

**MARCOS ANTONIO DA CUNHA ARAUJO**

**A PROVA DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

**Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão de Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.**

**Orientador: Prof. Elimar Szaniawski.**

**CURITIBA  
2002**

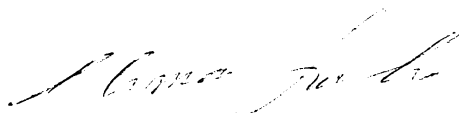
## TERMO DE APROVAÇÃO

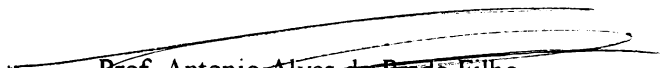
**MARCOS ANTONIO DA CUNHA ARAUJO**

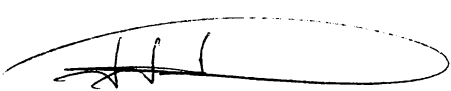
### **A PROVA DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

  
Prof. Elimar Szaniawski  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

  
~~Prof. Antonio Alves do Prado Filho~~  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

  
Prof. Eroulths Cortiano Junior  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 19 de novembro de 2002

*“O médico, como qualquer outra pessoa que tenha que lidar com seres humanos, cada um deles único, não pode ser um cientista. Ou é, como o cirurgião, um artesão ou, como o clínico e o psicólogo, um artista. Isso quer dizer que, para ser um bom médico, um homem deve ter também bom caráter, isto é, sejam quais forem suas fraquezas, deve amar seu próximo e desejar seu bem antes que o dele próprio”.*

W.H.Auden

Dedico este trabalho à minha amada esposa, Angelita, que sempre me incentivou e me apoiou nas horas mais difíceis, sendo amiga, conselheira e companheira incondicional.

Agradeço ao Prof. Elimar Szaniawski pela dedicação dispendida na orientação deste trabalho, bem como, pela forma simples e humilde de partilhar seu notável conhecimento jurídico.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vii</b>
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2 CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....</b>	<b>4</b>
2.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	4
2.2 DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE MÉDICO E PACIENTE.....	6
2.2.1 Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	7
2.2.2 Das Obrigações de Meio e de Resultado.....	11
2.3 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA.....	14
2.4 A CULPA COMO ELEMENTO FUNDANTE DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	18
2.4.1 Conceito de Culpa.....	19
2.4.2 Classificação da Culpa.....	22
2.4.3 A Culpa Médica.....	26
<b>3 CAPÍTULO II – A PROVA DA CULPA MÉDICA.....</b>	<b>32</b>
3.1 CONCEITO DE PROVA E SUA FINALIDADE.....	32
3.2 O OBJETO DA PROVA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	33
3.3 OS MEIOS DE PROVA.....	36
3.4 OS MEIOS PROBATÓRIOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA VALORAÇÃO.....	38
3.4.1 O Depoimento Pessoal e sua Valoração.....	40
3.4.2 A Prova Documental e sua Valoração.....	41
3.4.3 A Prova Testemunhal e sua Valoração.....	42
3.4.4 A Prova Pericial e sua Valoração.....	44
3.4.5 As Provas Diretas e Indiretas.....	46
<b>4 CAPÍTULO III – O ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO.....</b>	<b>50</b>
4.1 O ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	51
4.2 A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA.....	52
4.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	59
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## RESUMO

A responsabilidade civil do médico assume especial destaque na doutrina jurídica em virtude dos valores que ela disciplina, sejam eles do âmbito da atividade médica profissional ou da seara jurídica no que toca à reparação de danos produzidas pela mesma atividade. O profissional médico, como todos os demais, deve sempre agir com prudência e cuidado, evitando produzir danos aos seus pacientes. É a regra social do *non leadere*. Contudo, a complexidade da referida profissão não permite a possibilidade de afastar os riscos inerentes à saúde humana, cabendo, portanto, à sociedade e, por conseguinte, ao direito, discernir entre uma conduta lesiva e conduta prudente e profissional, vez que em ambas podemos encontrar dano, o qual muitas vezes é decorrente da própria patologia. E, como forma de proteger a atividade médica de demandas infundadas, a legislação pátria adotou a responsabilidade subjetiva, através da qual deverá haver a ocorrência da culpa do profissional médico, como elemento fundamental para a responsabilização patrimonial deste. Em contrapartida, ao garantir uma maior autonomia e liberdade de atuação da atividade médica, podemos observar que criou-se um ônus probatório muito pesado para a vítima de dano decorrente da mesma atividade.

Assim, percebe-se que ao proteger o médico, optou-se por generalizar a responsabilização, mediante a prova da culpa, situação esta que provoca inúmeras injustiças, vez que a prova da culpa está em grande parte restrita aos médicos e hospitais, tais como documentos médicos, relatórios, prontuários, exames, entre outros, bem como os atos lesivos são sempre praticados em locais isolados, longe dos olhos dos familiares e demais testemunhas, de forma que a prova da culpa resta muito dificultada, mormente quando existe um corporativismo entre os médicos e a equipe de auxiliares que vem macular a prova pericial e testemunhal produzida pelo lesado.

Diante disso, mobilizou-se a doutrina e a jurisprudência no sentido de minorar o encargo processual imposto ao paciente, criando uma postura mais flexível de valoração da prova, inclusive adotando teorias que incumbem ao demandado participar ativamente da instrução, bem como a própria inversão do ônus da prova, vez que o médico tem melhores condições de demonstrar que agiu com diligência na sua atividade, ou seja, sem culpa.

Neste contexto, a culpa médica assume importante destaque, pois ela conseguiu combinar a liberdade de atuação do médico prudente e, ao mesmo tempo, deu ao paciente a possibilidade de reparar os danos que eventualmente tenha sofrido, cabendo, portanto, ao direito, equilibrar os encargos probatórios das partes no processo, visando uma justa pacificação da lide.

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade médica, diante da sua incontestável importância, conquistou uma posição de destaque na sociedade, sendo por muito tempo considerada como uma função sagrada, superior e incontestável, cujos danos dela decorrentes, eram a manifestação da vontade divina ou consequência do estado patológico do doente, estando o profissional sempre isento de responsabilidade. Contudo, com a racionalização da sociedade, a elevação do nível educacional e uma maior acessibilidade à justiça, houve uma mudança na conduta dos pacientes e familiares, de forma a contestar e fiscalizar a atuação do médico.

A ocorrência de erros médicos grosseiros, acompanhada da tecnologia da informação e do avanço tecnológico da ciência médica, reduziu a aceitação de danos médicos antes reconhecidos como normais e, que agora acabam gerando disputas judiciais que se perdem na busca da prova da culpa do médico.

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, tal situação se agravou, vez que houve uma efetiva proteção do consumidor, principalmente no que toca a sua hipossuficiência no processo, de forma que começou a ser quebrada aquela aura de proteção que sempre existiu em torno da atividade médica.

Contudo, apesar das inovações processuais, não ficou estampado, ainda, um equilíbrio entre o paciente e o profissional médico, eis que continua prevalecendo a necessidade de demonstração da culpa do profissional, a qual já foi abolida em algumas áreas da responsabilidade, por não conseguir dar respostas justas às mais diversas situações da vida moderna, sendo substituída pela presunção da culpa ou pela teoria objetiva, que se baseia no risco da atividade exercida.

Diante da necessidade de autonomia e liberdade para a plena atuação da atividade médica, bem como pela impossibilidade de adoção da teoria objetiva, haja visto que a Medicina é uma ciência não exata e em constante evolução, de forma que não tem condições de assumir os riscos de sua atividade, elegeu-se a responsabilidade

subjetiva do médico. A inexatidão da ciência médica, muitas vezes, esconde uma série de erros profissionais que poderiam ser evitados com a adoção de uma conduta diligente e cuidadosa, situação esta, que quase sempre dificulta a prova da vítima do dano.

O paciente, vítima de algum dano médico, assume diante de tais circunstâncias, o encargo de provar a culpa do facultativo, em qualquer uma das suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia), ônus que muitas vezes não consegue se desincumbir, haja vista a dificuldade da prova, seu desconhecimento técnico, a dificuldade de acesso aos documentos médicos e um inegável corporativismo que insiste em ocultar o erro profissional.

Assim, considerando a dificuldade de provar a culpa do médico (ônus do autor), a doutrina e a jurisprudência tem buscado soluções para equilibrar a relação processual sem, contudo, atingir de forma direta a livre atuação da Medicina. O equilíbrio processual das partes no processo tem sido buscado com estudos no que tange à distribuição do ônus probatório, medida esta já expressada pela teoria da carga dinâmica da prova e na correta interpretação do Código de Defesa do Consumidor, que permite a inversão do ônus probatório, nas condições legais.

O presente trabalho visando demonstrar a matéria da prova da culpa na responsabilidade médica dividiu-se em três capítulos. No primeiro, buscou-se uma exposição dos princípios básicos da responsabilidade civil médica, enfocando principalmente a culpa em suas mais diversas modalidades.

No capítulo seguinte, abordamos a prova da culpa perante o Código de Processo Civil, extraindo conceitos essenciais, os objetos da prova e os meios probatórios disponíveis para a aferição da culpa do profissional, bem como, dando enfoque para a tendência da jurisprudência e da doutrina na apreciação e valoração das provas indiretas, mormente quando concatenadas com as demais provas dos autos.

Por fim, a questão essencial do trabalho foi tratada no capítulo final, no qual foi exposta a distribuição do ônus da prova e sua aplicação na responsabilidade

médica. Fez-se uma breve exposição da teoria da carga dinâmica da prova, adotada em países vizinhos, inclusive com reflexos na doutrina e jurisprudência nacional, culminando com a análise do Código de Defesa do Consumidor e a possibilidade de inversão do ônus probatório em favor do demandante.

## **2 CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

### **2.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

A responsabilidade civil estabelece, em nosso país, via de regra, que aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo por estes prejuízos e, assim também a responsabilidade civil do médico advém desta disposição existente em nosso ordenamento jurídico. Deve, pois, ser indenizado todo aquele que, efetivamente, tenha sofrido um dano, de ordem material ou imaterial, cuja origem esteja num tratamento médico mal sucedido.

O assunto é extremamente interessante pela desmistificação da profissão médica que sempre foi vista como uma atividade superior e incontestável, revestida muitas vezes de caráter religioso e mágico. Durante muitos séculos, o médico atuou com um imperativo divino que decidia sobre a vida e a morte, retirando daquele qualquer responsabilidade sobre seus atos. As conseqüências eram sempre vontade de Deus.

Nesse contexto, não caberia indagar de responsabilidade civil do médico, pois este apenas atuava dentro de seus conhecimentos, mas, o resultado era sempre dependente da vontade divina. Já, no início do século XX, com a racionalização da sociedade, o médico passa a ser o amigo da família, o profissional de confiança, cujo título lhe garantia atividades médicas e de aconselhamento e que por este caráter reprimia qualquer possibilidade de dúvida sobre sua atuação. Segundo REALE “o ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico)”<sup>1</sup>.

Era uma época em que o acesso à Medicina era muito difícil e restrita às classes mais abastadas. Os poucos profissionais eram insuficientes para atender toda

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Código de Ética Médica*, RT 503/47.

demanda, dificultando, assim, a pesquisa científica e o avanço da arte médica. Ainda era possível vislumbrar o caráter de onisciência do profissional médico, agora não mais pelo aspecto divino, mas pela dificuldade de acesso à tais serviços.

Contudo, com o avanço da tecnologia e o início da era da informação, tivemos um aumento do nível educacional da sociedade, contribuindo, sensivelmente, para o maior esclarecimento da comunidade quanto à arte médica. As escolas de Medicina se massificaram e o número de profissionais aumentou em progressão geométrica nas últimas décadas, facilitando o acesso ao serviço médico, bem como a possibilidade de escolher o profissional e discutir a melhor conduta para o caso clínico encontrado.

A própria relação médico-paciente mudou, assim como a denominação dos sujeitos da relação, passando para usuário e prestador de serviços, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

A sociedade atualmente regida pelo Estado Democrático de Direito proporciona aos seus cidadãos uma idéia mais clara de seus direitos, auxiliada pela ampla divulgação nos jornais, revistas, noticiários e outros meios de comunicação que participam ativamente dessa educação para o exercício da cidadania, bem como, em algumas situações, aproveitam do infortúnio de determinados procedimentos médicos para passar uma imagem distorcida desta classe profissional.

Tal fato reflete diretamente um aumento de demandas contra médicos que supostamente tenham produzido algum dano a seus pacientes. Inexistindo qualquer espécie de impedimento moral contra o referido ato, eis que a relação médico-paciente sofreu uma despersonalização, na qual, muitas vezes, o cliente não sabe nem o nome do profissional, tamanha é a distância entre eles, fator este, que também contribuiu para o atual panorama da responsabilidade civil médica.

Por outro lado, o fantástico desenvolvimento da ciência determinou o aumento dos recursos postos à disposição do profissional e, com eles, cresceram as oportunidades de ação e, conseqüentemente, os riscos. Os mais modernos exames por imagem e laboratoriais facilitam o diagnóstico e a antecipação do procedimento,

garantindo mais chances ao paciente e diminuindo a aceitação de erros de diagnósticos. Desta forma, as expectativas do doente se ampliaram, juntamente com o acesso aos serviços médicos públicos, garantidos pela seguridade social.

De um modo geral, percebemos que a responsabilidade civil do médico, apesar das suas peculiaridades, não difere em muito das demais espécies de responsabilidade profissional, mergulhando nas searas da natureza da responsabilização, dano, nexos causal e conduta culposa, sendo que nesta última temos a pérola de nosso trabalho, haja vista a dificuldade de prová-la, ônus do qual muitas vezes a parte autora (vítima) não se desincumbe, restando a incerteza e o conseqüente improvimento do pedido de reparação do dano.

Assim, antes de tratarmos da prova da culpa propriamente dita, trabalharemos alguns conceitos jurídicos básicos imprescindíveis à caracterização de uma conduta médica culposa, ensejadora de reparação patrimonial ante a produção de danos de ordem material ou moral.

## 2.2 DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE O MÉDICO E O PACIENTE

A relação médico-paciente é, via de regra, formada a partir de um contrato médico em que se define o complexo de direitos e obrigações que surgem entre estes. O contrato pode ser celebrado de forma expressa ou tácita, direta ou indiretamente, exigindo-se, para a sua validade, todos os pressupostos legais necessários. Contudo, a relação médico-paciente pode também ter natureza extracontratual, haja vista a forma como se deu o ato médico, por exemplo o atendimento de emergência fora de ambiente hospitalar ou ambulatorial.

Todavia, somente a produção de dano é que caracterizará a natureza da responsabilidade civil do médico. Podendo este, ser contratual ou extracontratual, eis que a formação do vínculo entre o paciente e o médico pode ser contratual, mas a

responsabilidade do profissional pode ser considerada delitual, em virtude do dano ter sido produzido por ato que extrapolou o contratado previamente ou sem o prévio consentimento pessoal ou familiar, situação que só será definida na análise do caso concreto.

