

ITALO ALEXANDRE CHI

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

**Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Universidade Federal do Paraná como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.**

Orientador: Profº Dr. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2001**

TERMO DE APROVAÇÃO

ITALO ALEXANDRE CHI

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente:

Membro da Banca:

Membro da Banca:

Curitiba, 21 de agosto de 2001.

SUMÁRIO

Termo de Aprovação	ii
Resumo	iii
1 Introdução	1
2 Dos primórdios da noção de responsabilidade médica	3
2.1 Introdução	3
2.2 Histórico	3
2.2.1 Egito	4
2.2.2 Grécia	4
2.2.3. Roma	5
2.2.4 França	5
3 Delineamentos acerca de uma teoria geral da responsabilidade civil	8
3.1 Responsabilidade Civil: Pressupostos	8
3.1.1 Ação ou omissão do agente	8
3.1.2 Culpa do agente	9
3.1.3 Relação de causalidade	9
3.1.4 Dano experimentado pela vítima	10
3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	11
3.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	13
3.4 Dos deveres do médico.....	15
3.4.1. Dever de informação.....	16
3.4.2 Dever de assistência.....	17
3.4.3 Dever de prudência.....	17
3.5 Identificação da responsabilidade médica.....	18
4 A inversão do ônus da prova na teoria da responsabilidade civil	20
4.1 Obrigações de meio e de resultado na responsabilidade médica.....	20
4.2 Da Inversão do ônus da prova	23
4.2.1 O conceito e objeto da prova.....	23
4.2.2 Das provas em espécie.....	24
4.2.2.1 Prova documental.....	24

4.2.2.2 Prova testemunhal.....	26
4.2.2.3 Prova pericial.....	27
4.2.2.4 Confissão.....	28
4.3 Do ônus de prova e de sua importância para a aferição da verdade dos fatos.....	29
4.4 Breves reflexões sobre a prova	32
4.5 A Prova na Responsabilidade objetiva e subjetiva	34
4.6 A prova na responsabilidade médica	35
4.7 A Cirurgia Plástica e o problema da prova	38
4.8 Caracterização das cirurgias plásticas	38
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45
BIBLOGRAFIA CONSULTADA	47
ANEXO-1.....	48
ANEXO- 2.....	52
ANEXO-3.....	57

RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho foi basicamente o estudo da inversão do ônus da prova na responsabilidade médica. Foi abordado primeiramente, a título ilustrativo, o tratamento dado à medicina nos primórdios da humanidade. Num segundo capítulo tratou-se da teoria geral da responsabilidade, vez que alguns conceitos são imprescindíveis para tratarmos do assunto objeto do presente trabalho. No último capítulo abordou-se a inversão do ônus da prova, mostrando-se a divergência doutrinária existente acerca de tal assunto, mostrando também, através de algumas jurisprudências citadas como os Tribunais têm tratado de tal tema. Pretendeu-se no presente capítulo mostrar a necessidade da inversão do ônus da prova no tratamento de algumas obrigações, a fim de que se facilite o ressarcimento de danos sofridos pelas vítimas, sem impor uma responsabilidade absoluta.

Palavras-chave: responsabilidade; prova; inversão; médica

INTRODUÇÃO

Seria pretensão extremada é até ilógica pretender tratar a fundo e em tão poucas páginas um dos temas mais complexos e debatidos em nossa doutrina, que é o da inversão do ônus da prova. Tanto a doutrina pátria quanto a estrangeira relutam em seus posicionamentos, sendo praticamente impossível um consenso entre opiniões tão divergentes e contrapostas.

Não obstante tais obstáculos, foi elaborado o presente trabalho, o qual teve como escopo tratar de um dos temas que muito assolam o grupo social hoje e que não vem sendo debatido pelos nossos Tribunais de acordo com sua verdadeira relevância e complexidade, que é o da inversão do ônus da prova na responsabilidade civil médica.

A importância do tema se deve mormente por uma necessidade da sociedade de ser ressarcida de danos porventura advindos de erros de uma atividade típica de prestação de serviços.

A relevância do tema se deve também ao fato da desinformação dos profissionais da área médica acerca da possibilidade de responsabilização por danos que venham a praticar.

Ratifica tal assertiva a afirmação do jurista Gerson Luiz Carlos Branco, o qual enuncia que: *“Percebe-se que é grande a desinformação entre os profissionais da área médica, tanto no sentido de ignorar a possibilidade de responsabilização como na de achar que com o avanço da matéria nos tribunais sua atividade será inviabilizada.”*¹

Longe de ser um discurso falacioso e meramente retórico, pretendeu o presente trabalho traçar linhas gerais sobre tal tema, justificando assim os tópicos tratados no presente trabalho.

O capítulo I traçou os delineamentos gerais da responsabilidade médica nos primórdios da humanidade, arguindo as principais dificuldades existentes em seu tratamento. Tentou-se demonstrar a título não apenas ilustrativo, o tratamento que

¹ Branco, G. L. C. Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 733, p. 75, nov. 1996.

tal responsabilidade recebia no passado, até arbitrário, para se responsabilizar esse profissional da saúde.

No capítulo II tratou-se da teoria geral da responsabilidade civil que, embora seja tema objeto do direito material, fez-se imprescindível para o entendimento do capítulo III, a qual tratará especificamente do tema objeto de estudo.

Outrossim, fez-se importante o capítulo II a fim de identificarmos a que tipo de responsabilidade situa-se a responsabilidade médica para, postumamente, enumerarmos suas características principais, as quais serão úteis para o pleno entendimento do assunto a ser a seguir tratado.

Finalmente, no capítulo III, tratou-se da inversão do ônus da prova, ditando-se algumas regras expostas por nossa doutrina e corroborada pelos nossos tribunais acerca de tal assunto. A jurisprudência posta ratifica tal afirmação.

Como exposto inicialmente, não se pretendeu esgotar o tema aqui tratado, podendo o mesmo ser objeto de futuras críticas e de estudos mais aprofundados.

2 . Dos primórdios da noção de responsabilidade médica

2.1 Introdução

Conforme exposto na introdução, no estudo da responsabilidade civil médica, imprescindível é a tarefa de identificarmos a que tipo de responsabilidade essa pertence para, numa segunda fase, enumerarmos suas características principais, as quais serão úteis para o pleno entendimento do objeto a ser desenvolvido no presente trabalho.

Porém, primeiramente passaremos a analisar o histórico da responsabilidade médica nas principais civilizações antigas.

2.2 Histórico

Nos primórdios da humanidade não havia a preocupação existente hoje no estudo das patologias. As atividades “médicas” eram realizadas por curandeiros, os quais estavam preocupados essencialmente com a cura de seus pacientes. Esses curandeiros não eram considerados pessoas comuns, mas feiticeiros, com poderes sobrenaturais, verdadeiros magos com milagrosos poderes curativos. Tal crença mostra-se justificável, na medida da absoluta ignorância em que viviam, não tinham consciência do desenvolvimento das mais diversas doenças e da reação do organismo a cada uma delas.

Em virtude disso, caso um paciente morresse, a culpa era atribuída ao médico, ele o matou e deveria ser punido; as penas eram também extremamente severas, atingindo inclusive a integridade física do indivíduo.

O primeiro documento histórico a tratar desse tema foi o Código de Hamurabi. Esse impunha a máxima atenção e perícia do médico no exercício de sua profissão, caso contrário, estaria sujeito a penas como, por exemplo, a amputação da mão do referido profissional, entre outras.

Evidentemente, apenas simples operações eram praticadas, devido à falta de conhecimento, sendo que o médico se preparava com muita serenidade para a realização da qualquer intervenção cirúrgica, em virtude das graves penas que estaria submetido caso sua atuação não alcançasse o resultado esperado.

Trataremos agora, muito resumidamente e a título ilustrativo a responsabilidade civil médica de algumas das civilizações da antiguidade.

2.2.1 Egito

Diferentemente do sistema romano, no Egito os médicos ostentavam um alto status, sendo comparados com sacerdotes muitas vezes. Além de não pagarem tributos, eram auxiliados mediante fundos públicos.

Tais profissionais não eram punidos caso seus pacientes morressem, desde que respeitassem regras pré-estabelecidas, possuindo um livro que estabelecia tais regras de obediência obrigatória.

Caso porém desobedecesse o médico a esse “Livro Sagrado” era ele condenado à pena de morte, independente do desfecho da doença, advindo portanto de tal livro a responsabilidade civil médica egípcia.

2.2.2 Grécia

O primeiro estudo grego no campo da medicina advém do “Corpus Hipocratium”, de construção filosófica aristotélica, o qual contém noções de uma medicina permeada de elementos científicos e racionais. Isso representou o início da idéia de que a culpa do médico não advém simplesmente da falta de sucesso em um tratamento, devendo ser analisada para auferi-la a conduta seguida pelo mesmo.

Sendo assim, para a aferição da responsabilidade médica entendiam que se fazia necessário um perito e um colegiado de médicos, o que corresponde hoje à figura de nossos peritos judiciais.

Em virtude do grande número de médicos gregos atuarem em Roma e serem esses escravos, a medicina foi vista como uma profissão indigna de ser exercida por homens livres. Sendo exercida por escravos, que pouco entendiam de medicina, muitos insucessos ocorreram e, conseqüentemente adotaram-se penas bastante severas para tais “mal-sucedidos”, como trabalho nas minas, chibatadas e inclusive a crucificação.

Tal situação só começou a melhorar com o surgimento das universidades e também pela formação de corporações bem organizadas de médicos, por volta do

ano de 1300, as quais começaram a obter diversas formas de proteção legal para seus membros.

Destarte, a medicina perdia seu caráter empírico do passado e adquiria cada vez mais conotação científica, ganhando caráter de ciência, seguindo-se conseqüentemente a uma análise mais racional do erro e da culpa profissional.

2.2.3 Roma

A responsabilidade civil romana se caracterizou em uma primeira fase pela vingança privada como forma de repressão do dano sofrido. Posteriormente o poder público passou a intervir na repressão, advindo daí o início do domínio jurídico.

Estágio posterior a esse foi o da composição voluntária, em que recebia a vítima um resgate pelo dano que lhe fora causado, o qual poderia ser um objeto ou um determinado montante em dinheiro.

Porém a generalização da responsabilidade civil só chegou a Roma com a Lei Aquilia. Nela se encontram os primeiros resquícios de uma responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico imperito. Ulpiano, citado por Miguel Kfoury Neto (1996, p. 33), enunciou que: *“assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia”*.²

Assim, num primeiro momento, admitia-se a responsabilidade médica apenas para o médico imperito, não se cogitando das demais modalidades de culpa hoje conhecidas.

Em Roma a medicina era praticada por curandeiros, os quais eram considerados verdadeiros magos. Porém, com a transição da República para o Império, ocorreu uma grande elevação cultural, sanitária e científica da medicina, ganhando a mesma o status de profissão, passando a haver também um sistema codificado de saúde pública e higiene social. Aos poucos ia-se desgarrando dos velhos mitos a respeito da cura, e do seu caráter sobrenatural e supersticioso, passando-se a temer menos as evoluções médicas que surgiam.

² ITURRASPE, J. M. *Responsabilidad Civil del Medico*, p. 125.

2.2.4 França

A responsabilidade civil francesa quase deixou de existir devido a uma decisão proferida em 1829 pela Academia de Medicina de Paris, a qual proclamou que os médicos teriam apenas responsabilidade moral na cura de seus pacientes. Pretendia tal posicionamento implantar a idéia de que só poderia o médico ser responsável quando sua culpa adviesse de erro grosseiro, elementar, incumbindo o ônus da prova sempre ao paciente.

