo reverenciados, acatados e vistos como benfeitores. "Porém, vai-se consolidando a clara percepção do erro inescusável, da imperícia inadmissível, da negligência criminosa, que impedem as pessoas à busca de reparação".

Observa-se, ainda nos dias atuais, que há vítimas de erro médico deixando de buscar a tutela jurisdicional.

Principalmente em decorrência da ausência de conhecimento técnico da medicina, bem como dos direitos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, a exemplo do **benefício da inversão do ônus da prova**. (grifo nosso)

Em contrapartida, há também malefícios da precipitada e/ou equivocada divulgação dos chamados erros-médicos, vez, que, a cada momento em que um profissional é exposto e apontado como médico desidioso, a sua imagem poderá ser atingida, causando-lhe prejuízos.

De certo que existem casos em que as próprias conseqüências de uma cirurgia, ou o quadro do paciente que chega até o médico com seu estado de saúde completamente comprometido, não devemos falar de erro médico.

Com mais de dez anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência vem firmando a linha de defesa de inúmeros direitos e deveres provenientes da relação mantida entre médico e paciente.

Vale destacar que essa tarefa é certamente difícil, ainda se falando do déficit do Brasil, principalmente na área da saúde.

---

<sup>23</sup> Kfoury, Miguel Neto, op.cit., p. 33.

A dificuldade é ainda maior quando falamos de saúde pública, convênios médico-hospitalares, condições socioeconômicas dos pacientes, sendo diversos os fatores que contribuem para o insucesso agregados aos tratamentos médicos.

Em se tratando de assistência prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa. Assim, para a responsabilização do hospital bastará a demonstração do dano e do nexo causal.

Caso o médico que trabalha no estabelecimento de saúde, venha a ser culpado pelo dano causado, ainda assim a responsabilidade do hospital será objetiva, enquanto eventual responsabilização pessoal do médico será apurada mediante verificação de culpa.

Vale ressaltar que nesta hipótese o hospital terá direito de regresso em face ao profissional médico.

## Inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor

Inverter, etimologicamente vem do latim *invertere* e significa “mudar a ordem de”, ou seja, dispor de maneira contrária ao normal.

Dessa forma afirma Consuelo Taques Ferreira Salamacha<sup>24</sup>, “Quando se fala em inversão do ônus da prova, em verdade, em determinadas situações, o legislador dispensa a parte de fazer prova de algum fato por ela alegado”.

Dispõe o código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, caput, inciso VIII, *in verbis*:

*Art. 6º. “São direitos básicos do consumidor”:*

*Inciso VIII –a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu, favor, no processo civil, quando á critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.*

A inversão do ônus da prova disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, representa um grande avanço a partir do momento em que pôde ser determinada por decisão judicial.

No entanto, em suas considerações afirma Lucon<sup>25</sup>, em suas considerações, ponderando que tal inversão não é incondicionada, devendo-se levar em conta os critérios da “verossimilhança das alegações aduzidas pelo consumidor em juízo”.

---

<sup>24</sup> Lucon, Paulo Henrique dos Santos, Garantias Constitucionais do Processo Civil. RT, 1999. p.114, apud Consuelo Taques Ferreira Salamacha. Erro Médico Inversão do ônus da Prova. Curitiba: Ed. Juruá, 2006, p. 73.

<sup>25</sup> Ibid., mesma página.

Para o consumidor que atua no pólo ativo da relação processual, os resultados práticos serão mais evidentes, pois as dificuldades em superar a proclamada existência de nexo de causalidade entre o defeito do produto ou do serviço e o dano sofrido estarão vencidas.

A inversão porém , só será aplicada quando diante de uma alegação verossímil ou de uma hipossuficiência objetivamente técnica, mostra-se necessária, segundo as regras ordinárias de experiência.

A efetividade do sistema diante do direito do consumidor tem como esteio o princípio da inversão do ônus da prova, com o intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reservando ao juiz o poder de dispensar o autor de provar o fato constitutivo de seu direito.

Para que o juiz conceda o direito de inversão do ônus da prova, é necessário entender que tal fato está sendo reputado como verossímil ou o autor seja hipossuficiente.