De um modo geral, a formação deste vínculo é de suma importância para se determinar a extensão dos direitos e deveres de cada parte da relação, bem como da existência ou não de relação de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, nos casos de busca de reparação no Judiciário, distribuir o ônus probatório da culpa médica, matéria que teremos oportunidade de analisar no decorrer deste trabalho.

### 2.2.1 Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Muito já foi debatido acerca da natureza jurídica da atividade médica, variando ora na responsabilidade extracontratual, ora na responsabilidade contratual. Tal fato se deve à circunstância do Código Civil<sup>2</sup> prever a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, sendo que nem o Novo Código Civil<sup>3</sup>, a vigorar, resolveu tal situação, deixando a questão do dano médico nos atos ilícitos, sem previsão específica. Contudo, na doutrina e na jurisprudência, não há dúvida quanto ao caráter contratual da responsabilidade médica, exceção feita apenas em algumas situações, conforme a formação do vínculo médico-paciente.

Como é sabido, no campo das obrigações vige o princípio da autonomia da vontade, a partir do qual os contratantes, antes de estabelecerem um negócio jurídico,

---

<sup>2</sup> TÍTULO II – Dos Atos Ilícitos - Artigo 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

<sup>3</sup> TÍTULO III - Dos Atos Ilícitos - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

manifestam livremente a vontade de aceitá-lo ou não, de acordo com as suas conveniências e expectativas. Os contratantes têm a faculdade de escolher com quem e quando contratar, bem como, a de poderem estipular o conteúdo da avença, acertando as cláusulas contratuais da forma que melhor lhes apraz, salvo casos especiais, como os dos chamados contratos de adesão, e respeitando-se sempre os preceitos de ordem pública.

No mesmo sentido, de acordo com AGUIAR JÚNIOR, a responsabilidade médica pode ser contratual, quando estabelecida livremente entre médico e paciente, a maioria das vezes de forma tácita, compreendendo relações restritas ao âmbito da medicina privada, das quais o profissional é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente<sup>4</sup>.

Por outro lado, a existência de tais liberdades na manifestação da vontade e a conseqüente fixação do pacto não implica na mesma facilidade para desconstituição e liberação das partes às imposições do mesmo, eis que vige o princípio da obrigatoriedade das convenções, também conhecido como *pacta sunt servanda*, o qual faz, do contrato, lei entre as partes, não havendo forma de se liberar unilateralmente do avençado.

Assim sendo, o inadimplemento contratual gera para o outro pactuante uma frustração de expectativa, ocasionando para o mesmo um dano, seja na esfera patrimonial, seja de ordem moral.

Presente a conduta violadora da obrigação preestabelecida, o dano e o nexos causal entre o fato e a ofensa, resta, ao que ocasionar o descumprimento da avença, a obrigação de indenizar, donde resulta a responsabilidade contratual, segundo prescreve o Código Civil vigente<sup>5</sup>.

Por outro lado, sendo o inadimplemento resultante de um evento estranho à vontade do devedor, não há que se cogitar, em regra, acerca da responsabilidade

---

<sup>4</sup> AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. p. 122.

<sup>5</sup> Artigo 1.056 – Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

daquele, pois conforme afirma GIOSTRI “O médico não poderá ser responsabilizado por dano ocorrido com seu paciente se, no curso de sua atuação profissional, configurar-se uma das excludentes da responsabilidade civil que, conseqüentemente, também diz respeito à responsabilidade médica, a saber: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiros, fato das coisas”<sup>6</sup>.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, deriva da existência de um fato lesivo à esfera jurídica de outrem, não pressupondo qualquer avença anterior entre ofensor e ofendido. É a responsabilidade oriunda do ilícito extracontratual, denominada também de “responsabilidade aquiliana”<sup>7</sup>.

Segundo GOMES, a responsabilidade extracontratual decorre de uma violação legal, ou seja, de um efeito lesivo a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, independentemente da existência de negócio jurídico entre lesado e lesante. Resulta, portanto, de um descumprimento da norma jurídica ou da infração ao dever jurídico geral de abstenção, atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém<sup>8</sup>.

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação indenizatória emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado do contrato. Já na responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que a ocorrência de um dano crie um vínculo obrigacional de reparação entre eles.

As hipóteses de responsabilidade extracontratual na atividade médica são muito limitadas, dado ao fato de a prestação de tais serviços se dar, via de regra, em ambiente hospitalar, donde se presume a formação de vínculo contratual, eis que houve a procura dos mesmos serviços. Contudo, há situações em que os serviços médicos são prestados sem o consentimento do paciente ou de algum responsável, hipótese em que

---

<sup>6</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica**, p.101-116.

<sup>7</sup> A designação “aquiliana” tem origem da tradição romana, pois a responsabilidade civil tinha origem na *Lex aquilia*.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

é possível a aplicação da responsabilidade extracontratual, quando advier algum dano ao paciente atendido. Ressalte-se que estas circunstâncias, geralmente, estão envoltas no dever de prestação de assistência ao necessitado, confirmando a natureza da extracontratualidade.

Assim, apesar do pacífico entendimento da natureza contratual da atividade médica, poderão ser encontradas situações em que o mais correto é a aplicação da responsabilidade extracontratual do médico, eis que não conseguiremos encontrar os caracteres básicos do contrato, tais como a bilateralidade, onerosidade, comutatividade, entre outros, como por exemplo, as situações de emergência em que o médico tem o dever de assistir ao paciente em meio à via pública, devido ao perigo de risco de vida deste.

AGUIAR JÚNIOR, acerca da responsabilidade médica extracontratual, conclui que<sup>9</sup>:

Será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos da saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados.

Neste raciocínio, apesar de serem limitadas as hipóteses de responsabilidade extracontratual na atividade médica, devido ao entendimento firmado na jurisprudência e na doutrina, é importante distinguir essas duas modalidades de responsabilidade, vez que esta caracterização definirá a distribuição da carga probatória. Porém, isto nem sempre é tão simples, já que há casos em que se envolvem, ao mesmo tempo, aspectos de natureza contratual e extracontratual.

O ônus da prova, na responsabilidade contratual, cabe ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, bastando apenas provar a existência do contrato, o fato do

---

<sup>9</sup> AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Op. cit., p. 122.

inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, restando ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele.

Em contrapartida, na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus.

Apesar das distinções já demonstradas, é preciso ter em mente que nem todas as obrigações contratuais são iguais, cabendo particularidades específicas para cada uma, o que levou a doutrina a distinguir a responsabilidade contratual em obrigações de meio e de resultado.

### 2.2.2 Das Obrigações de Meio e de Resultado

Analisando o entendimento doutrinário sobre a consideração da atividade médica como contratual, logo poderíamos pensar que houve uma tentativa de proteger as vítimas do ônus de provar a culpa, as quais teriam apenas a simples obrigação de demonstrar a inexecução do contrato. Contudo, não é bem essa a idéia, eis que o inadimplemento não presume a culpa, e o encargo de provar dependerá da natureza do contrato firmado que pode ser de meios ou de resultado.

Segundo AGUIAR DIAS, obrigação de meios consiste na atuação diligente do profissional, utilizando-se de todos os recursos disponíveis no atual estado de evolução da ciência visando atingir um resultado, mas, sem assegurar a cura<sup>10</sup>. Esta é a finalidade primária dos préstimos, mas não o objetivo jurídico da relação contratual. O médico deve olvidar todos os esforços possíveis para alcançar a recuperação e satisfação do paciente, mas o resultado deste trabalho não pode ser garantido, pois

---

<sup>10</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, p. 297.

cada paciente apresenta uma determinada reação fisiológico-orgânica a um tratamento, fato este que o médico não pode prever, mas apenas remediar.

É a obrigação de meios que dá ao médico liberdade para exercer sua profissão, vez que a ciência biológica apresenta resultados diferentes para uma mesma situação, ou seja, um mesmo tratamento, em diferentes pacientes, pode tanto curar quanto piorar uma mesma doença. Ademais, não podemos esquecer que muitas doenças ainda não têm cura, como a AIDS e o câncer, de forma que o médico não pode ser incumbido desta difícil tarefa. Cabe a ele apenas amenizar a dor e o sofrimento do enfermo, haja visto que a ciência atual não lhe proporcionou os meios necessários para alcançar o desiderato de curar tais doenças.

Na verdade, não pode ser exigido do médico mais do que ele pode oferecer com sua atuação. Embora, sua conduta deva ser irrepreensível e zelosa, mantendo-se dentro dos parâmetros técnicos indicados para aquela situação.

Quanto à obrigação de resultado, o profissional obriga-se a atingir um determinado fim, o que interessa é o adimplemento da avença, não bastando o esforço e a vontade de atingi-lo. Nessa espécie de avença, importa o resultado final, sem olhos para os meios aplicados para alcançar o desiderato a que se propôs o médico na formação do vínculo<sup>11</sup>.

Sendo assim, somente em determinadas situações poderá a obrigação médica ser considerada de resultado, como é o caso da cirurgia estética, em que o médico se compromete a realizar determinada mudança no corpo do paciente, portanto, prometendo um determinado resultado, sendo que sem tal promessa o contrato não teria sido firmado, pela própria natureza do serviço que visa um embelezamento e não uma cura.

Esta distinção da obrigação de meio e de resultado, conforme afirma GIOSTRI, é importante pois permite determinar quem tem o ônus da prova. Se for

---

<sup>11</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**, p. 55.

obrigação de meios, o ônus pertence ao paciente. Caso seja obrigação de resultado, vai ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo o mesmo ao médico<sup>12</sup>.

Neste sentido, para SERPA LOPES<sup>13</sup>, não importa a natureza do contrato que vincula o profissional e o seu cliente, bem como não é relevante se trata de responsabilidade contratual ou extracontratual, vez que se enquadrando como uma obrigação de meios, ao prejudicado é que incumbe o ônus probatório da infringência dessas obrigações.

Desta forma, quando se tratar de obrigações de meio o ônus da prova cabe ao que acusa (o que é a regra geral em nosso ordenamento jurídico). Já, numa obrigação de resultado, se o médico não atinge o resultado pré-determinado presume-se que o contratado agiu com culpa. Há uma presunção de culpa, que poderá ser quebrada pela prova de fato fortuito, força maior e demais excludentes já citadas. Nas situações em que se tratar de obrigações de resultado, devido à presunção de culpa, há inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado provar a inverdade do que lhe é imputado.

A classificação das obrigações de meio e de resultado implica numa distinção quanto à distribuição do ônus probatório, o qual concentrar-se-á em torno da culpa médica, seja por parte do paciente, que procurará demonstrar sua ocorrência, seja por parte do médico, que pautará pela demonstração de sua ausência, o que será discutido em capítulo distinto.

Vale ressaltar que, após analisadas as hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual, bem como das distinções entre obrigações de meio e de resultado, não podemos desconsiderar a importância da “culpa” como elemento definidor da responsabilidade médica, haja visto tratar-se de uma atividade regulada, via de regra, pela demonstração da culpa.

---

<sup>12</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Op. cit., p.102-105

<sup>13</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**, p. 122

### 2.3 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

No presente trabalho, a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva assume papel importante, pois baseia-se unicamente no elemento “culpa”.

A responsabilidade subjetiva é aquela dependente do comportamento do sujeito, tendo por fundamento a ação ou omissão culposa do agente, vale dizer, não basta, para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexos causal, sendo necessária também a comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo ou culpa.

Essa espécie é dita subjetiva porque está firmada na convicção de que está presente, no caso concreto, a ligação psíquica do agente com o resultado danoso, de modo que este quer efetivamente produzir o dano, ou no mínimo aceita o risco de produzi-lo a partir da conduta assumida. Vale lembrar, também, da concepção clássica de culpa nas modalidades de imprudência, negligência e imperícia, em que o lesante tem a consciência do dano mas não o deseja, é um infortúnio decorrente de um comportamento ilícito, espécies estas que serão tratadas oportunamente<sup>14</sup>.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, prescinde da culpa, cabendo à vítima apenas a prova do dano e o liame causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida. Os estudos sobre tal espécie de responsabilidade tomaram impulso na segunda metade do século XIX, a partir da constatação da insuficiência da disciplina da responsabilidade subjetiva, face o advento de determinadas atividades de risco, como os acidentes de trabalhos ocorridos nas indústrias, que deixavam as vítimas de lesões, em boa parte dos casos, levados a juízo, sem a devida reparação.

Desta forma, o Direito, em determinadas situações, passou a admitir a reparação do dano patrimonial a partir da ocorrência da lesão e do nexos causal, desconsiderando o fator anímico que impeliu o agente na prática do ato lesivo, ou seja, sem perquirir da culpa do agente. Assim, para aquelas situações específicas, definidas

---

<sup>14</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. Cit., p. 15.

em lei, o elemento culpa passou a ser dispensável para a determinação da reparação dos danos.

Os fundadores da doutrina da responsabilidade sem culpa enfatizam a necessidade de aferir os fatores objetivos dos atos ou fatos nocivos, baseando-se no reconhecimento da superioridade do risco sobre a parte volitiva. Deste modo, a conduta que produzisse lesões ensejaria a sua reparação pelo fato de que a própria natureza do episódio, assim, exige ou permite, avaliando a questão sob o prisma do evento danoso e não da averiguação da culpa.

A responsabilidade objetiva não adota o liame subjetivo como o verdadeiro fator de nascimento da obrigação de indenizar, pois só a existência do dano já é suficiente para gerar tal ônus. Tal situação, porém, não pode ser adotada de forma ampla, sob pena de criar o caos social, sendo restrita apenas para circunstâncias em que a demonstração do elemento subjetivo se torna muito difícil.

Desta forma, foi a dificuldade de comprovação ou demonstração do elemento causal que levou a criação desta teoria, de maneira que a responsabilidade subjetiva não pôde dar respostas a todas as situações fáticas, deixando ao desabrigo da legislação a reparação de certos eventos danosos.

Neste sentido, de acordo com STOCO, no que se refere à responsabilidade objetiva<sup>15</sup>:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

Neste diapasão, podemos afirmar que na responsabilidade objetiva devem estar presentes o dano e nexos de causalidade entre o ato e o resultado danoso, sem a

---

<sup>15</sup> STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência.**, p. 62.

necessidade de se falar em culpa para que fique caracterizada a necessidade de indenizar o lesado pelos prejuízos, de qualquer ordem, que porventura tenha sofrido.

A legislação brasileira acabou por receber, em situações especiais a responsabilidade objetiva, quais sejam as regras que tratam dos acidentes do trabalho (Decreto 3.724 de 15 de janeiro de 1919 e seguintes, que também regulam a mesma matéria), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei. nº 7565/86), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/91), o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912 que regula a responsabilidade das estradas de ferros, dentre outras.

Quanto à responsabilidade médica, a doutrina e a jurisprudência brasileira são unânimes em estabelecer que a atividade é regida pela responsabilidade subjetiva, conforme se depreende do artigo 159 do Código Civil. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nos artigos. 1518 a 1532, 1537 a 1553 e 1545 do mesmo Estatuto Civil, ambos artigos aplicáveis no que tange à atividade médica.