Porém no ano de 1832 a ocorrência de um determinado processo de responsabilização médica revolucionou toda a jurisprudência francesa.³

Resumidamente o caso foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado a fim de dar assistência ao parto da Sr. Foucault às seis horas da manhã, só comparecendo entretanto às nove. Constatou que o feto encontrava-se em má posição, apresentado-se de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Em virtude disso, resolveu amputar tal membro. Notando porém que o membro esquerdo apresentava semelhante problema, amputou também o braço esquerdo da criança. Diante de tal situação a família Foucault ajuizou uma ação contra o referido médico, obtendo êxito, sendo que o tribunal de Confront o condenou ao pagamento de vinte francos.

Tal fato, conforme exposto revolucionou a jurisprudência e hoje na França predomina a teoria "La perte d'une chance", (a perda de uma chance), a qual apregoa que consiste o erro médico em não dar todas as chances de cura e sobrevivência para um paciente, o que representa o espírito sancionador francês, bastante rigoroso no tocante a tal matéria.

A teoria teve influência no Brasil, pois um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Desembargador foi Araken de Assis⁴ reconheceu a perda de uma chance como fator de responsabilização médica.

Trata-se do caso de um paciente que possuía baixo número de espermatozoides, razão pela qual foi realizada uma cirurgia que resultou na morte

³ KFOURI NETO, M. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 37-38.

⁴ Ap. Civ. 592.020.846, 1ª Câmara. In RJTJRS 158, p. 214 e ss, extraído de BRANCO, G. L. C. Op. Cit., p. 66.

do mesmo. Entendeu o tribunal que a responsabilização do médico se deveu fato de que, embora o número de espermatozóides fosse baixo, a inseminação artificial mostrava-se como uma possibilidade. O médico também teria errado na medida em que deu alta ao paciente que se encontrava febril e mesmo com o agravamento dessa, restringiu-se a atendê-lo por telefone.

Retornando o paciente ao hospital, foi ele encaminhado para a Unidade de Terapia Intensiva, vindo a falecer.

Entendeu-se que, no presente caso o valor da indenização deveria ser reduzido, vez que houve culpa concorrente por parte da vítima, na medida em que esta insistiu em retornar a casa.

Nesse mesmo sentido julgou o tribunal de Alçada de Minas Gerais⁵ (Apelação Cível 153.433-8, 3º Câm. Cív.), cujo relator foi o Juiz Tenisson Fernandes. O referido tribunal condenou o médico e o hospital por terem eliminado as chances de sobrevivência de um feto ao abandonarem a gestante, pois se ela fosse atendida a tempo e fosse realizada uma cesariana a criança sobreviveria, no entanto, pelo atendimento tardio veio a falecer.⁶

⁵ BRANCO, G. L. C. Op. Cit. p. 66.

⁶ Em sentido contrário, não reconhecendo a perda de uma chance é a Ap. Cível. 589.069.996., da 5ª Câmara Cív. do TJRS, rel. Des. Ruy Rosardo de Aguiar Júnior, em 12.06.1990.

3 Delineamentos acerca de uma teoria geral da responsabilidade civil

3.1. Responsabilidade civil: Pressupostos

Silvio Rodrigues ⁷ enumera quatro pressupostos da responsabilidade civil a seguir transcritos, vez que as informações a seguir referidas servirão para o melhor entendimento do objeto do presente trabalho.

- a) Ação ou omissão do agente
- b) Culpa do agente
- c) Relação de causalidade
- d) Dano experimentado pela vítima

3.1.1 Ação ou Omissão do agente

A indenização pelo gravame ocorrido pode derivar tanto de uma ação, ou seja, de um fato comissivo quanto de uma omissão, de uma abstenção do agente causador do gravame. Devem também para a ação ou omissão constituírem-se atos ilícitos infringirem a um dever, que pode ser legal, contratual ou ainda social.

Exemplos dos três tipos de deveres são dados pelo referido autor. Quanto ao primeiro, cita ele a hipótese de um homem armado sacar de sua arma e dispará-la em local público, estando assim a infringir um dever de ordem legal, em face da existência de norma a proibir tal comportamento.

Um exemplo de dever contratual é o caso de um revendedor de veículos, o qual assegura ao comprador que o referido bem móvel não possui nenhum defeito de fabricação. Porém, posteriormente, o veículo se incendeia, constando-se que a causa de tal incêndio decorreu de um defeito daquele veículo. Nesse caso o vendedor é plenamente responsável pelo ocorrido, vez que faltou ao dever contratual de entregar o veículo em condições normais de uso.

E por fim, cita o autor um exemplo de dever social, nos casos de abuso de direito. Seria a hipótese do inquérito policial, em que se permite a qualquer indivíduo pedir a sua abertura, se alguém formula tal pedido embasado em queixas

⁷ RODRIGUES, S. *Responsabilidade Civil*, vol IV, 13ª ed. Editora Saraiva, 1993, p.14-19 e 23-24.

infundadas estará a praticar ato ilícito, devendo reparar o prejuízo que venha a ser causado.

Outro caso interessante é o caso do dano resultar de um ato de uma pessoa e da omissão de outra, que deixou de cumprir o dever que lhe era imposto de evitar que o resultado danoso corresse. Exemplo disso advém de um acórdão de 28 de abril de 1981, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi a seguir sintetizado pelo jurista ora citado:

Durante uma aula de laboratório, em um curso de artes plásticas, um estudante colocou álcool na tocha utilizada para amolecer acrílico, ocasião em que a chama aumentou e se estendeu ao recipiente. Atirada a garrafa para trás ela atingiu a vítima que se feriu gravemente. Esta propôs ação de reparação do dano contra o estudante que atirara a garrafa em flamas e contra a mantenedora do estabelecimento de ensino. A decisão condenou ambos os réus, o estudante pelo seu ato imprudente e a mantenedora por sua omissão, dada a sua culpa manifesta, que não exerceu a necessária vigilância sobre os alunos, durante as experiências com substância perigosa.⁸

3.1.2 Culpa do agente

Não é tarefa fácil definir-se o que é culpa, sendo que muitos autores se recusam a fazê-lo. José Aguiar Dias a esse respeito elucida que a culpa é um fundo animador da conduta imputável, do ato ilícito, da injúria e da ofensa. Coloca também que na culpa podem ser encontrados dois elementos; o objetivo, baseado na iliciedade e o subjetivo, baseado no mau procedimento imputável.

Cita o referido autor ainda que: “A conduta reprovável, por sua parte compreende duas projeções: o dolo, na qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia*, *imprudencia* e *ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.”⁹

3.1.3 Relação de causalidade

⁸ RODRIGUES, S. Op. cit., p.23.

⁹ DIAS, J.de A. Da responsabilidade civil. Vol I. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p.108.

Para que se imponha a alguém a obrigação de indenizar por algum dano ocorrido é indispensável a existência de uma relação de causalidade entre o ato do agente, bem como do seu preposto, ou mesmo da coisa que tenha sob sua guarda e o prejuízo experimentado pela vítima.

Não se mostra fácil determinar-se o nexo causal, muito pelo contrário, mostrando-se extremamente penosa tal tarefa. Sendo assim, para a determinação a preferência dos autores divide-se em três critérios, os quais foram enumerados por Orlando Gomes¹⁰ e que são os seguintes: o da equivalência das condições, o da causalidade adequada e o da causalidade imediata.

Pelo critério da equivalência das condições, não é necessário que o dano seja a consequência direta do fato, bastando apenas verificar se o resultado ocorreria ou não se o fato não estivesse presente. Sendo assim, não é necessário que o fato seja a causa imediata do dano, mas que seja condição "sine qua non" para a produção de um determinado resultado danoso.

Pelo critério da causalidade adequada, considera-se a causa de determinado gravame o fato capaz de produzi-lo. A causa é adequada quando o fato é apto a produzir o resultado e qualquer pessoa, colocada no lugar do autor poderia prever aquele determinado dano, não surgindo então de circunstâncias extraordinárias, não previstas pelo agente.

Por fim, pelo critério da causalidade imediata considera-se a causa do dano o fato que deriva o mais próximo possível.

3.1.4. Dano experimentado pela vítima

Para que ocorra a indenização deverá o ato ilícito causar prejuízo a alguém, ou seja, necessária é a ocorrência do dano para que se ponha a questão da responsabilidade.

Enumera o mestre Ruy Rosardo de Aguiar Jr.¹¹ alguns prejuízos de variada natureza, atinentes à ofensa contra a pessoa. Cita o renomado jurista como exemplos a morte, doenças, incapacidades orgânicas e funcionais, consequências

¹⁰ GOMES, O. *Obrigações*. 12ª ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1999, p. 274-275.

¹¹ AGUIAR JR., R. R. de. *Responsabilidade Civil do Médico*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 49, ago. 1995.

de ordem psíquica, sexual ou social e frustração do projeto de vida da vítima. Outrossim, informa ele que tais danos podem afetar tanto o paciente quanto os seus familiares, de acordo com a sua natureza.

Costuma-se dividir os danos em patrimoniais, também chamados de materiais, os quais tem natureza econômica, e danos extrapatrimoniais, atinentes a valores de ordem espiritual.

Se antes pairavam dúvidas a respeito da indenização ou não do dano moral, hoje a questão perdeu a relevância com a promulgação de Constituição Federal de 1988, a qual consagrou a indenização por dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X.¹²

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Na teoria da responsabilidade civil, costuma-se dividir a responsabilidade em basicamente dois tipos: contratual e extracontratual. Ocorre a primeira hipótese quando a obrigação de indenizar surge do inadimplemento de obrigação negocial, já na segunda a obrigação decorre da lesão à direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica.

A responsabilidade civil contratual se refere à inexecução das obrigações, as quais devem necessariamente ter a sua fonte no contrato celebrado entre as partes. Já a responsabilidade extracontratual se refere à teoria dos atos ilícitos.

O Código Civil prevê em seu art. 159 a responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana, a qual, conforme fora exposto, não deriva do ilícito contratual, vez que inexistente contrato entre as partes, aplicando-se os princípios gerais da obrigação de indenizar.

¹² A respeito da indenização pelo dano moral sofrido, vale ressaltar que atualmente se admite que até mesmo a pessoa jurídica pode sofrer um dano moral, como estabeleceu a Súmula 277 do STJ: 'A pessoa jurídica pode sofrer dano moral'.

No artigo 1056 do referido *codex* está disciplinada a responsabilidade civil contratual, na qual antes de existir a obrigação de indenizar há um liame jurídico que vincula as partes, derivado de uma convenção.

Eis na íntegra o texto dos citados artigos:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação de culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.

Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Em matéria de prova o tratamento dado a tais responsabilidades é diverso; enquanto na aquiliana o “onus probandi” recai sobre a vítima, devendo essa demonstrar a culpa do agente causador do dano, na contratual, demonstrando o credor que o devedor descumpriu o contrato, recai sobre esse o ônus de provar que inexistiu culpa de sua parte, ou alegar a ocorrência de força maior, ou ainda qualquer outra excludente da responsabilidade.

Quanto à capacidade, diferentes também são os tratamentos dados a cada uma das responsabilidades. Na responsabilidade contratual o menor púbere só se vincula contratualmente se assistido por seu representante legal, somente nesses casos podendo ser responsável pelo inadimplemento. Já na responsabilidade aquiliana equipara-se o menor impúbere ao maior quando aos atos ilícitos cometidos por sua culpa, cumprindo-lhe reparar o prejuízo sempre.