Esclarece André Gustavo Andrade<sup>26</sup> com clareza os conceitos de verossimilhança, hipossuficiência e vulnerabilidade.

Formada pelos vocábulos vero (de verdadeiro, real, autêntico) e símil (de semelhante, similar), o termo verossímil traz a noção de algo que se assemelha a verdade, que tem a aparência de verdadeiro. A palavra hipossuficiente é formada pelo prefixo hipo, do grego hipó, designativo de escassez ou inferioridade, e do vocábulo suficiente, que indica não apenas aquilo que satisfaz ou que basta, mas também aquilo ou aquele que tem capacidade de realizar (algo); hábil apto, capaz.

O inciso VIII do artigo 6º do código de defesa do consumidor, determina que fica a critério do juiz a inversão do ônus da prova, isto é que o juiz poderá inverter o “ônus probandi” ou não, conforme seu entendimento.

Porém a jurisprudência tem entendido que, em verdade, o ‘a critério do juiz’, que corresponde ao ‘poderá’ inserido em outros dispositivos legais, há de ser interpretado como ‘deverá’, uma vez que, em matéria relativa a direitos do consumidor, as normas são de ordem pública, por conseguinte de aplicação obrigatória.

O juiz no entanto tem um poder limitado conferido pelo código, já que ele não agirá só de acordo com o seu convencimento, mas terá que explicitar com clareza os elementos de sua convicção que o levaram a vislumbrar a verossimilhança na versão posta pelo consumidor, ou de onde extraiu a sua hipossuficiência.

O código de defesa do consumidor, veio para completar a idéia de vulnerabilidade do consumidor, para que este tenha acesso aos instrumentos de defesa.

No âmbito do direito coletivo, com o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada a inversão do ônus da prova, indicando que a prevenção é a que deve ser prioritariamente adotada.

A idéia de prevenção é perfeitamente aplicável nas relações que envolvem médico e paciente, valendo tanto para pessoas físicas quanto jurídicas.

Pois nas relações que envolvem dano decorrente de erro médico a reparação jamais se aproxima, do ideal que seria a prevenção.

Cabe portanto aos operadores do direito utilizarem dessa prerrogativa de forma consciente, com a verdadeira finalidade para que a norma foi criada.

Levar aos pacientes que utiliza de uma prestação de serviço, que é o serviço médico-hospitalar, toda facilitação de defesa.

Nas situações que envolvem um profissional técnico, que têm sem dúvidas mais conhecimentos para o esclarecimento de possíveis causas ou conseqüências que levaram ao dano.

---

<sup>26</sup> Andrade, A. G. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 48, p. 91, out./dez. 2003.

## CONCLUSÃO

Em situações de erro médico, sob a ótica do processo civil moderno, a temática do ônus da prova é um verdadeiro aperfeiçoamento da atividade jurisdicional.

As partes devem contribuir para a fase probatória, a busca por soluções pelo Poder Judiciário para os conflitos relacionados à culpa médica, é na verdade a busca pelo fortalecimento dos direitos fundamentais.

A figura do médico, ainda é para grande parte da sociedade vista como recoberta pela divindade, como um ser diferenciado aos outros.

Porém o ser humano é passível de erros, e evidentemente se tratando de um prestador de serviços terá que agir com prudência, aplicar todo o conhecimento científico, que ao longo de sua formação adquiriu, mas jamais esquecer que lida com vidas.

Como profissionais de qualquer área podem errar, se os erros acontecerem terão que ser assumidos e as vítimas desses danos indenizadas.

Existindo um erro médico que traga conseqüências ao paciente e sendo possível apresentar provas deste erro, a indenização daí decorrente poderá ajudar a coibir futuros erros.

O que se deve tentar coibir é o corporativismo existente entre a classe médica, somente com a busca de reparações, e punições também aos que tentam dificultar provas que se obterá mais igualdade.

Aliás o próprio texto constitucional, tutela a isonomia que só será obtida nos casos de erro médico com a inversão do ônus da prova.

A dificuldade de obter provas que comprovem esses erros, é o que geralmente ocorre nos casos que não são esquecidos pelas vítimas e familiares, mas que suportam os danos sem utilizarem da prerrogativa da tutela jurisdicional.