Ao arremate, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu expressamente, como exceção, no parágrafo 4º do seu artigo 14 que a responsabilidade dos profissionais liberais é de natureza subjetiva<sup>16</sup>.

Dessa forma, os casos de responsabilidade objetiva do médico não existem, pois, mesmo tratando-se de cirurgião plástico, em situação de cirurgia estética, não haveria que se falar em responsabilidade sem culpa, mas sim em uma obrigação de resultado, que implica numa presunção de culpa, devendo o médico, se for o caso, fazer prova em contrário. Ou seja, cabe ao médico em juízo provar que não agiu com imprudência ou negligência ou imperícia (até mesmo dolo), havendo uma inversão do ônus de provar<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

<sup>17</sup> SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil do Médico**. In: Jus Navigandi, n. 54. [Internet] <http://www1.jus.com.br>.

Por outro lado, não podemos esquecer a polêmica classificação da natureza jurídica da responsabilidade médica, conforme já vimos anteriormente, eis que o Código Civil a considerou extracontratual, enquanto que, a doutrina da jurisprudência não vacila quanto à natureza contratual.

Tal circunstância, cria uma situação muito peculiar no campo da responsabilidade civil, vez que, apesar de tratar-se de uma atividade regulada por um negócio jurídico, vigoram as regras da responsabilidade aquiliana, baseada na culpa, conforme prescreve o Código Civil, confirmado pelo Código de Defesa do Consumidor que, ainda que tenha trazido a idéia de relação contratual, por outro lado, confirmou a aferição da responsabilidade do médico mediante a verificação da culpa.

Em tese, ao tratar-se de uma responsabilidade contratual ter-se-ia de demonstrar o inadimplemento contratual e a ocorrência do dano, sendo que a culpa é presumida, haja visto o descumprimento do acordo de vontades das partes contratantes. Contudo, ao tratar de um contrato médico, não ocorre a presunção da culpa em relação ao cumprimento do contrato, vez que se trata de uma obrigação de meios, a qual é adimplida pela conduta diligente do profissional, independente de alcançar o resultado esperado, conforme já explanado acima.

Assim, não obstante o caráter contratual da responsabilidade médica, exceto para aquelas hipótese de responsabilidade extracontratual, já citadas, a culpa do médico deverá ser devidamente provada, ou seja, somente haverá o inadimplemento contratual se ficar demonstrada a culpa do profissional, eis que se trata de uma obrigação de meio e não de resultado, situação que, na prática, aproxima-se em muito da responsabilidade extracontratual subjetiva, contudo sem se confundir com esta, pois que na responsabilidade médica poderemos encontrar as duas situações distintas, ou seja, haverá casos de responsabilidade contratual e extracontratual.

## 2.4 A CULPA COMO ELEMENTO FUNDANTE DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Analisando os conceitos sobre a responsabilidade médica até agora apresentados podemos afirmar que o médico e o paciente são, pois, sujeitos de uma relação jurídica – um contrato, ou ainda, sujeitos ligados em decorrência de um ato ilícito.

Independente da espécie de vínculo que liga o médico e o paciente, vigora, via de regra, a responsabilidade baseada na culpa do profissional, conforme opção adotada pelo legislador nacional.

Prescreve o artigo 1545 do Código Civil pátrio que “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 conteúdo normativo é claro quanto à obrigação de indenizar nos casos de danos decorrentes da atividade médica, contudo exige a demonstração da culpa (imprudência, negligência e imperícia) para configurar a responsabilização.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, parágrafo 4º, prescreve que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a aferição da culpa, confirmando que, existindo uma relação de consumo, ou seja um contrato, somente haverá responsabilização com a confirmação da culpa do profissional. Assim, é possível analisar a culpa sob o contexto global da responsabilidade médica, independente do vínculo entre o médico e o paciente, pois que ambos exigem a demonstração da culpa, em qualquer de suas modalidades.

A responsabilidade médica tem origem numa conduta (omissiva ou comissiva), elemento primário de todo ato ilícito, acompanhada de voluntariedade e produção de um resultado danoso. Essa conduta do agente será reprovada ou censurada, quando,

ante as circunstâncias do caso concreto, se pudesse exigir que agisse de forma diversa, como um *bonus pater familias*.

Assim, a ‘culpa’ assume o papel de qualificadora da responsabilidade médica. Não havendo culpa, não há que se falar em ato ilícito ou responsabilidade<sup>18</sup>.

A adoção dessa subjetividade para a responsabilização da atividade médica criou uma aura de proteção, pois como é bem sabido a prova da culpa apresenta-se como ônus muitas vezes não superado pela parte lesada, que na maior parte das vezes sucumbe em sua pretensão. Contudo, não há como admitir uma responsabilidade objetiva na atividade médica, vez que se trata de uma profissão marcada pelo risco, de forma que a adoção de tal conduta traria uma inibição e um limitador do referido labor, gerando em conseqüência um grave prejuízo para a sociedade.

MATIELO afirma que a simples admissão da teoria objetiva ou da presunção da culpa, como indicativas do dever de indenizar, implicaria num império da insegurança jurídica nas relações médicas, retirando do profissional a preocupação com o paciente para repassá-la para as formas de fugir de eventuais demandas<sup>19</sup>.

Dessa forma, apesar das constantes críticas à teoria subjetiva, na atividade médica vige o princípio da culpabilidade, de forma que é imprescindível a prova da culpa ou sua presunção nos termos da lei.

#### 4.1 Conceito de Culpa

A culpa em sentido amplo, segundo DINIZ, pode ser definida como a violação de um dever jurídico, imputável à alguém, em decorrência de fato intencional ou de

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil**. p. 36.

<sup>19</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. *op. cit.* p. 66.

omissão de diligência ou cautela. Engloba tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência, imperícia)<sup>20</sup>.

MATIELO afirma que o Código Civil usa o termo ‘culpa’ como forma de designar a vinculação do agente com o resultado lesivo por meio de uma conduta. Contudo, a expressão culpa é usada de forma genérica, abrangendo não só a culpa *strictu sensu* (imprudência, negligência e imperícia) como também o ‘dolo’, que representa a vontade de agir visando um resultado específico, demonstrando desta forma que inexistem distinções entre a culpa civil adotada pelos contratos em geral e aquela aplicada à responsabilidade civil dos médicos<sup>21</sup>.

Na visão de AGUIAR DIAS a culpa *latu sensu* “se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente”<sup>22</sup>.

Assim sendo, podemos afirmar que a culpa em sentido amplo abrange toda a espécie de comportamento contrário ao Direito, como o dolo e a culpa em sentido estrito, nas modalidades de imprudência, negligência e imperícia.

O dolo é a vontade consciente dirigida à produção de um evento danoso, um ato ilícito. É uma infração consciente do dever jurídico preexistente. O agente tem a intenção de alcançar o resultado danoso. Desta forma, a conduta dolosa requer sempre a previsão e a consciência da ilicitude<sup>23</sup>.

Por sua vez, a culpa, em sentido estrito, é conceituada, pela maioria dos doutrinadores, frisando-se a posição de CAVALIERI FILHO, como “a conduta

---

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil.** p. 37.

<sup>21</sup> MATIELO, Fabricio Zamproga. op. cit. p. 67.

<sup>22</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.**, p.737.

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.**, p.37.

voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”<sup>24</sup>.

De acordo com conceito exposto, podemos dele retirar três elementos para a caracterização da culpa, quais sejam a conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; e por fim o dever de cuidado.

A conduta do agente se materializa, conforme já exposto, por uma ação ou omissão que deve ser voluntária, contudo o resultado produzido, isto é, o dano é involuntário, não desejado. Já a previsão é um elemento que deve ser medido pela conduta do homem médio, ou seja, toda a atividade humana pode se tornar perigosa, mas mesmo assim, o homem assume o risco de produzi-lo, é o caso da direção de um automóvel, eis que sua potencialidade lesiva é incontestável, porém ninguém deixa de utilizá-lo por este motivo.

A previsibilidade é o limite mínimo da culpa e sua ausência acarreta exclusão da culpa, pois ninguém pode responder por fato imprevisível que não deu causa<sup>25</sup>.

O dever de cuidado é a base da culpa em sentido estrito, vez que o homem em sociedade deve sempre pautar pela prudência, evitando danos ao patrimônio alheio, seja ele moral ou material. Diferentemente do dolo, a culpa não é vontade dirigida para o ato ilícito contratual ou extracontratual, mas, pelo contrário, torna-se ilícito por falta de dever de cuidado, diligência. É uma imprevisão daquilo podia ser previsto.

Assim, conclui-se que a culpa nasce lícita, mas por um desvio causal acaba por produzir uma ilicitude.

É a partir da noção de dever de cuidado que o Direito passou a regular e prevenir muitas atividades do homem em sociedade, haja visto o alto risco de produção de resultados danosos ao patrimônio alheio. É o caso da legislação de trânsito, que estabelece o limite de velocidade nas estradas, bem como a legislação trabalhista que

---

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op.cit., p.39.

<sup>25</sup> Como exemplos de ausência de previsibilidade, podemos citar a força maior e o caso fortuito, que são excludentes da responsabilidade civil.

reconhece a periculosidade e a insalubridade de determinadas atividades laborais, exigindo, também o uso de equipamentos especiais, entre outras.

Na atividade médica, a noção do dever de cuidado assume especial atenção, eis que a vida humana é o valor mais consagrado e protegido em nossa sociedade e, sendo assim, uma atividade que firma o compromisso de salvá-la deve estar cercada de um dever de cuidado exacerbado.

Neste aspecto, incumbe destacar que deve o médico agir com o máximo de prudência, pois seu erro pode ser fatal, e não haverá nunca reparação para a perda de uma vida humana. A diligência deve sempre ser o carro chefe da arte médica, pois quanto maior o grau de periculosidade da atividade, maior deverá ser o dever de cuidado do agente.

#### 4.2 Classificação da Culpa

A culpa pode ser encontrada em vários campos do Direito, assumindo diferentes papéis e valores de acordo com a situação concreta, de forma é imprescindível fazer uma breve distinção de suas modalidades e classificações:

##### a) culpa civil e culpa penal

KFOURI distingue, primeiramente, a culpa quanto aos seus efeitos, eis que um mesmo ato pode ter repercussões tanto na esfera cível quanto na penal, ou em ambas.

A culpa penal, como é cediço, deve estar enquadrada em um tipo penal, ou seja, a conduta do agente deve estar descrita na Lei Penal<sup>26</sup>.

Já a culpa civil não tem o mesmo rigor legal, pois haverá responsabilidade independente da conduta não estar expressamente prevista na Lei Civil.

---

<sup>26</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, p.82.

A ocorrência de ambas depende de uma conduta que discrepa dos deveres de cuidado imputados ao agente, a qual implica em um resultado danoso a outrem. Por outro lado, seus efeitos são diversos, pois a culpa penal implica numa cominação de pena, restrita ao agente, enquanto que na culpa civil temos uma reparação patrimonial do dano, que pode, inclusive, ser estendida à terceiros.

#### b) culpa contratual ou extracontratual

Analisando a natureza do dever violado pelo agente, a culpa pode ser classificada em contratual ou extracontratual. Segundo DINIZ, a distinção é feita a partir da origem da obrigação, ou seja, se o dano provém de contrato ou de um preceito geral de Direito<sup>27</sup>. Caso a origem do dever seja um negócio jurídico (contrato), a culpa será contratual, a qual não necessitará de prova por parte do lesado, bastando constituir em mora o agente, situação em que caberá a este demonstrar a inexistência de culpa. Existe uma presunção de culpa em relação ao devedor, nos casos de inadimplemento.

Na culpa extracontratual ou aquiliana, a mesma deverá ser provada pelo lesado, não sendo suficiente constituir em mora o devedor, pois este já está em mora de pleno direito.

STOCO afirma que “na culpa contratual há um dever positivo de adimplir a avença. Na Culpa aquiliana, é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e comprovado o comportamento antijurídico, evidenciar que ele repercutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico”<sup>28</sup>.

Debate-se a doutrina acerca da distinção entre as duas modalidades de culpa e seus efeitos, prevalecendo a idéia de unidade de culpa, eis que o fundamento de ambas é idêntico, qual seja a violação de um dever preexistente, bem como regulam-se pelos mesmos princípios, conduzindo a uma idéia de responsabilidade una.

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 38.

<sup>28</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 58.

CAIO MÁRIO adverte que não merece prosperar a distinção ontológica acerca da culpa contratual e aquiliana, eis que uma e outra só apresentam pontos diferenciados em relação à matéria de prova e seus efeitos, aspectos estes acidentais, reafirmando, assim, a idéia de unidade de culpa, citando, inclusive, para reforçar sua tese, a afirmação de Pontes de Miranda: “a culpa é a mesma para infração contratual ou delitual”<sup>29</sup>.

A posição da unicidade de culpa parece-nos a mais oportuna, pois, apesar das diferenças fundamentais na formação da obrigação, o conceito de culpa é único e, consistente na inobservância de um dever preexistente, de forma que tal classificação, na prática, apresenta suas diferenças tão somente no campo processual, qual seja a presunção de culpa contratual e o ônus da prova, que é invertido em consequência da própria presunção.

c) culpa grave, leve, levíssima

Quanto à gravidade, segundo DINIZ, a culpa poderá ser<sup>30</sup>:

- grave: quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens;

- leve: quando o dano puder ser evitado com atenção ordinária, ou adoção de diligências de um *bonus pater familias*;

- levíssima: quando a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular.

Tal distinção não apresenta grande importância para a responsabilização, de um modo em geral, eis que para fins de reparação do dano, a simples culpa levíssima obriga a indenização.

---

<sup>29</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, p. 245.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 38.

KFOURI afirma, com relação ao erro médico, que “a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). Em se tratando de vida humana, não há lugar para culpas pequenas”<sup>31</sup>.

Apesar do entendimento majoritário da doutrina acerca do assunto, a legislação brasileira faz menção ao critério da gravidade da culpa para determinadas situações, como é o caso do Código brasileiro de Aeronáutica, que equipara a culpa grave ao dolo<sup>32</sup>. O próprio Supremo Tribunal Federal emitiu a Súmula n. 229 fazendo menção a culpa grave nas indenizações acidentárias<sup>33</sup>.

Por fim, o Novo Código Civil trouxe uma inovação no que diz respeito à indenização de danos, autorizando o magistrado a decidir por ‘equidade’ baseando-se na gravidade da culpa e na extensão do dano, dando, portanto, uma determinada utilização para a aduzida classificação da culpa<sup>34</sup>.

#### d) culpa presumida

A prova da culpa, em muitos casos, é de extrema dificuldade, transformando-se numa barreira intransponível para o lesado, motivo pelo qual o Poder Judiciário têm examinado a prova da culpa com tolerância, extraindo-a, muitas vezes das próprias circunstâncias do caso concreto.

---

<sup>31</sup> KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.44.