O jurista Reynaldo Andrade da Silveira aponta algumas diferenças entre a as duas espécies de responsabilidade, a seguir transcritas:

a) Na responsabilidade civil contratual, o credor somente está obrigado a demonstrar que a obrigação compactuada não foi cumprida, e o devedor só não será condenado a ressarcir se evidenciar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, incumbindo, pois, ao devedor o ônus da prova. Além disso, a fonte de onde emana a obrigação é o contrato.

b) Na responsabilidade extracontratual o autor tem o ônus, inversamente da primeira, de demonstrar que o agente agiu com culpa – negligência, imprudência e

imperícia. A origem do dever de ressarcir está na obrigação geral, ensartada no artigo 159, que ninguém deve lesar, ou que não se deve causar dano a outrem.¹³

3.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A teoria da responsabilidade passou a sofrer inúmeras modificações a partir da insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade, principalmente no direito do trabalho.

A dificuldade existente devia-se ao fato de, nos acidentes de trabalho, o operário ficar desamparado devido à impossibilidade de se provar a culpa do patrão. Tal injustiça não passou despercebida dos olhos dos juristas, que notaram a necessidade de serem criados mecanismos técnicos que pudessem colocar as partes em relação de igualdade, no intuito de resolver as lides trabalhistas advindas de acidentes de trabalho. Dentre os mecanismos criados surgiu a inversão do ônus da prova, muito utilizada na responsabilidade objetiva.

Além da responsabilidade objetiva existe outra teoria que versa a respeito da responsabilidade civil: a teoria subjetiva.

Segundo a teoria subjetiva, para a vítima obter a reparação do dano causado, terá que provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente causador do gravame. Define Fabrício Zamprogna Matielo a culpa como o “... *vinculo de caráter interno a demonstrar a imputabilidade do resultado ao agente, gerando o dever de restabelecer a situação anterior ao prejuízo.*”¹⁴

Na responsabilidade subjetiva deverão estar presentes o resultado danoso, o agente que o produziu, o nexo de causalidade, ou seja, a ligação do agente com o gravame, e a culpa *lato sensu*, a qual abrange a culpa *stricto sensu* e o dolo, podendo este ser tanto direto ou eventual. No caso da responsabilidade advir da culpa *stricto sensu*, essa abrange a imprudência, a negligência e a imperícia.

A culpa, conforme já explicitado, apresenta três modalidades clássicas, as quais serão aqui brevemente explanadas:

Por imprudência entende-se a atuação irrefletida do agente, capaz de

¹³ SILVEIRA, R. A. da Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 674, p.59, dez.1991.

¹⁴ MATIELO, F. Z. *Responsabilidade Civil do Médico*. 1ª ed. Porto Alegre : Sagra Luzzatto, 1998, p.15.

ocasionar danos. Exemplo disso é o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista para iniciar uma cirurgia, aplicando ele mesmo a anestesia, vindo o paciente a morrer de parada cardíaca.

Pela negligência entende-se a conduta omissa do agente, a falta de atenção e diligência quando essas eram devidas e capazes de evitar o prejuízo causado. Como exemplo teríamos o caso do médico que esquece algum objeto cirúrgico na cavidade abdominal do paciente.

Diferentemente das anteriores, caracteriza-se a imperícia pela deficiência na formação profissional do indivíduo, o qual causou o gravame por não estar tecnicamente preparado para evitá-lo, seja pela falta de conhecimentos técnicos, seja pela má aplicação dos mesmos.

A distinção ora feita, embora importante, não encontra maiores preocupações por parte do direito civil, vez que, para esse, não importa se a conduta foi cometida dolosa ou culposamente, já que ambos os casos estão abrangidos pela idéia de culpa *lato sensu*. A diferenciação se mostra de maior relevância prática em sede penal, sendo que no âmbito civil importa verificar se a conduta, comissiva ou omissiva causou algum resultado danoso.

Tem lugar ainda em nosso ordenamento pátrio a responsabilidade civil objetiva. Essa se mostra bastante útil para aqueles casos em que a vítima se vê impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido.

Relega tal teoria a um plano secundário o nexo de causalidade entre o evento e o dano, presumido-se a culpa. A esse respeito, dilucida Carlos Roberto Gonçalves, citado por Miguel Kfoury Neto (1996, p. 47) : “...*não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano: ou a culpa é presumida simplesmente pela lei ou simplesmente se dispensa a sua comprovação.*”¹⁵

O presente trabalho acadêmico se aterá basicamente à responsabilidade objetiva, por uma característica básica advinda da mesma, que é a inversão do ônus da prova. Uma vez presumida a culpa, ao autor caberá apenas provar a ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido, pois a culpa, essa se presume.

Uma vez presumida a culpa do agente, caberá a esse provar que sua ação ou

¹⁵ GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade civil*, p. 25.

omissão não foram capazes de ocasionar o gravame, que inexistente nexos causal entre o fato praticado por tal agente e o dano sofrido pela vítima.

A teoria da responsabilidade objetiva adveio da dificuldade da demonstração do nexos causal entre fato e dano, o que privava muitas vítimas do ressarcimento dos danos por elas sofridos. Não é que a conduta esteja destituída de culpa, mas prefere-se presumi-la a tentar investigá-la e prová-la, facilitando assim o acesso do lesado à indenização devida pelo ocorrido.¹⁶

Dentre as teorias objetivistas acerca da responsabilidade civil, duas teorias merecem destaque: a teoria “La perde d’une chance” e a teoria “res ipsa loquitur”. Em virtude da primeira já ter sido tratada quando da exposição acerca do histórico da responsabilidade civil francesa, trataremos em linhas muito breves da segunda.

A teoria “res ipsa loquitur”,¹⁶ também chamada de conhecimento comum (“common knowledge”), é adotada em alguns Estados dos Estados Unidos e consiste na presunção de negligência do médico com relação aos seus pacientes, a favor desses quanto a algum infortúnio ocorrido.

Segundo tal teoria, para a prova da negligência profissional, não há a necessidade da intervenção pericial, sendo a negligência do profissional baseada nas evidências circunstanciais de certas espécies de maus resultados ocorridos.

A teoria “res ipsa loquitur” deve obedecer a alguns requisitos:

1. Deve o dano ser o resultado de uma conduta que normalmente não ocorreria senão na existência da negligência.
2. Deverá também o dano ter sido causado pelo médico ou por um subordinado desse.
3. Não deve o paciente ter produzido o resultado por negligência de sua parte.

3.4 Dos deveres do médico

A culpa médica está bastante relacionada com o descumprimento de deveres aos quais, deveria o médico respeitar e cumprir. Para que ocorra a responsabilização médica, necessário é que o médico tenha ignorado e violado tais deveres.

¹⁶ KFOURI NETO, M. Op. Cit., p. 51.

A doutrina costuma agrupar os deveres médicos em três ordens: dever de informação, dever de prudência e dever de assistência constante.

3.4.1. Dever de informação

Biparte-se o dever de informação em dois outros sub-deveres; o dever geral de informação e o dever específico de aconselhamento.¹⁷

Trata-se o dever de informação na obrigação que tem o médico, na fase pré-contratual, de informar aos seus pacientes sobre as condições em que presta seus serviços, como por exemplo, o preço da consulta, sua especialidade, etc. Já o aconselhamento é a transmissão de uma série de informações ao paciente sobre o tratamento a ser realizado, o estado de saúde em que ele se encontra, fornecendo condições suficientes para que o mesmo possa fazer o balanço entre os benefícios que poderão ser aferidos com aquele tratamento e os danos que poderá sofrer.

Caso não seja recomendável que o médico informe ao paciente acerca de seu problema, deverá ele informar aos familiares do doente.¹⁸ Compartilha desse entendimento a jurista Rosana Perez de Leal:

El facultativo debe ilustrar al paciente em lenguaje claro e adecuado a su nivel cultural acerca del carácter de su afección y pronóstico esperado; en el supuesto de que el profesional considere que la información no es oportuna para la evolución de la enfermedad del asistido, hará conocer a un pariente próximo sobre la verdadera dimensión del estado de salud del paciente.¹⁹

O jurista Rui Rosardo de Aguiar Junior também acerca de tal questão se manifestou:

O médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir e riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares 'sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado'. Ao reverso do que ocorria anteriormente, a tendência hoje, seguindo a escola americana, é a de manter o paciente informado da realidade de seu estado (Caio Mário, Responsabilidade Médica, Coad, 2/7). Quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo à angústia ou ao desespero (Chammard – Monzein, op.

¹⁷ Tal classificação é adotada pelo doutrinador Gerson Luiz Carlos Branco

¹⁸ Esse entendimento é compartilhado ainda pelo jurista Gerson Luiz Carlos Branco

¹⁹ PEREZ DE LEAL, R. *Responsabilidad Civil del Medico*. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1995, p. 70.

cit., p. 132). Se a perspectiva é de desenlace fatal, a comunicação deve ser feita ao responsável (art. 59 do Código de Ética, Res. 1.246, de 1988, do Conselho Federal de Medicina). O prognóstico grave pode ser compreensivelmente dissimulado; o fatal, revelado com circunspeção ao responsável. Em se tratando de risco terapêutico, o médico deve advertir os riscos previsíveis e comuns, os excepcionais podem ficar na sombra (Penneau, La Reforme ... p.530). Na cirurgia, porém, muito especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva, assim como também no uso de novos medicamentos. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingirem o seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de se decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.²⁰

Outrossim, inclui-se no dever de aconselhamento a obrigação do médico de indicar um especialista para o problema apresentado quando ele não o for.

3.4.2 Dever de assistência

O dever de assistência consiste na obrigação de prestar o médico seus serviços com a maior diligência e correção possíveis, trabalhando de forma adequada e de modo que possa colher as informações técnicas necessárias sobre seu paciente para assim intervir. Assim o “abandono” do paciente pode levar o médico a ser responsabilizado.

A esse respeito manifestou-se o jurista Gerson Luiz Carlos Branco:

Poderá o médico deixar de atender, mas não abandonar. Para tanto deverá comunicar o paciente ou seus familiares, preferencialmente com uma motivação, restituindo os honorários recebidos pelos serviços não prestados. O abandono se caracteriza pela situação de desinformação e desassistência, enquanto que para o paciente há a expectativa constante de que está por vir a “visita” médica.²¹

Também no dever de assistência inclui-se ainda o dever de vigilância, que deverá ocorrer nos casos de pacientes com distúrbios mentais, os quais poderão causar danos sobre si mesmos.

3.4.3 Dever de prudência

²⁰ AGUIAR JR., R. R. de. Op. Cit., p. 36.

²¹ BRANCO, G. I. C. Op. Cit., 61..

Consiste a prudência no agir de boa-fé por parte do médico. Não pode ele realizar uma operação de grandes riscos, por exemplo, sem a autorização de seu cliente, ou dos familiares desse, não podendo também abusar de sua tecnicidade para decidir a vida de seus pacientes. Logicamente tal assertiva comporta exceções, em situações de suprema urgência, que exijam uma intervenção imediata por esse profissional da saúde, deverá ele agir.

Conjuntamente com o dever de prudência está o dever de aperfeiçoamento constante. Deve o médico estar a par das novas técnicas médicas que surgem sem cessar, para que possa assim fazer a melhor intervenção possível em seus pacientes.

3.5 Identificação da responsabilidade médica

O Código Civil, em seu artigo 1545, reza 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.”*

Apesar de nosso Código Civil, no referido artigo, colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, é entendimento quase pacificado que a sua natureza contratual é contratual.²² Tem entendido nossa jurisprudência de que, quando um médico atende a um cliente está ocorrendo a celebração de um verdadeiro contrato.

Alguns autores consideram a responsabilidade civil como contratual, mas em alguns casos extracontratual, como no quando o dano resulte de negativa de atendimento ou perante terceiros²³, embora o Código Civil contenha disposição atinente à responsabilidade extracontratual.