A intenção desse trabalho foi expor como existe um sentimento de superioridade da classe médica em relação aos pacientes quando se trata de algum dano ocasionado má conduta desse profissional.

Demonstrar a importância do juiz como destinatário da prova que é, ter consciência ao analisar todos os meios de prova admitidos, e julgar de acordo com a verdade dos fatos.

Valorizar o estudo minucioso dos meios de prova, e da importância dos advogados, na defesa de seu cliente observar o que realmente ocorreu e buscar provas que impliquem na valorização da dignidade desse paciente que sofreu um dano.

A inversão da prova visa contornar a real dificuldade da vítima em ter que provar a culpa do médico, já que além de ter sofrido um dano se encontra em situação de fragilidade emocional diante desse.

O juiz tem uma nobre tarefa na aplicação da lei, com clareza utilizar dos meios processuais, como nas questões de erro médico avaliar que o profissional médico é quem tem maiores condições na produção das provas.

Facilitar o acesso à justiça de vítimas, que ainda timidamente recorrem ao Poder Judiciário, para que de certa forma tenham uma compensação ainda que incomparável com o dano.

## BIBLIOGRAFIA

- Alvim, Eduardo. Curso de direito processual civil. v.1, São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.
- Andrade, A.G. *A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Revista de direito do consumidor.* São Paulo. nº 48, out/dez. 2003.
- Chiovenda, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000.
- Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v.7, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- Diniz, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade civil, 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- Greco, Filho Vicente. Direito processual civil brasileiro. v. 2, 14ª ed., rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2000.
- Kfoury, Miguel Neto. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.
- Lisboa, Roberto Senise. Manual de direito civil. 3ª ed., rev., atual., e ampl.- São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.
- Lopes, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.4, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- Montenegro Filho, Misael. Curso de direito processual: teoria geral do processo de conhecimento. v.1, São Paulo: Atlas, 2005.
- Nunez, Luis Antonio Rizzatto. Manual da monografia jurídica. 2ª ed., rev., e ampl.- São Paulo: Saraiva, 1999.
- Pereira, Caio Mario. Responsabilidade civil, 8ª ed., rev., e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Realí, Miguel. Razões de um novo código civil. *O Estado de São Paulo*, 05.09.1998.
- Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil [Faculdade de Direito de São Paulo]. São Paulo, a. V, nº 26, p. 135-159, nov/dez. 2003.
- Salamacha, Consuelo Taques Ferreira. Erro médico: a inversão do ônus da prova. 1ª ed.- Curitiba: Juruá, 2006.
- Santos, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. v. 1, 10ª., rev.; e atual. - São Paulo: Saraiva, 2003.

Santos, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v.1, São Paulo: Saraiva, 2002.

Theodoro Junior, Humberto. Aspectos *processuais de responsabilidade por erro médico*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.760, a.88, fev., 1999.

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de direito processual civil v.1, 41ªed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil. 4ª. Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2004.



## ANEXO A

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano material e moral - Erro médico - Diagnóstico de uma simples enxaqueca ao invés da hemorragia cerebral que levou o paciente à morte - Inadmissibilidade - Hipótese em que o paciente não apresentava os sintomas assinalados pelas autoras - Atendimento prestado, ademais, perfeitamente adequado à situação do paciente - Compatibilidade entre o diagnóstico e o quadro sintomático - Sentença mantida - Recurso não provido. (Relator: J. Roberto Bedran - Apelação Cível n. 214.801-1 - Araçatuba - 20.09.94)

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Dano moral - Agulha de sutura deixada no interior do corpo de paciente - Nexo causal entre o dano e a atividade exercitada pelo profissional - Recurso não provido JTJ 234/125

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Mamoplastia - Admissibilidade - Artigos 159, 948 e 1.538 do Código Civil - Comprovada a imperícia do cirurgião - Culpa do réu que decorre da não observância à flacidez da pele da autora - Cirurgia que devia prever o resultado indesejado da deformação - Cirurgia embelezadora que recai em obrigação de resultado - Recurso não provido A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta. (Relator: Accioli Freire - Apelação Cível n. 233.608-2 - Campinas - 09.06.94)