<sup>32</sup> Artigo 247, 272, inciso I e 278, inciso I do Código Brasileiro de Aeronáutica.

<sup>33</sup> Súmula n. 229 do STF – “ A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

<sup>34</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Segundo MAGALHÃES, a presunção tem o condão de antecipar ou convencer da veracidade de fatos desconhecidos por meio de fatos conhecidos ou conexos. É uma busca da verdade jurídica através de fatos conhecidos (experiências)<sup>35</sup>.

A experiência deve ser entendida como a verdade provável, aquilo que geralmente costuma acontecer. É uma ficção jurídica, podendo ser enquadrada na idéia de probabilidade.

A presunção tem como função principal adequar o texto frio da lei à realidade fática. A lei, muitas vezes, cria uma situação de desequilíbrio nas relações jurídicas, cabendo aos operadores do direito adequar estas situações aos casos concretos, sendo a presunção um forte instrumento nessa missão, como por exemplo na dificuldade de prova da culpa na responsabilidade civil, entre outras.

Dessa forma, a culpa presumida trata-se de uma ficção jurídica aplicada a partir da experiência humana nas relações jurídicas. Não há prova da mesma, mas a situação concreta e a lei autorizam o seu reconhecimento em virtude das circunstâncias fáticas.

Havendo a presunção da culpa, automaticamente inverte-se o ônus da prova para o devedor ou réu, a quem caberá demonstrar a inexistência da mesma por meio de prova contrária à presunção, vez que trata-se de uma presunção *juris tantum*<sup>36</sup>.

### 4.3 A Culpa Médica

Apesar da atenção aqui dispensada, não cabe à atividade médica nenhuma regra especial quanto à culpa, tratando-se de uma culpa comum regida pelos mesmos princípios da responsabilidade civil.

---

<sup>35</sup> MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. p. 371. Verbetes “presunção”.

<sup>36</sup> Presunção *juris tantum* é aquela que admite prova em contrário. Ao lado desta temos a presunção *juris et de jure*, que se trata de uma idéia mais ampla de presunção, muito próxima do real, a qual não admite prova em contrário.

Os danos produzidos pela atividade médica, por tratar-se de uma profissão liberal, devem ser analisados, segundo a regra do artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, mediante a comprovação da culpa do facultativo.

O Código Civil, por não ter previsto expressamente a responsabilidade médica, remeteu dano médico à categoria dos atos ilícitos, conforme prescreve o artigo 159 e 1545, os quais fazem referência à noção de culpa *strictu sensu*, consistente em imprudência, negligência e imperícia<sup>37</sup>.

AGUIAR DIAS discorrendo sobre o tema, afirma que da culpa, caracterizada no art. 159 do Código Civil como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são, todas, formas desse elemento essencial: a falta de diligência, falta de prevenção, falta de cuidado.

Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustada as condições emergentes e às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade e solicitude de discernimento.

Já a imprudência consiste da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

A conclusão de AGUIAR DIAS é a de que a negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Artigo 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano; Artigo 1545 – 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.

<sup>38</sup> DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 120-121.

Para PÉREZ de LEAL, a imprudência consiste numa conduta culposa positiva, dotada de um atuar desmedido, apressado e irrefletido que provoca um resultado danoso por não terem sido tomadas as precauções exigidas pelo senso comum<sup>39</sup>.

Quanto à negligência, preleciona PÉREZ de LEAL que pode ser tanto uma conduta positiva incompleta (fazer menos do que se deve ou fazer menos do que as circunstâncias requerem que se façam), quanto uma omissão frente ao dever legal de atuar. Continua a autora, afirmando que a negligência “es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario em un acto jurídico o en un hecho humano”<sup>40</sup>.

Por outro lado, a autora define a imperícia como a falta de conhecimento técnico para o exercício ou prática de uma profissão ou arte.

Na mesma linha, KFOURI define a imprudência como uma culpa comissiva, um agir profissional eivado de precipitação, desprovido de cautela. Quanto à negligência afirma que seria uma inação, indolência, inércia, passividade, um ato omissivo. Por fim, define a imperícia como a falta de observância das normas, desconhecimentos técnicos da profissão, ou seja, um despreparo para atuar.

A partir destas posições podemos dizer que a *imprudência*, tem característica comissiva – é um ato precipitado, intempestivo, irrefletido – seria um agir sem a cautela necessária no caso; a *negligência*, por sua vez, tem característica omissiva – é um ato de omissão aos deveres que o caso exigir – seria uma abstenção do comportamento indicado para aquela situação – um não agir; a *imperícia*, se caracteriza por um agir sem conhecimentos técnicos suficientes ou com má aplicação dos conhecimentos que possuir – seria uma falta de maestria na profissão – é um agir incompetente, inábil.

Transportando tais noções para a atividade médica, podemos dizer que a imprudência é a forma mais comum de culpa médica, pois decorre da própria

---

<sup>39</sup> PEREZ DE LEAL, Rosana. **Responsabilidad Civil del Médico**, p. 45.

<sup>40</sup> PEREZ DE LEAL, Rosana. *Op. cit.*, p. 46.

supremacia da arte médica. A auto-suficiência conduz a um sentimento de poder ilimitado e, portanto, apartado das regras gerais de conduta.

Age com imprudência o médico que assume o risco de realizar uma cirurgia em tempo recorde, expondo o paciente a risco desnecessário. Da mesma forma, procede com imprudência o médico que adota procedimentos duvidosos ou não indicados para o quadro clínico em questão, assumindo o risco de agravar a doença do paciente, como por exemplo o cirurgião que resolve empreender técnica cirúrgica perigosa, sem comprovação da eficiência, abandonando o seguro método indicado para a situação.

De um modo geral, a imprudência médica vem dotada de um agir voluntário e consciente dos riscos ao paciente, donde se percebe que o médico faltou com o dever de cuidado, assumindo os riscos inerentes à sua atividade, os quais espera não ocorrer. Trata-se de uma deliberação positiva consciente, acerca do tratamento aplicado ao seu paciente, podendo ou não ocorrer um resultado danoso, ou seja, poderá haver imprudência sem a ocorrência de dano.

A negligência médica, por sua vez, caracteriza-se sempre que o facultativo deixar de observar um dever que a situação do paciente está a indicar como imprescindível para impedir a superveniência de resultado lesivo.

É negligente, o médico que deixa de pedir os exames complementares necessários para o diagnóstico correto, medicando sintomaticamente o paciente com pneumonia atípica, sobrevivendo a morte do mesmo. Da mesma forma, o médico que atende um paciente vítima de atropelamento, o qual adentra o hospital caminhando, sem lesão aparentes, deixando de requerer tomografia ou radiografia para verificar a presença de fraturas ou lesões cervicais ou cranianas, sobrevivendo hemorragia cerebral que produz a morte do paciente, situação que retira uma chance de vida do paciente.

Já a imperícia médica é a atuação desprovida de conhecimento técnico suficiente para a realização de um determinado ato médico. É a modalidade de culpa que deixa transparecer a falta de apuro técnico do profissional, o desacordo entre a

atuação prática e a recomendação teórica da arte médica. O médico imperito aplica mal as técnicas inerentes à medicina, ou seja, não significa que o médico desconhece totalmente o procedimento que procura adotar, mas aplica deficientemente os conhecimentos que possui, ou que deveria possuir.

Podemos afirmar como exemplo de imperícia médica a cirurgia de esterilização (vasectomia e laqueadura), que não foi suficiente para impedir a gravidez, por inabilidade do médico ao fazer a ligadura das trompas ou a obstrução dos canais seminíferos no homem. Também pode ser considerada imperícia a ato médico que produz o rompimento do hímen de mulher virgem quando do toque em exame preventivo de câncer em colo de útero.

Ao contrário, do que ocorre com a imprudência e a negligência, que requer uma conduta volitiva do agente médico, a imperícia não perquire sobre a postura psíquica do agente, pois a avaliação desta é objetiva, de forma que o ato praticado deverá ser confrontado com uma conduta média exigida para àquela mesma situação, donde se avalia a pertinência do ato médico no caso concreto.

Apesar da distinção apresentada, a culpa médica, independente de sua modalidade, deverá ter sua caracterização demonstrada pela instrução processual, para que se possa decretar a responsabilização do médico. A certeza de existência da culpa legitimará o julgador a emitir juízo condenatório visando a reparação dos danos da vítima e, apesar da gravidade da culpa não interferir na responsabilização, será útil para definir o *quantum* do dano a ser ressarcido.

Contudo, como já bem frisado, a responsabilidade subjetiva adotada para o dano médico traz consigo um ônus probatório quase que invencível, demonstrando um desequilíbrio na relação processual, pois é deveras difícil provar que a conduta médica deveria ser outra, quando não se tem a mínima noção de Medicina e seus mistérios.

Dessa forma, provar a culpa do médico torna-se uma das tarefas mais difíceis na lide, mormente porque a principal prova para demonstrá-la é pericial, a qual também é produzida por um outro médico (perito), situação que nos inculta a dúvida da

neutralidade desse auxiliar judicial, nos casos de erro médico, e da existência de um corporativismo da classe médica em evitar a constatação de uma falha profissional responsável por um dano ao paciente.

Por outro lado, não podemos esperar da arte médica uma certeza irrefutável, pois trata-se de uma ciência em constante evolução, e que não tem suas bases firmadas em modelos imutáveis e exatos, como a Matemática. A Medicina não pode ser enquadrada num regulamento, pois o médico precisa de autonomia para atuar, sendo que esta não será absoluta, mas restrita ao senso comum e aos ditames éticos e técnicos da dita profissão.

Na Medicina não existem regras prontas, nem métodos obrigatórios. Cada paciente possui uma história e uma reação particular, cabendo ao médico cumprir seu juramento hipocrático de esforçar-se para alcançar a cura e o alívio do doente.

Assim sendo, podemos afirmar que os limites da culpa médica residem na determinação da cautela adotada pelo facultativo em seu agir, dentro de um nível mínimo de cultura e de cuidado que se deve exigir do médico, tendo por base sempre a atual evolução da ciência médica.

Portanto, caberá ao julgador a dura tarefa de aferir todos os pormenores e detalhes do fato concreto a fim de verificar a existência da culpa médica, base sobre a qual repousa a responsabilidade civil do médico.

### 3 CAPÍTULO II – A PROVA DA CULPA MÉDICA

#### 3.1 CONCEITO DE PROVA E SUA FINALIDADE

A prova é o meio hábil para demonstrar a verdade dos fatos, segundo prescreve o artigo 332 do Código de Processo Civil ou, como conceitua a doutrina processualista, prova é o meio processual ou material considerado idôneo pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico<sup>41</sup>.

Neste sentido, é oportuno também lembrar que as Ordenações Filipinas trouxeram um conceito de prova, qual seja o de que “a prova é farol que deve guiar o juiz nas suas decisões (LIV. III, Título 63)”<sup>42</sup>.

Dessa forma, da noção conceitual da prova, pode-se concluir que esta, consiste naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (artigo 332 do Código de Processo Civil)<sup>43</sup>, como idôneos a convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência da atividade, principalmente, dos litigantes.

A prova existe porque seu objetivo principal é a busca da verdade, a mais próxima da realidade, pois “a verdade buscada, com a devida vênia de quem pensa em contrário, é a real”<sup>44</sup>, ou seja, se a finalidade do processo é a convicção em torno dos fatos sobre os quais se funda a ação e a defesa, deve-se sempre visar a justa

---

<sup>41</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, p. 755.

<sup>42</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p.347.

<sup>43</sup> Artigo 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

<sup>44</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. p. 199.

composição de um litígio, a qual só será alcançada quando se baseia na verdade real ou material<sup>45</sup>.

NERY JÚNIOR concorda que a verdade real dever ser buscada pelo processo, mas não é um fim em si mesma, sendo suficiente a verossimilhança, não se colocando a verdade como absolutamente essencial, exceção feita para os casos de ação rescisória (artigo 485, inciso VI e IX do Código de Processo Civil)<sup>46</sup>.

Tal posicionamento parece ser o mais acertado, vez que a busca da verdade real traria um ônus muito pesado aos autores, tornando o processo um instrumento de insegurança jurídica, vez que a maioria dos pedidos resultariam improvidos, haja vista a dificuldade probatória.

Portanto, as provas jamais poderão ser relegadas a segundo plano, pois são a base do convencimento do juiz, no processo, e é a partir delas que o direito será aplicado.

### 3.2 OBJETO DA PROVA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

O objeto da prova no processo são os fatos sobre os quais se funda a pretensão posta em juízo. Como bem frisado por THEODORO JÚNIOR “os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova”<sup>47</sup>.

Não resta dúvida que, a prova, regra geral, refere-se tão somente sobre fatos controvertidos, pertinentes e relevantes.

---

<sup>45</sup> PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 199. No sentido de que se deve buscar a verdade real, apesar de o Código de Processo Civil admitir a verdade formal, para o julgamento da causa, salvo em casos de direitos indisponíveis ou daqueles em que se exige prova legal.

<sup>46</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 756.

<sup>47</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 415.

Assim, os fatos, para serem objeto de prova, devem ser controvertidos, isto é, afirmados por uma parte e contestados especificamente por outra, pois se forem incontrovertidos, confessados ou admitidos por ambas as partes, independem de prova.

Pertinentes à causa, devem ser os fatos, para justificar sua prova, pois caso contrário, desinteressam à apreciação da lide. Da mesma forma, devem ser relevantes, ou seja, importantes para o desfecho decisório, pois, ainda que pertençam à causa, podem não influenciar a solução do litígio<sup>48</sup>.

No campo da responsabilidade médica, o objeto da prova, como já bem frisado, reside na culpa médica, ou seja, nos fatos que indicam a existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades (negligência, imprudência e imperícia), o dano, que é o resultado lesivo a ser reparado, e o nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano.

Serão, igualmente, objeto de prova os fatos impeditivos, modificativos, e extintivos do autor e todos os outros que tiverem o condão de afastar ou mitigar, de qualquer forma, a responsabilidade profissional, como por exemplo, a culpa exclusiva da vítima (paciente), o fato fortuito, etc.

Como se vê, nem todos os fatos constituem objeto de prova, no processo. Não dependem de prova e, portanto, não é necessário fazer prova dos fatos notórios; aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; aqueles admitidos como incontrovertidos; e aqueles em cujo favor milita presunção de existência ou de veracidade, conforme prescreve o artigo 334 do Código de Processo Civil.

Sob outra ótica, também se dispensa a prova dos fatos irrelevantes para a decisão final. É que, como adverte a doutrina processualista, há fatos que apesar de pertinentes à causa, não são capazes de influir na decisão final<sup>49</sup>. A produção de tal prova seria prejudicial à celeridade do processo.

---

<sup>48</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al. Op. cit., p.348.

<sup>49</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al. Op. cit., p.348.

O problema dos fatos que se supõem irrelevantes ou inconcludentes, no campo de responsabilidade médica, é que, muitas vezes, para chegar à certeza de que determinada circunstância fática não tem influência direta ou indireta na solução da demanda, não tendo relevância para o deslinde decisório, há necessidade de se possuir, previamente, alguns conhecimentos técnicos, habilidades estas que não são inerentes ao jurista, salvo raras exceções.