Contudo, convém ressaltar que, pode existir responsabilidade médica não advinda do contrato como, por exemplo, a de um médico que atende um indivíduo desmaiado na rua.

O contrato médico caracteriza-se por ser:

Tácito: para sua instituição basta apenas o atendimento e a aquiescência

²² Nesse sentido é o entendimento de Caio Mario da Silva Pereira.

²³ Nesse sentido é o entendimento de José de Aguiar Dias, Vera M. J. Fradera e George Durry.

profissional.

Consentido: via de regra tal contrato tem como característica o consentimento da vítima, não podendo ser caracterizado por uma decisão arbitrária do médico., excetuando-se porém os casos de perigo de vida.

De objeto lícito: o ato jurídico só se contrai diante de um objeto lícito, não sendo eficaz o contrato celebrado, por exemplo, entre a gestante que propusesse o aborto e o médico, que aceitasse realizá-lo.

Sinalagmático: Caracteriza-se por ser sinalagmático por haver uma reciprocidade de obrigações.

Oneroso: implica o contrato uma contraprestação pecuniária, vez que o paciente obriga-se a abonar a contraprestação de cura.

4 A Inversão do ônus da prova na teoria da responsabilidade civil

4.1 Obrigações de meio e de resultado na responsabilidade médica

As obrigações de meio são aquelas em que o profissional está vinculado à aplicação de todos os recursos disponíveis para tentar, do melhor modo possível, alcançar o resultado almejado, não estando porém adstrito a esse resultado final. Compromete-se a utilizar todos os recursos ao seu alcance, não se comprometendo, no entanto, com a cura de seus pacientes.

Fabrizio Zamprogna Matielo, a esse respeito elucida:

A cura do paciente não é, certamente, o objetivo jurídico da contratação, embora se coloque como finalidade primacial do atendimento prestado, mesmo porque a reação dos pacientes é particular ante tratamentos estritamente iguais; o que para um representa a cura, para outro nada resolve. Isso é fruto das diferenças orgânicas e funcionais, variáveis entre indivíduos que, aparentemente, portam mal idêntico; porém, uma vez ministrado o tratamento, podem tanto chegar à cura como falecer, ou ainda manter o quadro inicial.²⁴

A obrigação de meios em certos casos faz-se uma necessidade, haja vista as inúmeras doenças incuráveis existentes hoje, não podendo assim o profissional da área médica assumir a obrigação de cura seus pacientes, pois nem sempre poderá fazê-lo. No entanto, deverá atuar zelosamente em tal empreitada, devendo estar a par do desenvolvimento da ciência à época da prestação do serviço. Não atuar o médico com os recursos disponíveis e necessários à obtenção do melhor resultado configura culpa sua em seu proceder, ensejando o dever de indenizar pelo resultado danoso.

Já nas obrigações de resultado compromete-se o devedor a alcançar um determinado resultado, caso não o alcance não terá cumprido com a sua obrigação.

O critério diferenciador de ambas as obrigações está, no dizer de Gerson Luiz Carlos Branco na determinação do núcleo da prestação. Cita o referido autor que: *“Assim, da mesma forma que a obrigação de prestar uma coisa, por exemplo a entrega de um pão, tem como objeto da prestação a efetiva entrega do pão e não*

²⁴ MATIELO, F. Z. Op. Cit., p. 53.

que aquele mate a fome de alguém, na obrigação de meio o objeto da prestação consiste somente no fazer, independente de satisfazer uma necessidade da vida.”²⁵

Convém salientar a existência de limitações naturais ao exercício de qualquer profissão, devendo o Direito estar a par das mesmas. Inegável é a existência de tais limitações, as quais decorrem dos progressos alcançados por um determinado ramo científico. Exemplo disso é o fato de o médico ter se utilizado de recursos técnicos conducentes a um determinado resultado final, não sendo esse alcançado não poderá haver a responsabilização pois, conforme terminologia utilizada pelo citado autor, é atributo da discricionariedade médica a utilização dessa ou daquela técnica.

Isso se deve ao fato de que os resultados não dependem somente da vontade e dos atos praticados por tais profissionais, mas também de inúmeros fatores externos, os quais são de difícil aferição.

Aspecto relevante na presente obrigação, quanto a sua responsabilização, diz respeito ao ônus da prova.

Tratando-se de uma obrigação de meio, incumbe ao paciente o ônus de provar a culpa do médico, não havendo inversão do “onus probandi” nesse caso, como ocorrem nas obrigações de resultado.

Sendo assim, quando um médico atende a um paciente, obriga-se a utilizar todos os recursos disponíveis e adequados, não se obrigando contudo a curar o doente e, se porventura o paciente falecer, não terá ocorrido inadimplemento do contrato, uma vez que tal profissional não assumiu e nem poderia assumir o compromisso de cura.

Uma das exceções à regra da obrigação de meio com relação ao médico é o caso das cirurgias plásticas. Nessa a obrigação não é a mera prestação de serviços, obrigando-se ele também com o resultado e caso esse não seja alcançado, não terá ele cumprido com a sua obrigação.

A justificativa de tal mudança de tratamento se deve ao fato de que a motivação moral para a realização da cirurgia plástica não é a mesma de uma intervenção cirúrgica, destinada a salvar a vida de um paciente, ou mesmo eliminar sua dor.

A situação da cirurgia plástica mostra-se extremamente complexa, na medida

²⁵ Op. Cit., p. 55.

em que o paciente nesses casos é uma pessoa sã, devendo a intervenção cirúrgica, se não melhorar o aspecto estético do paciente, ao menos não piorá-lo. Porém, não se deve esquecer que, em se tratando de uma cirurgia, traz a mesma riscos e uma relação de dependência com fatores externos muito grande.

A respeito das obrigações médicas de meio e do tratamento dado às mesmas quanto ao ônus probatório são os seguintes arestos proferidos por nossos Tribunais:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Internamento em hospital – Amputação de perna – indenização pleiteada – Inexistência de prova de culpa ou imperícia do profissional – Ação improcedente – Apelação não provida – Voto vencido.

Ainda que se admita a natureza contratual do serviço médico, não se pode presumir a culpa do profissional, por envolver obrigação de meio e não de resultado. Sem prova dessa culpa improcede ação de indenização (TJSP, Rel. José Cardinale, RT 523/68)²⁶

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE MÉDICA NÃO CONFIGURADA.

Médica que, no atendimento a cliente menor, se utiliza de meios adequados e indicados pela experiência, não age de forma culposa, pelo simples fato de não ter, com seu atendimento alcançado um resultado exitoso. O exame da conduta médica limita-se aos meios que oferece à cura e não ao resultado que, muitas vezes, independe daquela. Improcedência da ação.” (TJRS, Rel. Dês. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, RJTJRS 149/635)

RESPONSABILIDADE CIVIL – Médicos – Danos físicos atribuídos a tratamento por ele ministrado – Obrigação de meio e não de resultado – Regularidade da conduta do profissional – Culpa não configurada – Indenização não afastada – recurso provido – Voto vencido – Inteligência do artigo 1545 do CC.

Se a prescrição da medicação foi pertinente e cercada das cautelas recomendáveis e não havendo prova de que o profissional da medicina foi negligente, imperito ou imprudente no acompanhamento do tratamento, não há como considerar procedente a ação de indenização. (TJSP, Rel. Des. Oliveira Lima, RT 613/46)²⁷.

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS – MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp Nº 122.505-SP)

1ª. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa’ (art. 14 §4).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinado ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. (art. 6, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas

²⁶ O acórdão na íntegra poderá ser visualizado no anexo-1.

²⁷ O acórdão na íntegra poderá ser visualizado nos anexo-2.

que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não provido.²⁸

No tocante às obrigações de resultado, serão elas tratadas mais a fundo quando versarmos acerca das cirurgias plásticas.

4.2 Da Inversão do ônus da prova

4.2.1 O Conceito e objeto da prova

O renomado jurista Moacir Amaral Santos nos ensina que provar é “... *convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.*”²⁹

A fim de convencer o espírito acerca de uma verdade a ser alcançada, relevante é a produção da prova. Sendo assim, para que adentremos no seu estudo necessário entendermos que a mesma caracteriza-se por possuir um objeto, uma finalidade e um destinatário.³⁰

O objeto da prova são os fatos deduzidos pelas partes como fundamento de sua ação ou de sua exceção. Já a finalidade da prova é a de formar a convicção acerca da existência de fatos na causa, visando assim criar a certeza quanto a sua existência, como citou o referido autor.

O destinatário direto da prova é o juiz, sendo ela necessária para que o mesmo forme uma convicção acerca dos fatos narrados pelas partes.

Embora seja o juiz o destinatário direto da prova, não se descarte serem ainda as partes, vez que também elas, do mesmo modo que o juiz, também precisam ficar convencidas para acolherem como justa ou não a decisão proferida pelo juiz.

Sendo a prova de tão suprema importância poder-se-ia indagar se ela é dispensável em certos casos, como na prova de direito.

²⁸ No presente acórdão os Ministros da Terceira Turma do STJ decidiram a questão por unanimidade.

²⁹ Santos, M. A. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, vol II. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 327.

³⁰ Informações extraídas de Moacir Amaral Santos, *Op. Cit.*, p. 327-342.

Acerca da imprescindibilidade ou não da prova de direito ensina-nos Caio Mario da Silva Pereira³¹ que se deve tomar com reserva a expressão de se provar um direito, vez que o que se prova são fatos e não o direito em si. Nesse sentido se justificaria o brocardo romano *da mihi factum, dabo tibi ius*³².

Vale ressaltar que mesmo quando a parte está a tentar convencer o magistrado de seu direito, o faz é salientar a evidência de um fato, vez que compete ao juiz encontrar a norma abstrata a se aplicar ao caso concreto, pois, conforme nos ensina o brocardo romano, *iuri novit cúria*, o juiz conhece o direito.

Não se está tentando, com os argumentos até aqui expendidos, trazer a tona a tese de que o direito não possa ser provado³³, muito pelo contrário, há casos em que se faz necessário a prova do direito positivo, mas sim transmitir a idéia de que o que se prova são os fatos e a partir dele extraírem-se conseqüência jurídicas.

4.2.2 Das provas em espécie

Far-se-á alusão a quatro tipos de provas em específico, as quais serão tratadas cada uma em um tópico especial, dada sua relevância e larga utilização na prática forense cotidiana.

4.2.2.1 Prova documental

O jurista Moacir Amaral Santos enuncia acerca do documento o que segue:

Num sentido amplo é a coisa que representa ou presta-se a reproduzir uma manifestação do pensamento. Ou seja, uma coisa representativa de idéias ou fatos. Transportada essa conceituação para o campo da prova judiciária, cujo objeto são os fatos, e em relação à qual também as idéias se encaram como fatos, dir-se-á que documento é um coisa representativa de um fato.³⁴

Sendo assim, visa o documento fazer com que se conheça algo nele representado, tornado presente aquele algo nele expresso.

³¹ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil*, vol I. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 381-382.

³² O brocardo romano pode ser traduzido como 'daí- me fato que eu te darei o direito'

³³ Normalmente o direito não é objeto de prova, com exceção do direito municipal, estadual ou estrangeiro, que poderão sê-lo.

³⁴ Op. Cit., p. 385.

O referido autor³⁵ considera o documento sob três aspectos; quanto ao autor do documento, quanto à sua maneira ou meio de exteriorização e quanto ao seu conteúdo.

No tocante ao autor do documento, consiste esse na pessoa encarregada pela sua formação, bem como aquele no exercício da atividade de documentador. Nos casos dos documentos públicos o autor do documento é o oficial público que o forma, não se excluindo, no entanto, os interessados na representação do fato que se encontra documentado.