A tendência, contudo, é a de que somente com os conhecimentos trazidos pelas provas informadoras de conhecimentos técnicos (perícia, informes de testemunhas especializadas, literatura científica, etc.) é que se pode saber da relevância ou irrelevância de certos fatos para a solução da causa, prudência esta que é de particular importância neste campo processual, cuja finalidade é justamente permitir a precisa aplicação do Direito ao caso concreto, por meio do processo, fornecendo informações técnicas das diversas áreas do domínio intelectual humano.

Por fim, não são objeto de prova as circunstâncias fáticas legalmente presumidas, segundo prescreve a regra do inciso IV do artigo 334 do Código de Processo Civil.

Conforme já explanado, há circunstâncias em que o Direito presume a existência ou a veracidade de determinados fatos. Provado um detalhe fático, o ordenamento jurídico reputa certa uma conseqüência ou outra minúcia circunstancial, a qual independe de prova. Neste particular, não há necessidade de se provar o fato que pelo Direito é presumido.

Contudo, há que se distinguir as presunções relativas, também chamadas presunções *juris tantum*, das presunções absolutas, também chamadas *juris et de jure*.

PONTES DE MIRANDA, acerca da presunção, afirma que:

A presunção ‘*iuris et de iuri*’ é irrefragável, nenhuma prova contrária se admite, quando, em vez disso, a presunção for ‘*iuris tantum*’, cabe prova em contrário. A presunção legal, presunção ‘*iure et de iuri*’, é inatacável: nenhuma prova em contrário é admitida, inclusive a

notoriedade do fato; a presunção ‘iure et iuri’, ao ser legislativamente elaborada, exauriu todo o elemento probatório<sup>50</sup>.

Assim sendo, perquirida a responsabilidade civil de um hospital, fornecedor de serviços (que não é, obviamente, profissional liberal), no exercício de sua atividade consumerista, portanto, com base no Código de Defesa do Consumidor, não se admite prova quanto à existência de culpa na prestação de seus serviços por meio de seus agentes, pois esta é absolutamente presumida.

Sob outro prisma, não se pode olvidar da questão da presunção da culpa do patrão, amo ou comitente pelo ato culposo do empregado, serviçal ou preposto, em que há presunção relativa da culpa ‘*in eligendo*’, ‘*in vigilando*’ ou ‘*in custodiando*’, posicionamento este já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup>.

Assim, em ação civil de reparação de danos promovida por um paciente contra entidade hospitalar, baseada na culpa civil desta, o autor não precisará comprovar a culpa concorrente do patrão, devendo apenas demonstrar a relação de subordinação em contrato entre a instituição de saúde e o agente, a ocorrência do dano e o fato de que este foi causado por culpa do empregado (nexo de causalidade)<sup>52</sup>.

### 3.3 OS MEIOS DE PROVA

Respeitando-se os limites constitucionais da ampla defesa, do contraditório e, enfim, do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal), são admissíveis para provar a verdade dos fatos, todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados.

---

<sup>50</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 234.

<sup>51</sup> Súmula n. 341 STF: “é presumida a culpa do patrão, amo ou comitente pelo ato culposo do empregado, serviçal ou preposto”.

<sup>52</sup> RTJ, 67:625; RT, 533:106, 510:68, 536:117, 465:168, 468:195.

Segundo o teor normativo da regra trazida com o artigo 332 do Código de Processo Civil, é permitido o uso de quaisquer modalidades probatórias que possam esclarecer e comprovar a verdade fática no processo.

O amplo conteúdo do artigo 332 do referido dispositivo legal limita-se com as garantias constitucionais da proibição das provas obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, prevista a prova em lei ou, ao menos, não sendo moralmente ilegítima, será admissível o meio de prova. Inadmite-se, contudo, aquelas provas que foram obtidas por meio ilícito (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal), isto é, as que tiveram origem em meios que afrontam os ditames legais ou morais<sup>53</sup>, e também as que atentam contra um direito individual<sup>54</sup>.

Enfim, o ordenamento processual civil vigente, dentro deste contexto, permite que a convicção do aplicador do Direito seja feita mediante os meios especificados ou não, no Código de Processo Civil, “sendo forçoso concluir que, em matéria de meios de prova, mostrou-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, onde, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça social, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> “Será ilegal a prova sempre que houver violação do ordenamento jurídico como um todo (leis e princípios gerais), quer seja de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente. O termo prova ilegal não é antônimo da locução prova legal”. (NERY JÚNIOR, Nelson, et al. Op. cit., p. 755). No mesmo sentido é a posição Alexandre Moraes (**Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 110)

<sup>54</sup> “Esclareça-se que existem duas modalidades pelas quais uma prova pode ser ilícita. A primeira refere-se à forma de geração de prova, isto é, a ilicitude resultaria do não cumprimento dos dispositivos processuais previstos para a produção de determinada prova, ou então, da adoção de meios não autorizados pela lei processual, o que de certa forma é a mesma coisa. Todavia, há outra modalidade pela qual a prova pode ser ilícita: quando, não obstante adotarem-se procedimentos aceitos pelo direito, do ponto de vista adjetivo ou processual, atenta-se contra um direito individual”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 228-229).

<sup>55</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 424.

### 3.4 OS MEIOS PROBATÓRIOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA VALORAÇÃO

Prevendo no Capítulo VI, as disposições específicas para o depoimento pessoal da parte, a prova documental, a prova testemunhal e a prova pericial, além da confissão e da exibição de documentos ou coisa, o Código de Processo Civil também acolheu expressamente o sistema de apreciação da prova que deverá ser observado quando da análise do conteúdo processual.

A doutrina, contudo, menciona três sistemas básicos de apreciação da prova: a) o da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração '*secundum conscientiam*', segundo a qual o juiz tem integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados<sup>56</sup>.

Vige no ordenamento processual brasileiro o *sistema do livre convencimento motivado* ou *sistema da persuasão racional*, consagrado pelo artigo 131 do Código de Processo Civil, que segundo CINTRA et al significa o “convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”<sup>57</sup>.

Portanto, a regra é a de que a prova será livremente apreciada, atendendo-se, contudo, aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas sempre com a indicação dos motivos que sustentam o convencimento, sob pena de nulidade da decisão.

---

<sup>56</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al, p.350-51. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 417.

<sup>57</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al. Op. cit. p. 351.

De acordo com THEODORO JÚNIOR<sup>58</sup>, toda esta operação dever ser “fruto de operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo”, cuja fundamentação deve estar claramente estampada na sentença que compuser a lide.

Com efeito, o livre convencimento é motivado, tendo o juiz que dar os fundamentos, que lhe assistiram, para a apreciação das provas: porque desprezou umas e acolheu outras, porque não atribuiu o valor, que fora de esperar-se, a alguma, ou algumas, e porque chegou às conclusões que expende. Isto equivale dizer, que a aplicação do direito ao caso concreto jamais poderá ser arbitrária ou divorciada das alegações das partes e das provas dos autos, mas deverá ser sempre fundamentada, segundo as máximas de experiência, o bom senso e a razoabilidade, adentrando-se no conteúdo do processo, globalmente considerado.

Segundo PORTANOVA, deve ser reprimida a mera aferição ou contagem das provas. Por isso, em referência ao princípio da unidade da prova, é importante salientar que a valoração da prova deve, necessariamente, ser feita na integralidade do quadro probatório, pois o conjunto de provas deve ser analisado globalmente, no seu contexto, confrontadas cada uma delas entre si e valoradas uma em referência à outra, inclusive nos detalhes específicos que cada uma revelar, extraindo-se a mais coerente e justa avaliação possível<sup>59</sup>.

No que toca à responsabilidade médica, para MATIELO, a aferição e apreciação da prova merece especial atenção, devendo o julgador extrair o real conteúdo da prova analisada de modo a reconstituir a verdade mais próxima possível da realidade fática, seja ela favorável à pretensão do autor (paciente), ou do réu (médico), ainda que para tanto seja necessário lançar mão de indícios veementes das ocorrências dos detalhes do evento infracional<sup>60</sup>, pois a “prova cabal, irrefutável,

---

<sup>58</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 418.

<sup>59</sup> PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 218.

<sup>60</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 161.

insusceptível de questionamentos por peritos médicos, é de difícil obtenção, nessa matéria”<sup>61</sup>.

Por outro lado, os meios de prova, nos casos de responsabilidade médica são os usuais: depoimento pessoal do médico (pode ocorrer a confissão); inquirição de testemunhas; prova documental; inspeção judicial; presunções; prova pericial e outras.

### 3.4.1 O Depoimento Pessoal e sua Valoração

O depoimento pessoal é o meio de prova pelo qual é realizado o interrogatório da parte, no curso do processo. Tanto o autor como o réu podem prestar depoimento em audiência de instrução (artigo 343, parte final, do Código de Processo Civil), vez que, como lembra a doutrina, ambos têm o dever de comparecer em juízo, quando assim determinado, e responder ao que lhes for interrogado, nos termos do artigo 340, inciso I, do Código de Processo Civil, seja por deferimento de pedido da parte contrária (artigo 343 do Código de Processo Civil), seja por iniciativa judicial (artigo 342 do Código de Processo Civil).

A parte tem o ônus de submeter-se ao depoimento e também de responder a todos os questionamentos formulados, sempre com clareza e lealdade, de forma que se a mesma, regularmente intimada, não comparecer para seu interrogatório ou, comparecendo, recusar-se a depor, ser-lhe-á aplicada a pena de confissão, nos termos do artigo 343, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

Objetiva-se com o depoimento pessoal da parte, autor ou réu, obter-se sua confissão sobre o fato ou alguns esclarecimentos sobre detalhes do evento que se pretende provar, os quais, muitas vezes, somente podem ser fornecidos por estes ou, ainda, da comparação entre o depoimento de um e de outro.

---

<sup>61</sup> KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.67.

Em todos os casos, contudo, o valor do depoimento pessoal da parte deve ser analisado à luz dos demais elementos probatórios, confrontando-se as informações das partes entre si e entre o conteúdo das demais provas produzidas, mesmo porque há quem entenda que mesmo na hipótese de confissão pode haver decisão em sentido diverso se os outros elementos probatórios não confirmarem o fato confessado<sup>62</sup>.

Sendo assim, o depoimento pessoal da parte, assume, pois, valor probatório relativo e deve, necessariamente, ser valorado à luz do restante da instrução.

### 3.4.2 A Prova Documental e sua Valoração

Um documento é o escrito público ou particular ou coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras e cinematográficas, entre outros.

Em processos que versem sobre a responsabilidade médica, a prova documental assume importante feição no quadro probatório pela imprescindibilidade de juntada aos autos de todos os prontuários, registros, anotações, prescrições, laudos de exames complementares e demais documentos médicos e hospitalares que tenham relevância para a lide.

Com efeito, o exercício da Medicina exige a documentação de todos os detalhes dos exames e das terapêuticas realizadas em benefício do paciente, incluindo a prática de anotações de dados do exame físico, clínico e complementar, de hipóteses diagnósticas, tratamentos indicados e a evolução clínica do mesmo.

Como entende a doutrina sobre o assunto, “toda forma de registro de informações sobre o desempenho da atividade confiada ao médico, ou sobre a evolução do quadro clínico do paciente pode ser considerada documento, em sentido

---

<sup>62</sup> PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 246.

lato, para fins de prova”<sup>63</sup>, tendo força probante da atividade profissional que haja corroboração por outros meios de prova.

Considerando a tendência atual de distribuição do ônus da prova na responsabilidade médica, que tem admitido a inversão do ônus probatório e a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova (a ser estudada no próximo capítulo), a prova documental assume papel fundamental para a demonstração da diligência dos profissionais. A regularidade e adequação dos procedimentos adotados são justificados pela precisão dos relatórios, fichas e evoluções clínicas dos médicos nos documentos do paciente (prontuário), devendo ser valorada em prejuízo dos profissionais a ausência ou irregularidade de registros necessários, em casos de responsabilidade médico-hospitalar.

Pelo exposto e sem embargo da análise global do conjunto probatório, a conduta do médico e o serviço hospitalar devem ser valorados segundo o que consta destes documentos técnicos, os quais arquivam dados pertinentes ao atendimento prestado ao paciente, cuja a regularidade e adequação podem ser extraídos em análise probatória à luz dos dados fáticos e científicos fornecidos pelo depoimento das partes, inclusive o do profissional que atendeu o paciente e demais provas dos autos.

### 3.4.3 A Prova Testemunhal e sua Valoração

Conceitua-se a prova testemunhal como “a que se obtém através do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso”<sup>64</sup>.

Pretendendo dela fazer uso, o autor deverá requerê-la na petição inicial e o réu na contestação ou, eventualmente, quando houver a oportunidade de especificar as provas que pretender produzir (artigo 324 do Código de Processo Civil).

---

<sup>63</sup> MATIELO, Fabricio Zamprognna. Op. cit., p. 165.

<sup>64</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 463.

De qualquer forma, via de regra, não se prescinde, nos processos em geral, da produção de prova testemunhal, que é o meio de prova que preenche o quadro probatório, quase sempre que se discute matéria de fato, não sendo caso de discussão, apenas, de questão de direito. Segundo MATIELO, “a testemunha reproduz aquilo que presenciou, diz da sua experiência em relação aos acontecimentos juridicamente relevantes e revela tudo quanto armazenou na mente com referência aos fatos levados pela partes ao juízo”<sup>65</sup>.

No que tange à responsabilidade médica, a prova das alegações deduzidas em juízo necessitará certamente de testemunhas como meio de convencimento para a aplicação do direito ao caso concreto, porque o ponto de saliência do debate judicial sobre o tema é, em muito, a questão de fato, cujas circunstâncias serão esclarecidas em grande parte por testemunhas.

Quanto à valoração desta modalidade probatória, desde que observadas as formalidades constitucionais e legais, especificamente as do artigo 407 e 419 do Código de Processo Civil, pode-se afirmar que ela equivale aos outros meios de comprovação da verdade fática, podendo o seu valor ser aferido de forma livre, segundo o sistema de livre convencimento motivado (artigo 131 do mesmo *Codex*).

Assim, dentro do sistema do livre convencimento motivado, a prova testemunhal serve não somente para provar circunstância fática que ainda não foi provada, pois nem tudo se encontra em documentos ou registros, como também pode complementar a prova documental ou contrariar um fato descrito no prontuário, situação em que o registro no prontuário não corresponde à verdade, tendo o médico tentado ocultar seu erro.

É importante ressaltar que, em se tratando de matéria médica, no rol de testemunhas haverá, com frequência, pessoas tecnicamente qualificadas, cujos conhecimentos científicos marcam seu depoimento. Por isso, é possível afirmar que a prova testemunhal, consistente em declarações técnicas e coerentes, poderão não só

---

<sup>65</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 170.

complementar a prova documental, como também servir de base para conclusões periciais, podendo o juiz desconsiderar a prova pericial, não convincente ou inadequadamente fundamentada, à qual não está adstrito a julgador, desde que de forma motivada (artigo 436 do Código de Processo Civil).