No que atine a força probante dos documentos públicos, o Código de Processo Civil, em seus artigos 364 e 365, reza que:

Art. 324. O documento público faz prova não só de sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário público declarar que ocorrem em sua presença

Art. 325. Fazem a mesma prova que os originais:

I - As certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;

II – Os translados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;

III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais

Já no que atine a força probante dos documentos particulares, podem eles ser assinados ou não, merecendo assim tratamento em separado.

Trataremos aqui dos documentos assinados, vez que os documentos não assinados não se mostram de suprema relevância no tema objeto do presente trabalho.

Se o documento particular estiver assinado, presumem-se como verdadeiros as declarações nele contidas, consoante dispôs o Código Civil em seu artigo 131³⁶, *caput*, *verbis*:

Art. 131. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras com relação aos signatários.

³⁵ *Idem ibidem*, p. 384-388.

³⁶ Vale ressaltar que a regra contida no artigo 131, *caput*, é repetida por nosso Código Adjetivo Civil, em seu artigo 368.

A presunção de veracidade das declarações contidas no documento é *iuris tantum*, ou seja, pode ser elidida mediante prova em contrário. Por isso, sempre que um documento é oferecido deve ser ouvida a prova em contrário e, uma vez reconhecido, valerá como prova do ato.

Tratou-se aqui da prova documental vez que a mesma se mostra de suprema relevância para a demonstração da culpa médica. Acerca da importância da prova documental no erro médico manifestou-se Fabrício Zamprogna Matielo: “ *A árdua tarefa da demonstração do erro médico encontra na prova documental amparo considerável, pois muitas vezes têm-se decidido as ações com base em elementos de caráter documental carreado aos autos pelo lesado.* “³⁷

Sendo assim, mostram-se de suprema importância os laudos, prontuários, atestados, exames em geral e outras formas de comprovação da ocorrência de um determinado fato. No caso, de um médico ser acusado de prática de danos causados por um paciente, para se defender poderá utilizar-se dos prontuários, bem como, de autorizações de seus pacientes para procedimentos cirúrgicos ou similares, caso tenha ocorrido por escrito essa autorização.

Também se mostram de grande relevância para a prova do erro médico o laudo e as receitas assinados pelo médico, vez que trazem em seu bojo dados relevantes acerca da postura assumida por um determinado profissional em um determinado caso. Permite-se, mediante as receitas médicas prescritas pelo médico avaliar-se se existem ou não contradições científicas que afligem o paciente e a terapia adotado por esse profissional da saúde.

Outras provas documentais poderão ser utilizadas, caso se mostrem relevantes para a adequada prova do erro médico.

4.2.2.2 Prova testemunhal

Conforme enuncia Caio Mario da Silva Pereira³⁸ quando os fatos forem perceptíveis pelos sentidos, poderão eles ser provados mediante a prova testemunhal.

Acerca de tal prova, asseverou Fabrício Zamprogna Matielo:

³⁷ MATIELO, F. Z. Op. Cit., p. 163.

³⁸ PEREIRA, C. M. da S. Op. Cit., p. 386.

(...) Sem dúvida, é o meio de prova mais utilizado nas demandas indenizatórias, porque pode reconstruir os fatos desde o seu início e trazer à tona a verdade almejada pelas partes. A testemunha reproduz aquilo que presenciou, diz da sua experiência em relação aos acontecimentos juridicamente relevantes e revela tudo quanto armazenou na mente com referência aos fatos levados pelas partes ao juízo.³⁹

Porém, em face da subjetividade da prova testemunhal, deve a mesma ser acolhida com algumas reservas. Isso porque a declaração de cada testemunha sobre um determinado fato dependerá da percepção sensorial de cada um, vez que *cada um percebe diferentemente um determinado fato e extrai dele diferentes conclusões.*

O autor citado a esse respeito enunciou:

Como subsidiária ou complementar, ou como modalidade probatória de fatos cuja evidência dependerá da percepção sensorial, ainda assim os escritores dela cogitam com ressalvas, tanto no que se refere ao seu valor jurídico, pois que especialistas têm demonstrado que o mesmo fenômeno observado por várias pessoas é relatado diferentemente por elas, como ainda em razão das qualidades morais, intelectuais, individuais, em suma, das próprias testemunhas.⁴⁰

Não obstante os inconvenientes da prova testemunhal, a qual chegou a ser qualificada pelo pejorativo “prostituta das provas”, a mesma em certos casos mostra-se com a única alternativa para se provar a verdade dos fatos narrados por uma das partes, vez que nem tudo pode ser aferido por outros meios probantes senão a prova testemunha.

4.2.2.3 Prova pericial

Quando o fato narrado pelas partes demanda um conhecimento técnico, atinente a própria materialidade da coisa, e não estando o juiz em condições de verificar o fato, estando desprovido dos conhecimentos técnicos e científicos necessários, deverá utilizar-se do peritos.

³⁹ Op. Cit., p. 170.

⁴⁰ Idem Ibidem., p. 386.

Sendo assim, os peritos funcionam como auxiliares do juiz, devendo cumprir e honrar com a sua função, conforme preceituou o artigo 422 do Código de Processo Civil.⁴¹

Na responsabilidade civil médica mostra-se de suprema importância a prova pericial, vez que depende para a sua caracterização de conhecimento especial.

A jurista Vera Maria Jacob de Fradera ao expor alguns obstáculos acerca da culpa médica, entre eles o aspecto demasiado técnico da maioria das culpas médicas danosas, dispõe que: *“Os juristas, como leigos em matéria médica, muitas vezes, não têm condições de apreciar, de maneira correta, uma culpa médica, recorrendo, então, aos préstimos de um médico perito. Este, membro da mesma classe profissional, será apenas relativamente sincero em sua apreciação a respeito da conduta de seu colega.”*⁴²

Nesse mesmo sentido manifestou-se Gerson Luiz Carlos Branco:

Da mesma forma é impossível obter colaboração daqueles que desenvolvem seus trabalhos junto ao médico. De outros médicos há solidariedade, pois também poderão estar em situação idêntica, bem como de outros profissionais, que agem sob comando dos médicos, dos quais depende o seu emprego e sobrevivência. Este silêncio leva inclusive que se atribua aos médicos a pecha de ‘máfia de branco.’ Apesar de não poder se generalizar esta informação, é certo que o corporativismo profissional é muito grande entre os profissionais de medicina. Assim, quando determinado processo depende de conhecimentos técnicos recorre-se a outro profissional da área, para identificar quais os deveres descumpridos, principalmente quando se cogita de falta de perícia. Este, membro da mesma classe profissional, será apenas relativamente sincero em sua apreciação a respeito da conduta de seu colega.⁴³

A problemática da prova pericial na prova da responsabilidade médica e da necessidade de demais provas será tratada mais a fundo quando se tratar da inversão do ônus da prova.

4.2.2.4 Confissão

⁴¹ Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente do termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeito a impedimento ou suspeição.”

⁴² FRADERA, V. M. J. de. A responsabilidade civil dos médicos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 55, p. 124, jul. 1992.

⁴³ Op. Cit., p. 63.

Define o Código de Processo Civil em seu artigo 348, 1ª parte como: “ Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é extrajudicial ou extrajudicial”

A confissão, quando judicial, ou seja, realizada no curso do processo, constitui-se prova plena, quando extrajudicial, se reduzida a escrito tem o mesmo valor probante da realizada em juízo, podendo, no entanto, ser atacada pelos mesmos motivos que são atacados os atos jurídicos ineficazes. Se não for tomada por escrito estará sujeita as mesmas condições de validade da prova testemunhal.

Considerada por alguns como a mais convincente das provas⁴⁴ deve a confissão ser realizada pela própria parte, valendo porém aquela que é pronunciada pelo procurador que detenha poderes especiais para tanto.

Vale ressaltar que existem porém certos fatos que não admitem confissão, por deterem um interesse público, sendo o mesmo insuscetível de transação privada, não obstante ser à confissão *probatio probantissima*.

4.3 Do ônus de prova e de sua importância para a aferição da verdade dos fatos

Moacir Amaral Santos⁴⁵ nos ensina que no direito romano o ônus da prova era expresso através do seguinte brocardo: *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*, ou seja, incumbia a parte que alegou o fato o ônus de prová-lo. Tal brocardo no direito contemporâneo desdobra-se em duas regras fundamentais:

1º) A de que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer.

2º) Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo.⁴⁶

Tal regra é abarcada pelo nosso Código Adjetivo Civil, o qual dispõe em seu artigo 333 que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

⁴⁴ Nesse sentido Caio Mario da Silva Pereira, Colin et Capitant e ainda Lessona.

⁴⁵ SANTOS, M. A. Op. Cit., p. 272.

⁴⁶ Idem Ibidem., p. 272.

II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando;

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Embora seja essa a regra do ônus probatório, existem casos em que ele se inverte. Isso ocorre em virtude da desigualdade existente entre as partes dentro da relação jurídica processual e a dificuldade que uma delas pode ter na prova dos fatos constitutivos do seu direito.

O Estado tem a obrigação de compensar a desigualdade normalmente presente na relação processual. Ao contrário do juiz, que busca a justa composição da lide, as partes querem ter seus interesses satisfeitos e, se não for a parte mais fraca da relação jurídica protegida, a verdade alcançada com o resultado do processo será muito diferente da verdade real, existente no mundo fático.

Também se deve citar que a igualdade formal dentro da relação processual conduz a uma verdade formal, chegando-se a um resultado diverso daquele que deveria ser alcançado. Ocorrendo isso, os objetivos da atividade jurisdicional, que são a pacificação social e a justa composição da lide, nesse caso não terão sido alcançados.

Sendo assim o objetivo da prova no processo é a de provar a verdade dos fatos, porém a questão de se saber sobre quem recai tal ônus influi sobremaneira para o atingimento da verdade dos fatos narrados pelas partes.

Quando se fala da verdade, algumas observações são necessárias.

A verdade e a certeza que o juiz possui no processo não são coisas absolutas e alcançáveis em toda a sua plenitude, vez que o pensamento não é algo suficiente que seja capaz de eliminar toda a dúvida.

Tal afirmação torna-se clara e convincente na medida em que entendemos que o encontro da verdade material se faz com algumas reservas oriundas da limitação que possui a natureza humana em descobrir a verdade e a falibilidade a que o ser humano está sujeito.

Calamandrei nos ensina que⁴⁷: “...quando se dice que un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di che tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto”.

No processo penal, por exemplo, quando o juiz absolve o réu pela ausência de provas, tal fato significa o fracasso da justiça; o juiz não foi capaz de criar um juízo de certeza sob os fatos alegados. O princípio do *in dubio pro reo* mostra claramente a existência da dúvida dentro do processo e a solução dada pelo ordenamento judicial para salvá-la.

Logo, ao considerar-se *in dubio pro reo*, está se admitindo a existência da dúvida, e a impossibilidade de muitas vezes conseguir-se no processo saná-la e, com a dúvida, o processo não consegue atingir seu objetivo, que é o de administrar a justiça.

Portanto, deve o jurista ter a consciência de que a verdade absoluta não é algo em si atingível. A filosofia de direito evoluiu⁴⁸ e hoje não se aceita mais a idéia de que seja possível e viável alcançar a verdade.

Cândido Rangel Dinamarco enuncia que:

*A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda em qualquer processo (a 'segurança jurídica', como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou 'segurança', com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição.*⁴⁹

⁴⁷ CALAMANDREI, P. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, p. 164-165, 1955.

⁴⁸ Um exemplo da moderna filosofia sobre a verdade é de Jurgen Habermas, que considera que esta não é algo passível de ser descoberta, mas construída através de um discurso argumentativo.

⁴⁹ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do Processo*. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 1998.p. 318.

Francesco Carnelutti também nos ensina que: *“La verità non è e non può essere che una sola; quella che io come altri chiamavamo verità formale non é verità. Nè io sapevo allora che cosa fosse e perché, soprattutto, nè col processo nè alcun altro modo, dall'uomo si può mai raggiungere”*.⁵⁰

Sobre a certeza, Cândido Rangel Dinamarco afirma também que: *“(…) existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziriam a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes”*.⁵¹

Embora existam todas essas objeções para que se alcance a verdade absoluta deve ela ser buscada e um dos instrumento adequados para isso é a prova.

Conforme fora já explicitado anteriormente, a inversão do ônus da prova ocorre nas obrigações de resultado, residindo o problema em se saber quando uma obrigação é de meio e quando é de resultado. No tópico referente à cirurgia plástica analisar-se-á a título meramente explicativo algumas obrigações de meio e de resultado, face o diferenciado tratamento dado às mesmas.

4.4 Breves reflexões sobre a prova

Segundo o jurista Victor de Santo⁵², identificar o ônus da prova é condição *sine qua non* para uma boa administração da justiça, bem como medida imprescindível para a sanidade jurídica.

Em sua obra intitulada “La prueba judicial, teoría y práctica” o referido autor expõe algumas teses a respeito da “carga de la prueba”, informando que os critérios adotados entre autores e legisladores para tratarem da prova são muito diversos, sendo a regra de distribuição do *onus probandi* bastante debatida.

Sendo assim, trataremos a título exemplificativo de apenas algumas das teses expostas pelo renomado escritor:

⁵⁰ CARNELUTTI, F. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, vol n° XX Padova, Cedam, p. 4, 1965.

⁵¹ DINAMARCO, C. R. *Op. Cit.*, p. 237.

⁵² SANTO, V. de *La Prueba Judicial. Teoría y Práctica*. 2ª edición. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1994, p. 70-75.

1. Tese que impõe a carga probatória ao autor, mas outorga esse caráter ao autor que o excepciona

Tal tese deixa a cargo do demandante toda a prova, não somente do nascimento do seu direito, bem como a ausência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos, podendo a outra parte se opor com relação a esses. Em resumo, a carga probatória pressupõe que cada parte prove sua própria intenção, o que em princípio nos parece lógico e correto. Não obstante isso errôneo reconhecemos que tal idéia é aplicável a todos os casos, vez que se mostra incompleta e insuficiente.

O autor tece algumas críticas acerca de tal teoria. Diz ele que existem fatos que, por gozarem de uma presunção de notoriedade não demandam prova, bem como, fatos que por sua natureza indefinida de afirmação ou negação, apesar de servirem de fundamento das pretensões da parte demandante, nos casos de negação, correspondem à obrigação de outra parte de provar o contrário.

2. Tese que impões a carga probatória a quem afirma e exime dela a quem nega

A tese de distribuir o *onus probandi* a quem afirma, eximindo a que nega, mostra-se objeto de inúmeras críticas. Uma delas é que a afirmação ou negação da existência de um fato pode apenas ser consequência do modo que se relata o mesmo. Por exemplo, negar a capacidade de alguém pode corresponder a afirmação de sua incapacidade.

Outro inconveniente reside na circunstância de que, um fato formulado de forma negativa seja mais difícil de ser provado.

Sendo assim, tal critério se mostra inexato, vez que muitas vezes as partes mostram-se em condições de provar os fatos por ela afirmados, sejam eles positivos ou negativos, outras vezes estão impossibilitadas, ou ainda, certos fatos prescindem de provas, vez que são notórios, presumidos ou indefinidos.

3. Tese que impões ao demandante a prova dos fatos e de suas pretensões e ao demandado a de suas exceções

Consiste a presente tese em defender o posicionamento de que, aquele que afirme ou negue um fato, está obrigado a provar a sua existência ou inexistência, toda vez que, sem essa demonstração a demanda ou exceção não se mostrarem fundadas, não podendo ser admitidas pelo juiz. Tal tese não difere da primeira, apenas dá a carga ao demandado quando execpiona. Desse modo está sujeita às mesmas críticas formuladas à primeira teoria, fazendo-se desnecessárias repeti-las.

Esse posicionamento é defendido por Ricci, citado por Victor de Santo (1992, p. 175) , que afirmou em sua obra Tratado de las pruebas o que segue:

*El principio, por tanto regulador del deber de probar, debe formularse de este modo: Ququiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de um hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas.*⁵³

Como se nota o ônus probatório é assunto extremamente debatido na doutrina, não havendo consenso entre os autores quanto a um melhor posicionamento.

4.5 A Prova na Responsabilidade objetiva e subjetiva

Conforme já exposto acerca da responsabilidade objetiva e subjetiva, na responsabilidade objetiva existe a presunção de culpa do agente, invertendo-se assim o ônus probatório. Não se está porém admitindo a inexistência de culpa ou sua irrelevância para caracterização da responsabilidade, mas sim que no sistema objetivo a indagação da culpa não tem o mesmo lugar que no sistema subjetivo.

A distinção mostra-se necessária tendo em vista que, se em certos casos, fácil é a prova do prejuízo e do dano sofrido pelo agente, o mesmo não ocorre com a culpa, mostrando-se a mesma às vezes de difícil aferição, tendo assim de ser admitida a inversão do ônus da prova, decorrendo dessa a presunção da culpa e de causalidades estabelecidas em favor da vítima.

A respeito da importância do ônus da prova manifestou-se Candido Rangel Dinamarco:

⁵³ RICCI, *Tratado de las pruebas*, t. I, nº 39, p. 88.

Depois, é de suma importância o *ônus da prova*, que também varia de intensidade conforme a natureza do litígio e conseqüente maior ou menor disponibilidade das faculdades e *chances* processuais. Onde mais se sente o princípio dispositivo, mais presente está o peso desse ônus e as conseqüências praticamente 'causativas' da omissão da prova, no sentido de que, para o juiz, 'fato não provado é fato inexistente' '(regra de julgamento)' e, uma vez finda a instrução, as afirmações, omissões e negativas referentes aos fatos de relevância para o julgamento serão interpretadas e confrontadas a luz do resultado da experiência probatória. O 'direito a prova' é de primeira importância para a efetividade da garantia constitucional da ação e da defesa e, correlativamente, o seu não exercício, nos casos de maior disponibilidade e na medida da disponibilidade do direito substancial em cada caso, conduz a conseqüências mais graves quanto ao resultado substancial do processo.⁵⁴

Outrossim, convém salientar que inversão do ônus da prova não derroga o princípio de que ao autor cabe provar o fato por ele alegado, mas sim traz a tona uma nova regra: a de que ao responsável cabe provar que o prejuízo sofrido pela vítima não ocorreu por culpa de sua parte, afastando assim a presunção, havendo assim um progressivo o abandono da regra *actori incumbit probatio*, o qual só se justifica em circunstâncias peculiares a uma determinada causa.

Vale ressaltar que presunção não se confunde com ficção. A respeito da diferença entre os dois conceitos, interessante é a distinção feita Arnoldo Medeiros, citado por José de Aguiar Dias. (1997, p. 93)⁵⁵ Avoca ele que inexiste ficção no fato de presumir-se a culpa, pois essa é baseada na verossimilhança, no que acontece ordinariamente, diferentemente da ficção, que exclui *a priori* qualquer possibilidade de prova em contrário.

Ainda acerca da presunção, esclarecedor é o conceito dado por Caio Mário da Silva Pereira, o qual enuncia que: "*Presunção é a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido. Não é, propriamente, uma prova, porém um processo lógico, por via do qual a mente atinge a uma verdade legal.*"⁵⁶

4.6 A prova na responsabilidade médica

Infringindo o médico um dos deveres ao qual estava obrigado a respeitar, fica obrigado a reparar o dano causado, ensejando a responsabilidade civil. A apuração

⁵⁴ DINAMARCO, C. R. *Op.Cit.*, p. 203-204.

⁵⁵ MEDEIROS, A. A conveniência da revisão do Código Civil. *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 28, p. 201.

⁵⁶ PEREIRA, C. M. da S. *Op. Cit.*, p. 390.

da responsabilidade médica, via de regra, obedece aos mesmos procedimentos utilizados para a apuração da culpa comum. Verifica o juiz se o médico se comportou da maneira adequada, seguindo os padrões determinados para o uso da ciência. Se ele não tiver obedecido a tais padrões e sua conduta produziu o resultado, contribuiu para produzi-lo ou não evitou a ocorrência do mesmo, agiu ele com culpa, devendo ser responsabilizado.

Conforme exposto, quando da diferenciação das obrigações de meio e de resultado, caso caracterizada determinada obrigação médica como de meio e descumprindo o médico com o seu dever contratual, deverá a vítima provar que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia, conforme a redação dada pelo artigo 1545 do Código Civil.

Também se posicionou a esse respeito o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º, o qual determinou que: “A *responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa*”.⁵⁷

Ou seja, nas obrigações de meio o ônus probatório fica a cargo do paciente, devendo esse provar que o médico agiu com culpa e que deve ser responsabilizado. Esse mesmo ônus existe na responsabilidade extracontratual, cabendo ao lesado provar a culpa do ocorrido.

Porém, em alguns casos, inúmeras são as dificuldades da produção da prova da culpa do agente causador do gravame. Um primeiro motivo seria pelo fato de que a ação ou omissão causadoras de danos ocorrem em lugares reservados, como um consultório ou uma sala cirúrgica; segundo porque o paciente é um leigo, sendo desprovido dos conhecimentos necessários para avaliar a existência do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o seu resultado.

Um terceiro motivo é que normalmente a atividade pericial mostra-se necessária, havendo como empecilho para tanto o corporativismo existente entre os profissionais, fato esse que, se nem sempre impede a imparcialidade do perito, aos menos a dificulta.

Sendo assim de difícil prova a culpa médica, é necessário que o juiz se socorra de todos os meios de prova disponíveis como, além da prova pericial já citada, a prova documental entre outras.

⁵⁷ O artigo citado foi extraído da Lei nº 8078/90, a qual dispõe acerca da proteção do consumidor e da outras providências

Uma das formas de prova documental é a utilização de prontuários, os quais tem todo o médico a obrigação de elaborar e o paciente o direito ao acesso dos mesmos, conforme dispõem os artigos 69 e 70 do Código de Ética.

Caso haja a recusa na exibição de tais documentos caberá o pedido de exibição e, se ainda assim houver a recusa ilegítima, admitir-se-ão como verdadeiros os fatos que se pretendia provar. Nossa Lei Adjetiva Civil a esse respeito em seus artigos 355 e 359⁵⁸ disciplinou que se o documento necessário à prova de um determinado fato estiver em poder de outra parte ordenará o juiz que exhiba o documento ou coisa em seu poder, disciplinando também as conseqüências da exibição do documento.

A esse respeito manifestou-se Moacir Amaral Santos:

Todavia, ainda quanto à parte, que pretenda a exibição, não pertence nenhum direito sobre o documento em poder da outra, pode acontecer que aquela tenha interesse no conhecimento do documento pela sua relação com o fato controvertido entre as mesmas. Aqui o interesse de quem reclama a exibição se confunde com o interesse da justiça, qual o de apurar a verdade, e que não pode ser sacrificado, impondo-se ao litigante, com quem se achar o documento, o ônus processual de exibi-lo.⁵⁹

Também o terceiro que esteja na posse do documento será obrigado a exibi-lo, vez que, assim como todo indivíduo está obrigado a testemunhar, do mesmo modo está também obrigado a impõe a obrigação de contribuir com o documento que possua.⁶⁰

Em face da dificuldade de prova existente, o ordenamento jurídico argentino adotou o princípio da carga probatória dinâmica, a qual está baseado no fato de que as partes têm o dever de agir de boa-fé, devendo levar ao juiz o maior número de informações, sendo que cada uma está obrigada a levar os elementos de prova a seu alcance.