Embora criticada por alguns doutrinadores, no sentido de que não possuem precisão e certeza, entende ALVIM que se deve aceitar como princípio, o entendimento de que “as testemunhas muito mais dizem a verdade, do que mentem, e que o testemunho encerra uma presunção de verdade”<sup>66</sup>. Portanto, é de se valorar como verdadeiro o conteúdo das declarações testemunhais coletadas na instrução, desde que não estejam isoladas no caderno probatório, ou seja, desprovidas de apoio das demais provas.

Não se pode, também, desconsiderar as situações de impedimentos processuais ou quando houverem causas conscientes, como a disposição para mentir, ou a deficiência de percepção e observação, quer pertinente à sua memória, quer, finalmente, no que diz respeito à própria incapacidade de reprodução rigorosamente exata dos fatos, circunstâncias estas que depreciarão a valoração da prova testemunhal, eis que põem em dúvida a seriedade do testemunho. Afora isto, a prova testemunhal tem valor relativo, mas igual às demais provas, devendo ser fundamentada a repulsa de seu conteúdo para fins de certificação da verdade no processo.

#### 3.4.4 A Prova Pericial e sua Valoração

A prova pericial é o meio de prova destinado a esclarecer aspectos e circunstâncias fáticas e técnicas relativas à lide, mediante a apresentação de conhecimentos técnicos e científicos não jurídicos.

---

<sup>66</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 475.

Como explica a doutrina, a perícia “é o meio de prova destinado a esclarecer o juiz sobre circunstâncias relativas aos fatos conflituosos, que envolvem conhecimentos técnicos ou científicos”<sup>67</sup>.

A perícia difere, deve-se esclarecer, das regras de experiências comum (artigo 335 do Código de Processo Civil), que não são conhecimentos científicos ou técnicos, mas aprendizados colhidos da experiência de vida.

O valor da perícia como meio de prova é, como se sabe ser em virtude do princípio do livre convencimento motivado, semelhante ao de outras provas, portanto, relativo, vinculado, na verdade, ao contexto probatório.

Dado o seu caráter de prova específica, há que se registrar que a perícia é de especial utilidade na responsabilidade médica, buscando, principalmente, demonstrar a ocorrência de culpa médica e o nexo de causalidade. Assim, não pode ser acolhido o pedido indenizatório se a perícia médica revelou que as seqüelas apresentadas pela vítima são decorrentes de causa diversa, endógena, não ligadas por relação de causa e efeito à ação ou omissão de prepostos do nosocômio<sup>68</sup>.

Outrossim, a perícia será tanto mais valorosa quanto melhores forem as explicações e mais coerentes as conclusões periciais, baseadas sempre na literatura de Medicina e Ciências Biológicas. Ela deve ser apreciada em consonância com os outros elementos dos autos, não se sobrepondo a nenhuma das outras provas.

No mais, a prova pericial deverá ser produzida sob o crivo do contraditório, seja no ponto em que prova os fatos constitutivos do direito do autor, seja no que se refere aos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do mesmo direito. Desta forma, o laudo pericial não se firmará pelos títulos de quem o elaborou, nem pela fama ou currículo do perito, mas sim, pela sua estrutura e conclusões fundamentadas segundo os conhecimentos técnicos e científicos da ciência ou área de conhecimento

---

<sup>67</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil**, p. 531.

<sup>68</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 3325/96, rel. Des. Wilson Marques, 03.12.1996.

da perícia, sempre dentro dos limites da razoabilidade, de forma que os fatos e os fundamentos sejam plenamente entendidos<sup>69</sup>.

Assim sendo, podemos afirmar que a perícia não tem caráter vinculativo, podendo o juiz decidir de modo contrário ao laudo pericial, desde que, sua decisão seja cabalmente fundamentada e, esteja amparada pela regra do artigo 436 do Código de Processo Civil que prescreve que “o juiz não fica adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo formar sua convicção a partir de outros elementos probatórios existentes nos autos”, vez que o juiz é o “*peritus peritorum*”.

Com efeito, na valoração da prova pericial, há que se ter em conta advertência já sedimentada, no sentido de prevenção quanto ao chamado “*espirits des corps*, um corporativismo que dificultaria a idônea produção da prova pericial, via de regra, a ponto de se trazer, no laudo pericial, a aplicação dos conhecimentos técnicos necessários à comprovação da culpa do profissional.

Por isso, a apreciação do conteúdo da perícia, em processos de responsabilidade médica, não deve ser conduzida isoladamente, mas concomitantemente à luz de outros conhecimentos médicos e biológicos trazidos com a prova documental, incluindo-se neste ponto o que há na literatura médica e também os registros médico-hospitalares, e à prova testemunhal, em particular aquela composta pela audição de pessoas com qualificação técnico-científica na área de saúde, quando transmitam os necessários conhecimentos para o entendimento do caso de forma fundamentada, coerente e acorde com a atualidade do saber científico.

#### 3.4.5 A Prova Indireta e sua Valoração

Sabe-se bem, que a prova trazida ao processo pode ser direta ou indireta, com relação aos fatos, considerando-se aquela como a que demonstra a existência do

---

<sup>69</sup> ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 524.

próprio fato que se pretende provar e esta (prova indireta), a que evidencia um fato, mediante a indicação de determinada informação que, por processo de dedução mental, afirma a existência do fato probando<sup>70</sup>.

Relacionados a estes conceitos, afirma MIRANDA que: a) *presunções* são as ilações ou deduções tiradas de um ou mais fatos conhecidos, para firmar um fato desconhecido, desde que encadeados logicamente, numa relação de causalidade, mediante ligações estabelecidas entre uns e outros fatos de acordo com as máximas de experiência; b) *indícios* são os fatos auxiliares que constituem como que sinais de outros fatos sempre que entre uns e outros possa estabelecer-se uma ligação de acordo com as máximas de experiência, constituindo, assim, em sinais que apontam para um determinado resultado<sup>71</sup>.

Segundo MAGALHÃES, indícios e presunções são meios de prova indireta, de caráter crítico ou lógico e que tem importância como elementos de prova<sup>72</sup>. A importância do seu estudo, no particular aspecto da responsabilidade civil médica, está em que nem sempre é possível a prova direta dos fatos em que se funda a ação de indenização, levantando-se justificativas de que a relação médico-paciente se dá em ambiente privado, quase íntimo, longe de circunstantes, exceto pela presença eventual de familiares ou de assistentes do profissional médico, cuja a colaboração nem sempre é esperada, eis que é inegável a existência de um forte corporativismo profissional na classe médica.

O entendimento resultante desta situação peculiar, nos processos de responsabilidade médica, é de que os indícios e presunções devem ser admitidos no processo como meio probatório hábil a levar à comprovação de determinada

---

<sup>70</sup> GARCIA, Aquiles. **Presunções**. Revista de Processo n. 20, p. 66 e seguintes.

<sup>71</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Indícios e presunções como meio de prova**. Revista de Processo n. 37, p. 52-67.

<sup>72</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. **A presunção do Direito, especialmente no Direito Civil**. Revista dos Tribunais, v. 513/p. 26.

circunstância fática, figurando, ambos, como fontes alternativas de descobrimento da verdade que se busca por meio de processo.

Com efeito, bem se sabe da dificuldade existente para a prova do erro profissional. Raras são as vezes que, de forma direta e, com folga, provam-se os fatos constitutivos dos elementos do ato ilícito médico. Desta forma, a jurisprudência e a doutrina têm vertido para o emprego de elementos indiretos de convicção para a análise e aplicação do Direito ao caso concreto.

Sendo assim, não se pode esperar, como regra, prova direta, absoluta e evidente de fatos que importem na fixação da culpa médica, eis que, na maioria das vezes, a avaliação jurídica da responsabilidade médico-hospitalar deverá ser baseada nas conclusões lógicas sobre os indícios e evidências que se apresentarem no conjunto probatório<sup>73</sup>.

Cabe lembrar que, no Brasil, vige o princípio da livre apreciação das provas, centrado no livre convencimento motivado, restando pacífica a admissão das provas indiciárias como meio probatório em igualdade com as demais provas diretas, mormente quando, na instrução probatória, não é possível trazer ao processo o “fato probando em si, mercê da prova direta”<sup>74</sup>.

No mais, a admissão da prova indireta se faz por critério de razoabilidade e justiça, vez que, via de regra, o paciente não é possuidor de conhecimentos técnico-científicos adequados para abstrair a conduta culposa do médico, restando, portanto, no mínimo, embaraçoso provar a culpa do médico por meio de provas diretas, flagrantes e absolutas.

Assim, é inequívoca a dificuldade de quem litiga contra qualquer médico ou entidade hospitalar diante da natureza e das circunstâncias, no que toca aos elementos probatórios, pois são eles que detêm os documentos, relatórios, prontuários e fichas de atendimento.

---

<sup>73</sup> MATIELO, Fabrício Zamproga. Op. cit., p. 161. No mesmo sentido: KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.67.

<sup>74</sup> ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 543.

Como efeito, diante de tais circunstâncias, surgiu uma corrente processualista que adota a teoria da carga dinâmica da prova, pela qual se admite que cabe ao profissional e à entidade hospitalar contribuir ativamente na instrução probatória, provando a correção de seu comportamento, subordinando-se ao encargo de comprovação da adequação técnica e científica do atendimento prestado ao paciente, pois nenhum outro tem como eles os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade do atendimento clínico ou cirúrgico.

Assim, na doutrina mais recente, quanto à responsabilidade médico-hospitalar, tem-se firmado a tendência de atenuação da análise acerca da presença dos elementos do ato ilícito praticado pelo médico ou hospital (em especial a culpa e o nexo de causalidade do erro médico)<sup>75</sup>. Justamente em virtude da dificuldade de provar de maneira absoluta a situação fática do caso concreto é que as provas indiretas estão sendo aceitas com maior frequência, já que o conjunto de indícios veementes acaba por constituir um contexto que se aproxima por demais da prova definitiva dos fatos alegados<sup>76</sup>.

A conclusão é que, em tema de responsabilidade médica, sendo insuficiente a prova direta trazida ao processo, deve-se utilizar as provas indiretas, constituídas por indícios múltiplos, sérios, precisos e concatenados entre si, máxime quando afastam qualquer hipótese favorável ao demandado e não são contrariadas por outras provas.

Por outro lado, em todas as hipóteses em que ino correr prova substancial e segura a caracterizar a culpa do paciente e não permitir a verificação de indícios e a extração de deduções lógicas, não se pode responsabilizar o profissional médico, porque “conjecturas e hipóteses sem base juridicamente consistente não possuem o condão de fundamentar conclusão condenatória”<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>76</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>77</sup> TAPR, 1ª Câmara Cível. Apelação cível n. 83061-9, rel. Juiz Mário Rau, j. 07.11.1995, p. DJ. 17.11.1995).

## 4 CAPÍTULO III – O ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO

### 4.1 O ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Colocados a disposição dos litigantes os meios de prova em direito admitidos e, considerando que cada um deles tem responsabilidades dentro do processo, o Código de Processo Civil repartiu o encargo probatório entre as partes, de forma a dar ao autor e ao réu, o gravame compatível com suas pretensões processuais, igualando-os entre si (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal) e, desta maneira, solucionando de forma justa a participação de ambos no processo civil na busca da tutela jurisdicional pleiteada pela ação ou pela defesa.

A regra geral de distribuição do ônus da prova está contida no artigo 333 do Código de Processo Civil, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Não se trata especificamente de um dever de provar, mas de um encargo, no sentido de que “o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional”<sup>78</sup>.

Assim, as regras do ônus probatório atingem diretamente os interessados do ponto de vista de como devem se comportar, a luz dos prognósticos que o processo lhe enseja, visando sempre liberar-se do encargo, do gravame de provar, de forma que tal ato produzirá benefício na análise do mérito.

É oportuno ressaltar, todavia, que a distribuição do encargo probatório é uma regra de juízo e não uma obrigação para as partes, de forma que serve para a decisão da causa a favor ou contra certo litigante que não se desincumbiu do seu ônus probatório. Tratam-se de normas de julgamento, no sentido de que, não havendo a

---

<sup>78</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit., p. 421.

suficiente produção probatória em determinado ponto, deve ser julgada a questão, normalmente, contra aquele que tinha o encargo e dele não se desincumbiu.

No campo da responsabilidade civil médica, no que toca à distribuição do ônus probatório, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, vale ressaltar que incumbe ao paciente ou seu responsável legal, autor de ação de reparação de danos, provar os elementos constitutivos do seu direito, ou seja, os elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam a culpa do médico, o nexo de causalidade e o dano, procedimento este válido da obrigação contratual ou extracontratual, conforme já comentado acima.

Com efeito, pesa sobre o paciente o encargo de utilizar de todos os meios probatórios admitidos para demonstrar a culpa médica, elemento imprescindível para a determinação da responsabilidade do profissional, haja vista a regra expressa do Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 14, parágrafo 4º, que prevê a responsabilização pessoal do profissional, mediante a verificação da culpa.

No que é pertinente à prova do caráter culposo do ato profissional, é de rigor, contudo, que a culpa médica esteja certa, assegurada sua existência pelas provas trazidas aos autos, não sendo necessário que a culpa seja grave<sup>79</sup>. A prova da gravidade da culpa dar-se-á apenas para indicar o ‘*quantum*’ indenizatório, o que poderá ser inferido do que foi provado quanto ao dano sofrido pelo paciente.

Portanto, o paciente, como autor, desincumbir-se-á do seu ônus probatório se comprovar, de forma inequívoca, indiscutível, segura, por quaisquer dos meios de prova admitidos em Direito, a integralidade dos elementos constitutivos do ilícito civil e, quanto ao aspecto culposo, provar a sua ocorrência. Nesta vertente, sob o fundamento de que a obrigação de reparar o dano pressupõe prova inequívoca e certa quanto aos elementos do ato ilícito, já se decidiu pela improcedência de ação de indenização por prática de ato ilícito médico, quando a parte autora deixa de demonstrar cabalmente, durante a instrução da causa, que o médico teria atuado

---

<sup>79</sup> KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.63.

contrariamente ao direito, permanecendo as afirmativas da inicial sem sustentáculo probatório<sup>80</sup>, pois, sem prova suficiente que ofereça certeza da culpa do profissional e da relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano, não há imputação de responsabilidade.

Entretanto, satisfaz seu encargo processual de provar os fatos constitutivos de seu direito o paciente que, mediante perícia, corroborada pela prova testemunhal e documental, comprova o comportamento culposos, configurada a culpa por imperícia e negligência, inclusive mediante apresentação de explicações de estudos de causas, conseqüências, tipos e momento oportuno de diagnóstico e tratamento, com os quais foram comparados o atendimento prestado ao paciente, menor que sofreu fratura de membro superior e conseqüentemente complicação de síndrome de Volkmann e dano irreversível (perda da mobilidade) daquela parte de seu corpo<sup>81</sup>.