Sendo assim, transferi-ia a carga probatória para o profissional em razão do mesmo estar em condições melhores de cumprir com o seu dever. No caso do

⁵⁸ Art. 355 O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I- se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;
II- se a recusa for havida por ilegítima.

⁵⁹ SANTOS. M. A. Op. Cit., p. 421.

⁶⁰ O dever de colaborar com a justiça encontra supedâneo no Código de Processo Civil, o qual, em seu artigo 339 disciplina que "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

médico dispõe ele de maiores e melhores dados, sendo o mais apto para fazer a prova nos problemas advindos da relação médico-paciente.

Tratando-se porém de obrigação de resultado a situação ganha tratamento diverso. Ao autor cabe demonstrar o descumprimento do contrato por parte do prestador de serviços médicos, mostrando que o objetivo a que esse se havia proposto não foi alcançado.

São consideradas obrigações de resultado, *verbi gratia*, as transfusões de sangue, as obrigações de vacinação, os exames biológicos, os “check-up” e as cirurgias plásticas que merecerão tratamento específico a seguir.

4.7 A Cirurgia Plástica e o problema da prova

Deixou-se um tópico específico para se tratar da cirurgia plástica visto que, de todas as formas de atendimento médico-hospitalar, é ela a que envolve maiores riscos, gerando conseqüentemente um maior interesse jurídico.

Tais riscos advêm de variadas origens, alguns pertinentes à anestesia, outros referentes à própria condição do indivíduo, exigindo assim, atenção especial.

Em face do progresso científico, muitos riscos já admitem constatação antecipada, possibilitando a adoção de providências cabíveis a fim de se evitar futuros danos aos pacientes. A não adoção de tais providências configura-se omissão culposa, passível de ser combatida mediante ação indenizatória, vez que a desconsideração dos riscos existentes em uma cirurgia, quando concretizados geram responsabilidade pelos atos nocivos.

4.8 Caracterização das cirurgias plásticas

As cirurgias plásticas, embora normalmente classificadas como obrigações de resultado, em alguns casos poderão se configurar como obrigações de meio. Isso se deve ao fato de que, certas intervenções cirúrgicas, em virtude de determinados fatores tornam-se eventos idênticos a cirurgias cujo objetivo seja a cura de um paciente.

A diferença existente entre esses dois tipos de obrigações repercute também no ônus probatório cabível a cada uma das partes. Nas obrigações de meio é ônus

do paciente provar que o seu médico não teve o grau de diligência que dele era exigido; já nas obrigações de resultado o ônus probatório recai sobre o médico em face da presunção de culpa do mesmo, presunção essa que se caracteriza por ser *iuris tantum*, ou seja, pode ser elidida mediante prova em contrário.

A respeito de tais obrigações, Clóvis do Couto e Silva, citado por Miguel Kfouri Neto (1996, p. 151), ensina-nos que:

O médico - e este parece ser o melhor exemplo – não se obriga, via de regra, à cura do doente, ainda que assim se possa vulgarmente pensar. Compete-lhe apenas, aplicar a técnica que a medicina lhe põe à disposição, zelando pelo tratamento que deverá ser aplicado ao doente. Se tudo, porém, for em vão, e sobrevier, digamos, o falecimento, o médico poderá ser responsável, inclusive criminalmente, mas não se presume seja ele culpado somente pela não obtenção do fim que o contrato se dirigia. Não se pense, contudo, em razão das circunstâncias apontadas, que o fim não integre o processo das obrigações de 'meios'. A finalidade é também indissociável do contrato realizado com o médico. ⁶¹

Costuma-se dividir as cirurgias plásticas em duas categorias: cirurgias estéticas e cirurgias reparadoras. O primeiro tipo destina-se a corrigir as imperfeições da natureza; já o segundo a corrigir as verdadeiras enfermidades.

Miguel Kfouri Neto divide as cirurgias estéticas em duas modalidades⁶²:

a) cirurgia de caráter estritamente estético: Visa a um modelo ideal de beleza estética. Sendo assim, obriga-se o profissional da área médica a um resultado determinado e, uma vez esse não atingido presume-se a culpa de tal profissional pelo dano causado, recaindo o ônus da prova sobre o médico responsável pela intervenção.

b) cirurgia estética *lato sensu*: Visa a reparação de algum defeito advindo de alguma imperfeição da natureza, que ocasiona mal estar psíquico na pessoa.

Acerca das cirurgias de caráter estritamente estético, não podem os danos porventura advindos serem objeto de uma mera aferição subjetiva do paciente, que ficou insatisfeito com o resultado obtido, devendo ser objetiva a análise do que se esperava obter com a intervenção e o obtido. Deverá o dano significar um visível prejuízo de ordem física sobre o indivíduo ou provocar-lhe prejuízos de ordem funcional.

⁶¹ COUTO E SILVA, C.V. de. *A Obrigação como Processo*, p. 73.

⁶² KFOURI NETO, M. *Op. Cit.*, p. 156.

Obtendo o médico um resultado aceitável, que poderia ser esperado de qualquer outro profissional em geral, terá dado cumprimento ao contrato estipulado com o seu paciente, mesmo que esse tenha ficado insatisfeito com o resultado obtido.

Tal ponderação se mostra necessária, vez que, sendo objetiva a responsabilidade médica decorrente de cirurgias estéticas propriamente ditas, recomenda-se a cautela necessária para aferição do dano causado ao paciente, bem como a possibilidade de futura indenização. Caso contrário o Poder Judiciário se transformaria numa fábrica de indenizações para aqueles pacientes que se mostraram insatisfeitos com a intervenção cirúrgica realizada.

Conforme exaustivamente frisado nos parágrafos anteriores, tratando-se a cirurgia estética de obrigação de resultado, ensejando responsabilidade objetiva, ocorre aquilo que se convencionou chamar de inversão do ônus da prova.

No entanto, a jurisprudência tem dado tratamentos diferenciados no tocante a responsabilidade advinda de cirurgias.

Corroborando tal assertiva, relevantes são os arestos proferidos pelos nossos Tribunais, *verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Cirurgia plástica. Ônus probandi. Obrigação de resultado. Tabagismo pós-operatório

A cirurgia plástica, com fins exclusiva ou preponderantemente estéticos, é cirurgia embelezadora e, por isso, a obrigação não é de meio e sim de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove sua não culpa ou qualquer outra causa exonerativa. Inobstante o fumar no período pós-operatório possa provocar os danos ocorridos, há necessidade do réu provar que o cliente fumou embora contra indicação médica. Prova suficiente. Responsabilidade civil reconhecida. (TJRS, AC 591055017, 1ª Câm. Cível, rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, j. 05/05/92, RJTJRS 184/190)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Cirurgia estética. Obrigação de meio.

O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fatos imprevisíveis, o que lhe cabe provar. (STJ – Ag. RG no AL 37.060-9 – RS – 3ª Turma – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJU 06/02/95)

RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO ANESTESISTA.

1. A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra (Savatier)

2. Apesar de se inserir no capítulo dos atos ilícitos, a responsabilidade médica é contratual, conforme predomínio na doutrina e jurisprudência.
 3. Há obrigação de meios e de resultados. Anestesia é obrigação de resultado, concernente a antes, durante e após o ato anestésico, daí a profunda responsabilidade técnica do médico-anestesiologista, que estatui até uma condição arbitrária para o seu desempenho dentro de equipe médica.
 4. A determinação de sua responsabilidade dependerá do exame do caso concreto, onde, se aplicou anestesia peridural-raquiana, e após algum tempo, sem dor, mas consciente, o paciente veio a ter concussão cerebral, com traumatismo crânio encefálico, ficando com lesão cerebral, com dano permanente, em razão da PCR (Parada Cardiorespiratória).
 5. Ocorre que não foi feito o exame de sensibilidade do paciente, e não sendo intervenção "cirúrgica urgente", tanto assim que a anestesia fora setorial, houve falta de cuidado objetivo e técnico do médico-anestesiologista, quer por negligência e também imperícia, tanto pelo aspecto omissivo e comissivo, não teve atitude correta, pronta, técnica e profissional condizente ao momento e ao paciente, havendo agido com culpa e respondendo pelo dano causado (art. 159 e 1145, c/c. 1056 do CC).
 6. Ainda mais, o acréscimo angustioso, visto não tirar a conscientização ao paciente, o temor de seu estado psicológico, ocasionando a ele, paciente, e conseqüentemente a terceiros, inequívoco dando moral permanente, além do dano material físico.
- Apelo conhecido e provido parcialmente (TJGO, Rel. Des. José Soares de Castro, *Rev. Jur.* 191/68).⁶³

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS FÍSICOS E ESTÉTICOS ATRIBUÍDOS A TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO INADEQUADO. CULPA. NÃO CONFIGURADA.

Se o tratamento médico cirúrgico ministrado ao paciente, embora não o ideal, era adequado à moléstia apresentada ao paciente, e revestido se apresentou das cautelas que se fazia recomendar, em não havendo prova de ter-se, o profissional da medicina, equivocado, por imprudência, negligência ou imperícia, ao ministrá-lo, não há de se pretender configurado comportamento culposos que implique responsabilidade civil, com obrigação de indenizar. Ação indenizatória julgada improcedente em instância inicial. Improvimento do apelo (TJRS, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, RJTJRS 155/43)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OPERAÇÃO CIRÚRGICA.

Não havendo nos autos prova nenhuma de que tivesse o operador atuado de forma culposa, e, pelo contrário, havendo elementos idôneos atestando sua competência e sua contribuição para a cura do demandante, impunha-se o juízo absolutório. Apelo desprovido. (TJRS, Rel. Des. Gervásio Barcellos, RJTJRS 153/307)

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO.

Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando nevoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, a pesar de não se tratar no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance (TJRS, Rel. Des. Ruy Rosardo de Aguiar Júnior, TJTJRS 149/459)

⁶³ Para se visualizar o acórdão na íntegra, vide anexo-3.

RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO – Dano estético resultante de cirurgia plástica - Reconhecimento da responsabilidade contratual em razão do inadimplemento, por assumir o cirurgião obrigação de resultado – Admissibilidade – Inicial que, apesar de não distinguir claramente qual a opção do autor no tocante à responsabilidade contratual e delitual, erigiu aquela em causa de pedir – Inocorrência de julgamento “extra petita” – Indenização devida (TJSP, Rel. Des. Roque Komatsu, RT 638/89).

Em face de todos os problemas aqui levantados acerca da responsabilidade civil médica, caberá à jurisprudência definir os contornos da atuação culposa desse profissional da saúde, tarefa essa que não se mostra fácil, sendo passível de profundos estudos e reflexões.

CONCLUSÃO

Consoante exposto na introdução, falar-se que a responsabilidade médica não tem sido debatida de acordo com a sua verdadeira relevância e complexidade não se trata de mera hipérbole, mas sim uma realidade que assola nossos Tribunais.

Sendo assim, pretendeu-se trazer a tona a questão da inversão do ônus da prova na responsabilidade civil médica a fim de se possibilitar ao leitores do presente trabalho uma reflexão mais profunda das questões que cercam o tema, com o intuito de não se continuar ignorando e tratando com descaso os inúmeras lides existente em relação a tal matéria.