Por outro lado, a ação de reparação de danos contra hospital, credenciado do sistema de saúde público, restando o dano fatal à vítima (morte de uma criança após contrair infecção hospitalar) e restando evidente a relação de causa e efeito, é de se julgar procedente o pleito indenizatório, independente de culpa, vez que se trata de responsabilidade objetiva, tal como prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Neste caso, sendo objetiva a responsabilidade do ente público, “consoante entendimento majoritário da doutrina e dos tribunais e, em se tratando de ação indenizatória, há inversão do ‘onus probandi’, cabendo ao prejudicado apenas demonstrar o fato”<sup>82</sup>, incluindo-se o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente público.

Com relação ao réu, médico ou entidade hospitalar, incumbe provar os fatos que alegar em seu favor, nestes incluídas as circunstâncias da realidade que impeçam,

---

<sup>80</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 28052200, rel. Walter Borges Carneiro, j. 30.08.1995.

<sup>81</sup> TJPR, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 302/1984, rel. Des. Cordeiro Machado, j. 27.09.1988.

<sup>82</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico - À Luz da Jurisprudência Comentada**, p. 299.

modifiquem ou extingam o direito de quem lhes aciona. Vale afirmar, é encargo processual do réu que não agiu de forma imprudente, negligente ou imperita, “provar que agiu dentro dos parâmetros científicos e profissionais esperados naquelas determinadas circunstâncias”<sup>83</sup>.

É fardo processual do demandado, ainda, produzir provas de que o dano não existiu ou, se existiu, não o foi como demonstra o autor, e que não houve nexo causal ou, existindo este, restou excluído total ou parcialmente pela culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente (compensação de culpas), por fator externo, como a culpa de terceira pessoa, caso fortuito ou força maior<sup>84</sup>.

Assim, seguindo o conteúdo do artigo 333, inciso II do Código de Processo Civil, havendo o ‘*non liquet*’ quanto à prova do fato impeditivo alegado pelo demandado (a irreabilidade de material cirúrgico esquecido no corpo do paciente), julga-se contra ele, que o alegando não o provou, ou seja, não se desincumbiu do ônus probatório<sup>85</sup>.

Merece registro, por fim, que sendo a obrigação perquerida em juízo, “de resultado, cabe ao autor da ação demonstrar o descumprimento do contrato por parte do prestador de serviços médicos, mediante a prova de que o objetivo proposto não foi alcançado”<sup>86</sup>. Por isso, a jurisprudência nacional majoritária, tem decidido pela condenação de cirurgião plástico, pela prática de ato profissional de resultado, quando comprovada, pelo conjunto probatório, a falta de obtenção do resultado pretendido, como por exemplo na mamoplastia da qual resulta flacidez e ptose, havendo prova, mediante constatação pericial, da necessidade de correção do estado mamário atual da paciente, por meio de outra cirurgia<sup>87</sup>, pois, “demonstrado através de perícia o erro

---

<sup>83</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 165.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 83-87.

<sup>85</sup> A casuística é encontrada e comentada na obra de NERY JÚNIOR, Nelson, et al. Op. cit., p. 616.

<sup>86</sup> AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Op. cit., p. 33.

<sup>87</sup> TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 597004902, rel. Araken de Assis, j. 27.02.1997, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul 183/383.

médico, impõe-se o dever de indenizar, independentemente do exame de culpa, já que a cirurgia plástica é obrigação de resultado e não de meio”<sup>88</sup>.

Contudo, tem divergido a doutrina acerca de tal classificação da obrigação, eis que a cirurgia plástica estética, apesar do aspecto do propósito inicial da aplicação cirúrgica, não deve ser considerada de resultado, sendo que tal posicionamento já vem sendo admitido nos tribunais do país, passando a vê-la também como uma obrigação de meio, vez que o médico não pode prever a reação da pele do paciente após a cirurgia, constituindo uma imprevisão<sup>89</sup>. Sendo assim, comungamos da posição que mesmo na cirurgia plástica estética deve ser avaliada a conduta do profissional, cabendo responsabilização pelos danos somente nos casos de demonstração de culpa ou erro grosseiro, circunstância esta que legitima a inversão do ônus probatório a fim de que o profissional possa demonstrar a adequação de sua conduta técnica, de acordo com o atual conhecimento da ciência médica.

Tendo o médico aplicado todas as técnicas de maneira irrepreensível e, mesmo assim, sobrevindo o dano, não poderia este ser responsabilizado pois sua atividade foi perfeita e o resultado danoso surgiu de uma circunstância não prevista.

#### 4.2 A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA

Como é bem sabido, a dificuldade acerca da prova da culpa médica tem levado a formação de correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre este intrigante tema, todas com o objetivo de proporcionar a determinação das circunstâncias fáticas constitutivas, impeditivas, modificativas e extintivas da responsabilização, às vezes até com a conotação de objetividade no trato com a culpa do profissional liberal e da

---

<sup>88</sup> TJRJ, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 2627/94, rel. Des. Lindbergh Montenegro, j. 23.08.94.

<sup>89</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. . **Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica**, p. 111-112.

pessoa jurídica hospitalar, tendo-se portanto, buscado em doutrina, fórmulas probatórias para mitigar as dificuldades nas provas destes casos<sup>90</sup>.

Na França, formulou-se a teoria da “*perte d’un chance*”<sup>91</sup>, consistente na responsabilidade daquele profissional que, com sua conduta, comprometeu as chances de vida ou de restabelecimento do enfermo, mesmo sem demonstração precisa de que o dano tenha decorrido da conduta do médico, sendo bastante uma simples dúvida quanto ao seu atuar, para a caracterização de seu dever de indenizar o lesado, pois a culpa seria especificamente não ter dado ao doente todas as chances e oportunidades da ciência atual<sup>92</sup>.

O direito comparado, principalmente o anglo-saxão, tem sustentado a teoria da “*res ipsa loquitur*” (a coisa fala por si própria) e da “*common Knowledge*” (o erro, por estar estampado e evidente no caso concreto, pode ser perceptível ao avaliador comum, dispensando a exame pericial), ambas se coadunam no princípio segundo o qual o juiz deve usar dos princípios lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo biológicos<sup>93</sup>.

No Brasil, ainda de forma limitada, tem-se admitido a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, a qual consiste “no fato de que tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance”<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> GRACIANO, Valmir. **Responsabilidade Civil dos Médicos**, p. 72.

<sup>91</sup> “En Francia se pregona la existencia de la ‘faute virtuelle, y en materia de responsabilidad profesional, si bien no hay una real inversion de la carga probatoria pues compete al actor acreditar y relacionar los hechos, de no constarse la culpa con las probanzas aportadas a juicio, se podrá deducir la negligencia del material acercado por la víctima (PÉREZ de LEAL, Rosana. Op. cit., p. 136).

<sup>92</sup> GRACIANO, Valmir. Op.cit. p. 73.

<sup>93</sup> GRACIANO, Valmir. Op.cit. p. 74.

<sup>94</sup> AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Op. cit., p. 39. Registra o mesmo autor que: “Na Argentina, predomina hoje o entendimento de que, em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever (Luis Andorno, ‘La responsabilidad civil medica’. AJURIS, 59/224.”

Com efeito, o que motiva a adoção desta linha teórica de distribuição do ônus probatório é que o perfil da relação entre o médico e o paciente, por ocorrer na discricção da intimidade alheia, dificulta o vasculhamento probatório dos fatos.

Segundo PÉREZ de LEAL, a tarefa probatória, por força do princípio da boa-fé processual, deve ser comum a ambos os litigantes, sendo incompatível com a moralidade processual que o demandado assuma uma posição passiva, confortável no processo, limitando-se a negar os fatos alegados pelo autor, arcando este com todo o ônus probatório<sup>95</sup>.

Trata-se de um comportamento processual malicioso, consistente no abuso do direito ou de defesa com o fim de impedir o conhecimento da verdade real sobre a qual deve ser aplicado o Direito, eis que “não se pode pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas”<sup>96</sup>.

Se a finalidade do processo é justamente a pacificação social por meio da justa composição do litígio, tal fim somente poderá ser alcançado com a busca da verdade compatível com a realidade fática, não uma realidade virtual, meramente formal, existencialmente injusta.

Assim, se a distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que cabe à parte, visando a vitória da causa, desenvolver atividade processual consistente em fundamentar probatoriamente sua postulação (ação ou defesa), criando convicção jurídica em seu favor, é justo exigir da mesma que traga ao processo as provas que se supõe dispor ou, ao menos, tem possibilidade de produzir em virtude de características próprias suas, mesmo porque, embora seja evidente que cada parte persiga, com suas próprias forças, em benefício próprio e imediato, “há de se

---

<sup>95</sup> PÉREZ de LEAL, Rosana. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>96</sup> PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 200.

considerar sempre o interesse público mediato, acima dos benefícios específicos das partes”<sup>97</sup>.

Desta forma, tem admitido a doutrina, no aspecto da distribuição dos encargos probatórios no campo da responsabilidade médica, que “o ônus probatório do credor dos serviços médicos, isto é, o ônus do paciente, para demonstrar o incumprimento do contrato pelo devedor e prestador dos serviços médicos, limita-se ao dever de provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato”<sup>98</sup>.

É nesta vertente jurídica que a jurisprudência já tem decidido, de forma a adotar, na matéria atinente à culpa médica, a da teoria dinâmica da prova, na qual cabe ao profissional e à entidade hospitalar esclarecer o processo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem participação tão intensa na intimidade do atendimento do paciente<sup>99</sup>.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que “não viola regra sobre a prova, o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da

---

<sup>97</sup> PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>98</sup> AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. *Op. cit.*, p. 39, que argumenta ainda o seguinte: “Dir-se-á que isto é o mais difícil de conseguir. E é. Mas em toso o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recursos às leis da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece, pois, justo impor-lhe esse ônus (Figueiredo Dias, Jorge; e Monteiro, Jorge Sinde. **Responsabilidade Médica em Portugal**. RF. 289/53).”

<sup>99</sup> TAPR, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 106210-2, Rel. Juiz Conv. Eugênio Achiller Grandinetti, j. 24.06.1997, DJ. 01.078.1997. Deste acórdão extrai-se o seguinte trecho elucidativo: “A orientação que hoje predomina na matéria sobre culpa médica é a da teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica. A prova da regularidade do comportamento, está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, em fichas de observações, em tratamento dos remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada aspecto. Seria absurdo que o paciente houvesse de ter o ônus da prova de que as falhas foram do hospital. Formalismo. Existência de falhas e não de presunção da inexistência de culpa”.

carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus”<sup>100</sup>.

Ademais, reforça-se que não se pode solucionar o litígio senão pela apreciação conjunta dos elementos probatórios, que jamais podem ser considerados isoladamente, mas globalmente, na integralidade do quadro probatório, o qual forma uma unidade que deverá ser apreciada no momento oportuno, sendo imprescindível que, na análise do processo, sejam confrontadas as diversas provas existentes, articuladas entre si, sopesadas suas informações e valores. A partir deste conjunto probatório, é que será aplicado o Direito<sup>101</sup> e, conseqüentemente, abstrair-se-á o desempenho de ambas as partes, segundo suas potencialidades de produção probatória.

Preconiza-se, via de conseqüência, a distribuição dinâmica do encargo probatório em responsabilidade civil médica, no sentido de exigir-se do litigante, que mais teria facilidade, oferecer a prova do fato que lhe interessa, se esta mesma prova fosse produzida somente com dificuldade pela parte adversa<sup>102</sup>.

Portanto, cumpre ao paciente, autor da ação de indenização, provar os fatos constitutivos de seu direito ou, mais precisamente, os elementos do ato ilícito praticado pelo médico ou hospital demandado. Ao menos, cumpre-lhe provar objetivamente que o atendimento não foi prestado, da melhor forma possível, de acordo com as regras da Medicina e Ciências Biológicas afins e que o demandado deveria ter atuado de forma diversa. É, pois, caso de procedência da ação, quando resta provado, que o réu, profissional da Medicina, sem insistência diagnóstica, desconsidera quadro clínico anormal de paciente, cuja sintomatologia reiterava-se em exames clínicos e não cessava com a medicação já instituída, contribuindo, assim, a conduta do esculápio,

---

<sup>100</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso especial n. 69.309-SC, rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 18.06.1996.

<sup>101</sup> PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 218.

<sup>102</sup> ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 438.

eficazmente para que a paciente sofresse dano posterior, precisando, inclusive, de cirurgia para tratamento<sup>103</sup>.

Ao réu, profissional da Medicina ou entidade hospitalar, cumpre provar que tudo isto não se verificou, ou seja, cumpre o encargo de demonstrar, objetivamente, a idoneidade técnica e científica dos seus serviços e que atuaram da melhor forma possível para as circunstâncias, vez que ambos, neste particular, têm melhores condições para o sucesso probatório.

Assim, na mesma linha doutrinária e jurisprudencial, provando o médico e o hospital demandados que o atendimento do paciente deu-se dentro do que era esperado, segundo os conhecimentos atuais da ciência médica e afins, e comprovado por prova testemunhal e pericial que, embora a imprecisão diagnóstica devida à sintomatologia mascarada de doença mais grave, não ocorreu erro diagnóstico grosseiro, sem embargo da adequação técnica da conduta terapêutica para a doença aparente, não procede ação de indenização<sup>104</sup>.

#### 4.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Com o advento da Lei Federal n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), a questão da responsabilidade civil sofreu alterações importantes em aspectos materiais e processuais, inclusive no que é pertinente à sua prova, dentro do Processo Civil, com o fim, justamente de igualar substancialmente o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, considerando-se a natural preponderância, na

---

<sup>103</sup> TJPR, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1001/1985, rel. Des. Maximiliano Stasiak, j. 22.04.1986.

<sup>104</sup> TJPR, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 45990100, rel. Des. Ulisses Lopes, j. 23.12.1997.

relação de consumo, deste último sobre o primeiro, cuja vulnerabilidade implica em detrimento de direitos na relação de consumo.

As regras específicas contidas no Código de Defesa do Consumidor serão sempre aplicadas, independentemente de qualquer pedido ou convenção entre as partes, vez que constituem normas de ordem pública e de interesse social, cogentes, indisponíveis, nos termos do artigo 1º do referido Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º, inciso XXXVII, a 170, inciso V, da Constituição<sup>105</sup>.

Assim, toda a vez que esteja envolvida uma pessoa que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final e um fornecedor do produto ou serviço, ou seja, uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, numa relação de consumo, que pode ser entendida como a relação profissional entre a primeira e a segunda pessoa mencionada, em que há intuito de lucro mediante o fornecimento de produtos e serviços à primeira, como destinatária final<sup>106</sup>, aplicam-se as normas de proteção do consumidor prevista no mencionado estatuto legal, independente da vontade dos interessados.

Desta forma, tanto na responsabilidade civil do médico, visto como um profissional liberal, quanto na responsabilidade civil do nosocômio, como empresa fornecedora de serviços e produtos, estando caracterizadas a relação de consumo, haverão de ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, com o conseqüente “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (artigo 4, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor).

---

<sup>105</sup> Como explica a doutrina sobre o assunto: “as normas do Código de Defesa do Consumidor são ‘*ex vi legis*’ de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição”. (NERY JÚNIOR, Nelson, et al. Op. cit., p. 1651)

<sup>106</sup> PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**, p.119.

Nesta linha, os efeitos da vigência desta lei de proteção ao consumidor repercutem também, e de forma direta, no campo da prova da responsabilidade civil do prestador de serviço (o médico, o hospital, etc.).

Sobressaindo-se a necessidade de facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, por expressa previsão legal (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor), é possível a inversão do encargo da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério judicial, for verossímel sua alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, direito processual este que jamais poderia ser aplicado em benefício do fornecedor de serviços<sup>107</sup>.

Neste ponto, é nula de pleno direito a cláusula que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, restando proibida qualquer “cláusula contratual que imponha o encargo probatório em prejuízo do consumidor consoante dispõe o artigo 51, inciso VI”, sendo suficiente que ocorra apenas e tão somente prejuízo para o consumidor, para que a pactuação da inversão resulte inócua e sobretudo nula<sup>108</sup>.

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, parte numa relação processual, “significa que caberá ao réu (fornecedor) produzir o conjunto probatório que afaste as alegações do autor (consumidor), mesmo que este não tenha apresentado provas acerca de suas alegações”<sup>109</sup>. Este mecanismo processual de inversão do ônus da prova, elevado a direito básico do consumidor, “transfere ao responsável pelo dano o ônus de provar que não foi culpado pelo dano ou que o culpado foi exclusivamente a vítima, ou que houve fato que pré-excluiu a contrariedade a direito”<sup>110</sup>.

No que concerne à responsabilidade do médico, como profissional liberal que é, esta possibilidade de inversão da prova em seu desfavor não significa, por si mesma,

---

<sup>107</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 78.

<sup>108</sup> BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. **A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n. 7, p. 113.

<sup>109</sup> ALVIM, Arruda et al. **Código do Consumidor Comentado**, p. 69.

<sup>110</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova**. Revista Arquivos, p. 172.

a sedimentação da objetividade, independente de culpa, de sua responsabilidade, mesmo porque está expresso no quarto parágrafo, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que a responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante verificação de culpa, mantida a regra geral da subjetividade<sup>111</sup>.

E esta previsão que acolheu a teoria da culpa ou teoria subjetiva da responsabilidade civil do profissional liberal não impede a inversão do ônus da prova, pois “inobstante haja a exceção legal para os profissionais liberais do regime da responsabilidade objetiva, não se excepciona a aplicação dos demais dispositivos do Código com relação à esta categoria, como por exemplo, a inversão do ônus da prova, a proteção contratual, etc.”<sup>112</sup>.

Embora com efeitos favoráveis ao consumidor, a culpa do médico, como profissional liberal, será objeto da prova na ação de responsabilidade civil em que tenha havido a inversão do ‘*onus probandi*’, pois tal medida processual apenas obriga o profissional liberal a demonstrar que não agiu com culpa, em quaisquer modalidades, ou seja, a responsabilidade continua dependente da culpa médica, contudo o encargo probatório foi transferido ao demandado<sup>113</sup>.

PRUX afirma que na questão da prova, embora o Direito do consumidor, em âmbito geral, tenha conseguido, com a adoção da responsabilidade objetiva, ultrapassar as mais árduas dificuldades práticas constantes na sistemática do artigo 333 do Código de Processo Civil, no tocante a responsabilidade dos profissionais liberais, até certo ponto, elas permanecem idênticas, em decorrência da utilização do teoria subjetiva<sup>114</sup>.

Todavia, permanecendo as dificuldades da prova frente a atividades profissionais eminentemente técnicas e especializadas, inclusive com necessidade de superação de espírito corporativista naturalmente encontrado em todas as classes

---

<sup>111</sup> AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Op. cit., p. 33.

<sup>112</sup> ALVIM, Arruda *et al.* **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 139.

<sup>113</sup> BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. Op. cit., p. 112.

<sup>114</sup> PRUX, Oscar Ivan. Op. cit., p.328-329.

profissionais, “o Código de Defesa do Consumidor colocou a possibilidade de inversão do ônus da prova entre os direitos básicos do consumidor, buscando dar condições para igualar as partes do processo, o que, diga-se de passagem, não é tarefa pequena quando a apuração da responsabilidade é informada pela teoria da culpa”<sup>115</sup>.

Enfim, cabe efetivamente a inversão do ônus da prova quando se discute a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal, desde que, seja verossímil a alegação do paciente (consumidor de serviços médicos) ou seja hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, sempre que a ação se fundar nas regras do Código de Defesa do Consumidor<sup>116</sup>.

Os requisitos para esta inversão do ônus probatório em favor do consumidor, em ação fulcrada no Código de Defesa do Consumidor, incluindo aquelas que perquiram a responsabilidade do médico como profissional liberal fornecedor de serviços ou do hospital, são alternativamente, a hipossuficiência do autor (paciente) e verossimilhança da alegação do consumidor. E, segundo ALVIM, a existência de um ou outro basta para seja lícita a inversão do ônus probatório<sup>117</sup>.

Registre-se que, para aferir a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, deve o juiz servir-se das máximas ou regras de experiência, que são o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece, o que serve de parâmetro a ser aplicado na solução da questão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

A verossimilhança da alegação do consumidor pode ser caracterizada como a argumentação dotada de coerência e compatibilidade com o que comumente se observa na vida e nos fenômenos biológicos, ou seja, aquilo que é passível de ser verdade, com aparência de verdade, e que se acredita ser verdade, pois a verossimilhança é a

---

<sup>115</sup> PRUX, Oscar Ivan. *idem*, p. 329.

<sup>116</sup> Com efeito, “a circunstância de ter o legislador adotado a responsabilidade subjetiva no concernente ao fornecimento de serviços pelo profissional liberal não impede, a nosso juízo, a inversão do ônus probatório” (BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. *Op. cit.*, p. 112). Na linha doutrinária: NERY JÚNIOR, Nelson, *et al.* *Op. cit.*, p. 1359.

<sup>117</sup> ALVIM, Arruda *et al.* **Código do Consumidor Comentado**. p. 69.

aceitação subjetiva de que aquilo que está sendo alegado tem todas as características de verdade<sup>118</sup>.

Na ação de reparação de danos médicos, a hipossuficiência do paciente é condição peculiar sua, como consumidor de serviços sanitários que é. Da mesma, é de se reconhecer, que a condição econômica e técnica da pessoa comum também pode deve considerada quando da avaliação do seu potencial de desincumbir-se do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito. Assim, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é marcante a dificuldade de prova documental pois todos os relatórios e anotações da enfermagem e prescrições médicas encontram-se na posse do hospital ou médico responsável, não dispondo, a parte, nem da documentação médico-hospitalar, nem do potencial técnico para sua apreciação de molde a dificultar-lhe a desincumbência da prova dos fatos, sendo, por outro lado, muito mais fácil ao fornecedor (médico ou hospital) provar a sua alegação<sup>119</sup>.

Cabe ressaltar, também, o momento pertinente de aplicação da inversão do ônus probatório previsto no Código de Defesa do Consumidor, haja visto que há manifestações no sentido de que o momento mais correto é o início da instrução processual, por respeito ao princípio do contraditório, como também outros defendem a aplicação da inversão probatório no momento da sentença de mérito.

Argumenta-se que o juiz ou o juízo é o destinatário da produção probatória, bem como as regras sobre o ônus da prova são normas de julgamento, isto é, regras de juízo ou de decidir utilizadas quando houver o *'non liquet'*, vale dizer, quando as partes não tenham se desincumbido da ônus da prova, mas também servem de orientação para os contendores, informando como deverão comportar-se na instrução de forma a obterem êxito.

Conseqüentemente, seria ao tempo da sentença a verificação da necessidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, não podendo o juiz, convertendo o

---

<sup>118</sup> PRUX, Oscar Ivan. Op. cit., p.333.

<sup>119</sup> STJ. Recurso Especial n. 8323-9-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU. 03.06.91, p. 7.427.

feito em diligência, abrir oportunidade para que a parte (o fornecedor) faça a prova, pois o momento para a produção dessa prova já teria sido ultrapassado, mesmo porque cabe ao fornecedor agir, durante a fase instrutória, no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do autor, caso pretenda vencer a demanda<sup>120</sup>.

Da mesma forma, em benefício do consumidor, afirma BORTOWSKI que, a inversão do ônus da prova seria cogente e não facultativa, constituindo-se um dever do julgador, quando presentes, objetivamente, os requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência, eis que as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública e de aplicação imediata no interesse social (artigo 1º), sendo vedado ao julgador utilizar dos critérios de conveniência e oportunidade<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, et al. *Op. cit.*, p. 1658.

<sup>121</sup> BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. *Op. cit.*, p. 115.

## 5 CONCLUSÃO

Primeiramente, cabe ressaltar que o Direito ao regular as relações sociais, buscando o bem comum, adota, através de seus regulamentos, determinadas prioridades sociais, valores comuns, os quais busca proteger legalmente, de forma que tal conduta representa o interesse da sociedade, num dado momento.

Um desses valores eleitos pelo Direito é a prática da Medicina, pois é ela que garante a saúde do povo e, principalmente, dá a segurança de que, no caso de doença, sempre terá um médico pronto para atender, aplicando todos seus conhecimentos na busca da cura daquela moléstia, sem preocupar-se com as conseqüências de um eventual dano decorrente de sua atividade.

É oportuno ressaltar que a Medicina não é uma ciência exata, mas que está sempre em evolução, portanto, seria uma impropriedade exigir que o facultativo esteja sempre certo e, sempre alcance o melhor resultado.

Neste raciocínio, o Direito não poderia cobrar do médico uma responsabilidade extrema de seus atos, haja visto que muitos eventos danosos são conseqüências da própria patologia, de forma que mereceu, tal atividade profissional, um diferenciador, qual seja a demonstração da culpa.

Tal critério assegura ao médico a liberdade para investigar, diagnosticar e agir dentro de seus conhecimentos, afastando qualquer preocupação quanto à ilicitude ou inadimplemento contratual, eis que sua conduta está pautada pelas lições éticas de sua profissão, não podendo ser cobrado deste mais que ele pode oferecer.

A adoção do critério da culpa médica para a caracterização da responsabilidade, trouxe, junto com a proteção do labor médico, a ocultação de erros profissionais que são sempre justificados como uma imprevisão da ciência médica.

Assim, a teoria da culpa apresenta duas facetas, uma de proteção e outra de ocultação, pois, como já demonstrado, provar a culpa não é trabalho fácil, situação que

motivou a evolução da doutrina e jurisprudência na busca de uma solução mais justa para os casos de danos médicos.

Não podemos esperar que seja abandonado a teoria da culpa na profissão médica, pois que não traria solução para o problema do desequilíbrio processual e, conseqüentemente, haveria uma oneração excessiva, inviabilizando o exercício da Medicina, o que viria inexoravelmente em detrimento dos próprios pacientes e, enfim, da sociedade.

Deve-se, contudo, salientar a importância da participação do paciente em seu tratamento, buscando sempre esclarecer todas as dúvidas quanto ao tratamento apresentado, os riscos, e as conseqüências possíveis, prevenindo desta forma muitas frustrações futuras que poderiam ser evitadas com um pouco mais de esclarecimento e diálogo.

De um modo geral, podemos afirmar que a culpa, ponto central do trabalho, pode ser demonstrada por meio de todas as provas legalmente previstas no Código de Processo Civil, bem como a prova indireta, a exemplo dos indícios e presunções, a qual deve ser amplamente explorada na demonstração da responsabilidade médica, eis que as características peculiares da própria relação médico-paciente dificultam a produção de provas diretas e concludentes. O fato da prestação de serviços médicos se dar em ambiente privado, o corporativismo da equipe, a posse dos documentos médicos, tornam-se obstáculos à produção da prova direta e cabal, situação esta conduziu a uma maior aceitação das provas indiretas pelos julgadores, desde que confirmadas pelo contexto das demais provas dos autos.

Também, a título de louvor, cabe ressaltar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade médica, pois apesar de reafirmar a necessidade de demonstração da culpa, permitiu a inversão do ônus probatório em favor do demandante, presentes as condições legais, o que tem sido aplicado largamente pela jurisprudência nacional.

Da mesma forma, deve-se ressaltar que a posição mais acertada, quanto ao momento de inversão do ônus probatório, é a da sentença, pois tal medida implica em uma participação ativa de ambas as partes no processo, trazendo aos autos todas as provas possíveis à demonstração da verdade dos fatos. Por não existir definição do ônus probatório, tanto o médico quanto o paciente debaterão ativamente em torno da existência ou não do elemento “culpa”, o qual quase sempre é responsável pela definição da sentença.

É esta participação que o processo deve buscar, pois não há que se falar em pacificação da lide quando uma parte sucumbe por não ter conseguido provar um fato que é inegável ao olhos da sociedade. Com a possibilidade da inversão do ônus de provar, o réu se vê obrigado a produzir prova de sua diligência e retidão de conduta, trazendo ao juízo todas as provas desta alegação, o que legitima a decisão do juiz, a qual se dá com base nas provas e não nas regras de sucumbência processual.

De qualquer forma, a doutrina processualista e a jurisprudência têm acordado para a necessidade de satisfazer os anseios concernentes à prova do erro médico, de forma a melhor permitir o acesso à Justiça, não somente com o fim de obter a reparação dos danos causados, mas também com o objetivo de prevenir as futuras falhas no atendimento sanitário.

Por fim, vale destacar que o estudo da prova da culpa e do direito à prova na responsabilidade médica revela, na verdade, a imprescindibilidade da superação de falhas e dificuldades que tornam o direito processualista um meio burocrático, de atuação lenta e inoperante, transformando-o efetivamente num instrumento pacificador da sociedade ao servir para a efetiva solução de conflitos presentes na sociedade moderna.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 718.
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2.
- ALVIM, Arruda, et al. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. **A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.7, 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. ed., São Paulo:, Saraiva, 1990, v. 7.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 5,1. trim. 2001.
- GRACIANO, Valmir. **Responsabilidade Civil dos médicos**. Paranavaí: Fundação Cultural de Paranavaí/ Diretório Acadêmico Tristão de Athaide, 1987.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e o Ônus da Prova**. Revista Arquivos, CRM-PR, v. 15, n. 59, 3. trim. 1998.
- MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Presunção do Direito, especialmente no Direito Civil**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 513. 1995.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PÉREZ DE LEAL, Rosana. **Responsabilidad Civil del Médico**. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil do Médico**. Jus Navigandi, n. 54. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br>> Acesso em: 15 abr 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de trabalho científico**. Curitiba: UFPR, 2001.

YUNGANO, Arturo Ricardo et al **Responsabilidad Profesional de los Médicos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.