Não pretendeu o presente trabalho, como a princípio se possa pensar, transmitir a idéia de uma responsabilidade absoluta, pois é conhecimento quase notório que a atividade desse profissional, com o avançar da ciência, cada vez demanda mais do mesmo. O que se pretendeu foi estender a teoria da responsabilidade civil aos profissionais que não obedecem às regras regulares de sua profissão.

O escopo do presente trabalho foi propiciar um maior aprofundamento das questões atinentes a tal matéria, pois conforme abordado, se na antiguidade pecava-se ao tratar de tais questões, por não se ter um ordenamento jurídico estruturado capaz de atender as demandas existentes, tal equívoco não se justifica hoje pelo simples fato de estar os aplicadores do direito desinformados das regras e elucubrações feitas pelos juristas acerca de tal tema.

As mudanças advindas com a evolução da ciência médica fizeram com que o atendimento médico perdesse o seu caráter de pessoalidade, trabalhando tal profissional, muitas vezes como um empregado, vindo a conhecer muito pouco os seus pacientes. O fato também de tais pacientes possuírem uma capacidade de controle das atividade de tal profissional mostra-se extremamente reduzida, fato esse que só aumenta a responsabilidade, na medida que o ser humano fica à mercê do trabalho desse profissional.

Vale ressaltar que a “nova medicina”⁶⁴, na nomenclatura do Gerson Luiz Carlos Branco, na medida em que aumenta as possibilidades de cura, aumenta

⁶⁴ Branco, G. L. C. Op. Cit., p. 54.

também o risco de maiores danos advindos de tal atividade. Sendo assim tal profissional não pode ficar alheio a essa problemática existente. Os profissionais do Direito também não”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., R. R. de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo , v. 718, p. 33-53.

BRANCO, G. L. C. Aspectos da Responsabilidade Civil e do dano Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, p. 53-75, nov. 1996.

CALAMANDREI, P. Verità e verossimiglianza nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1955.

CARNELUTTI, F. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, vol nº XX Padova, Cedam, 1965.

DIAS, J.de A. **Da responsabilidade civil. Vol I.** 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo.** 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

FRADERA, V. M. J. de. A responsabilidade civil dos médicos. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 55, p. 116-139, jul. 1992.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau ed., 1996.

GOMES, O. **Obrigações.** 12ª ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1999.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico.** 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MATIELO, F. Z. **Responsabilidade Civil do médico.** 1ª ed. Porto Alegre : Sagra Luzzatto, 1998.

MICHELI, G. A.; TARUFFO M. A prova. **Revista de Processo**, v, nº 16, p. 155-168, out. /dez 1979.

PANASCO, W. L. **A Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

PEREZ DE LEAL, R. **Responsabilidad Civil del Medico – Tendencias clásicas y modernas**. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1995.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil, Vol I**. 18ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**, vol IV. 13ª ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

REALE, M. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 503, p.47-53, set. 1977.

SANTO. V. de **La Prueba Judicial. Teoría y Práctica**. 1ª ed. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1992.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil, vol.I**. 20ª ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

SILVEIRA, R. A. da Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 674, p.57-62, dez.1991.

Bibliografia consultada

ARENHART, S. C. A verdade substancial. **Gênesis. Revista de Direito Processual Civil**, n.3, Curitiba, set/dez.1996.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do processo**. 7ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau ed., 1996.

SILVA, O. B. da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.I, 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

SILVEIRA, R. A. da Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 674, p.57-62, dez.1991.

ANEXO 1

Em suma: "os atos omissivos, os descritos na inicial, têm origem em possível aparcimento de divergências de temperamentos, pequenos desajustes em casal, não fatos culposos e se atribuir ao marido".

Por estes motivos, dão provimento à apelação, para julgar improcedente a ação, revertidos os ônus da sucumbência. Custas na forma da lei.

São Paulo, 8 de agosto de 1978 —
GONZAGA JUNIOR, pres. com voto —
JOÃO DEL NERO, relator — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Lafayette Salles Júnior.

EXTINÇÃO DO PROCESSO — Trabalho do perito — Elementos — Omissão do autor — Prosseguimento do processo não obstante — Apelação provida — Inteligência dos arts. 267, III, e 262 do CPC.

O juiz dará andamento ao processo, apesar da omissão do autor, salvo quando o ato do autor for imprescindível.

N. 268.436 — Capital — Apelante: Helena Bondar Pereira de Queiroz — Apelada: Expresso Cresciumentense Ltda. —

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 268.436, da comarca de São Paulo, em que é apelante Helena Bondar Pereira de Queiroz, por si e representando seus filhos menores, sendo apelada Expresso Cresciumentense Ltda.; Acordam, em 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso, nos termos abaixo.

O MM. Juiz decretou a extinção do processo, após intimação pessoal da autora para dar-lhe andamento. Daí o recurso, impugnado pela ré. O Ministério Público, em ambas as instâncias, embora entendendo a rigor correta a decisão recorrida, pondera que, face à intervenção do Dr. Curador, que requerera designação da audiência de instrução e julgamento, por economia processual será razoável determinar-se o prosseguimento do feito.

O Código de Processo Civil em vigor dá margem às duas soluções, pois, no art. 267, III, autoriza a extinção do processo quando parado por mais de 30 dias

por omissão do autor, mas, no art. 262 dispõe: "O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

Harmonizando-se os dois dispositivos, a solução congruente é a de que o juiz dará andamento ao processo, apesar da omissão do autor, salvo quando o ato do autor for imprescindível, criando a sua omissão um impedimento ao adequado andamento da causa.

Ora, o que se aguardava da autora era que ela habilitasse o perito de elementos para a elaboração do trabalho pericial. Logo, se faltaram elementos para esse meio de prova, o feito poderia prosseguir com instrução oral em audiência que o MM. Juiz podia desde logo designar, tanto mais que o Dr. Curador, como fiscal da lei, em face do interesse dos autores menores, requereu essa designação. Aliás, as partes protestaram por prova testemunhal e depoimentos pessoais, que são meios de prova costumadamente úteis a ações como a de que se trata na espécie.

Pelo exposto, fica provido o recurso para que seja feito prosseguimento e MM. Juiz a audiência de instrução e julgamento, facultados às partes a prova testemunhal e os depoimentos pessoais.

São Paulo, 26 de outubro de 1978 —
AFONSO ANDRÉ, pres. e relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Ernâni de Palva e Tomaz Rodrigues.

RESPONSABILIDADE CIVIL — Internamento em hospital — Amputação de perna — Indenização pleiteada — Existência de prova de culpa ou impecunia do profissional — Ação improcedente — Apelação não provida — Voto vencido.

Ainda que se admita a natureza contratual do serviço médico, não se pode presumir a culpa do profissional, por envolver obrigação de meio e não de resultado. Sem prova dessa culpa improcede ação de indenização.

N. 270.273 — Santo André — Apelante: José Venâncio Soares — Apelado: Hospital e Maternidade Barreira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 270.273, da co-

marca de Santo André, em que é apelante José Venâncio Soares, sendo apelado Hospital e Maternidade Barreira; Acordam, em 6.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

1. Trata-se de ação ordinária de indenização, julgada improcedente pela r. sentença de fls., cujo relatório é adotado.

Apelou o vencido, pleiteando a reforma da sentença. Sustenta, em síntese, que evidenciada ficou a desídia do Hospital réu no tocante aos cuidados imprescindíveis para impedir a instalação da gangrena em grau irreversível. Assim é que, após engessado o membro fraturado, não se atendeu para a coloração e aspecto térmico de sua extremidade, somente se procedendo à troca do gesso nove dias após a cirurgia, quando foi notado "odor fétido e a gangrena", não obstante as dores acusadas pelo paciente, os edemas e sinais de necrose que recomendavam, há tempo, tal providência. Ademais, a manifestação do tétano revela a negligência no debridamento e na limpeza cirúrgica da área lesada, acrescendo a incrível imperícia no diagnóstico do mal.

O recurso foi regularmente processado, com resposta e preparo oportunos. É o relatório.

2. O autor internou-se no Hospital réu para tratamento de fratura exposta do terço inferior da perna direita. Dias após ser esta engessada, manifestou-se gangrena que impôs a amputação parcial do membro, vindo o postulante, em seguida, a contrair tétano.

Alegando "negligência no tratamento aplicado" e "imperícia de quem o administrou", objetivou o autor o recebimento de indenização pela incapacidade resultante.

Ao repelir a pretensão, no entanto, a r. sentença apelada decidiu com acerto, merecendo subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Incumbia ao autor, com efeito, o ônus da prova da afirmada conduta culposa. Discute-se, é certo, se a responsabilidade médica é aquiliana ou contratual, tendo o Código Civil a colocado no capítulo que rege as obrigações resultantes de

atos ilícitos (art. 1.545). No entanto, ainda que, apesar disto, se admita a natureza contratual, como o faz Aguiar Dias, não se pode presumir a culpa, por envolver obrigação de meio e não de resultado (cf. Aguiar Dias. "Da Responsabilidade Civil", t. I/296 e 298).

Ora, o conjunto probatório não convince da ocorrência da alegada culpa.

Anota-se, de início, que, segundo se depreende dos autos, a incapacidade atual do recorrente é apenas a resultante da perda parcial da perna, amputada por causa da gangrena, não tendo o tétano deixado seqüela. Este, segundo consta do item 8.º da petição inicial, teria causado, em março de 1972, uma semiparalisia do corpo; é de se admitir, porém, que o tratamento ministrado a seguir teria afastado qualquer paralisia, que não foi mais mencionada nos autos, nem mesmo nos depoimentos das testemunhas arroladas pelo apelante e no laudo do perito judicial que, na resposta ao 9.º quesito do réu, informou ser bom o estado atual do apelante (fls.).

As fichas médicas apresentadas pelo réu comprovam que o autor, logo que chegou ao Hospital, foi internado, procedendo-se, no mesmo dia, à redução da fratura, à limpeza cirúrgica e à imobilização gessada do membro. Aplicou-se, a seguir, adequada medicação, com inclusão de antibióticos e do soro antitetânico em doses reputadas suficientes pelo perito judicial (fls.). No dia seguinte, acusando o paciente dores, foi aberta uma "janela" no gesso; posteriormente, persistindo as dores e notando-se a formação de edemas, a 30 de janeiro, foi aberto o gesso para facilitar a circulação artério-venosa; no dia 31, ampliou-se a janela aberta para, finalmente, em 3 de fevereiro, proceder-se à substituição do gesso.

O vistor judicial, em laudo que se afigura isento, reputa corretos quer o tratamento dado ao gesso, quer a medicação aplicada ao autor, durante todo o período de internamento, apontando, outrossim, a indispensabilidade da amputação parcial da perna, quando manifestada a gangrena. Concluiu seu laudo asseverando que, "pela observação dos relatórios de enfermagens e pelas anotações da evolução clínica e das prescrições médicas, nada há que possa

ser definido como negligência ou imperícia, por parte do réu" (fls.).

E nenhuma outra prova hábil a elidir a conclusão veio aos autos.

Em suas razões de apelo, realça o apelante a falta de observação da coloração e do aspecto térmico da extremidade do membro lesado. Ocorre, porém, que a falta de informações a respeito nos relatórios não significa, necessariamente, que não se fez tal observação; ao contrário, da omissão denunciada pode-se inferir que nada de anormal ocorria a esse respeito.

Dentro deste quadro, imperioso é concluir, com a r. sentença apelada, que, apesar da lamentável situação a que ficou reduzido o autor, inexistente solução outra que não a declaração de improcedência da ação.

3. Isto posto, negam provimento ao recurso. Custas como de direito.

São Paulo, 26 de outubro de 1978 — CÉSAR DE MORAES, pres. — JOSÉ CARDINALE, relator — GERALDO ROBERTO, vencido, com a seguinte declaração de voto: 1. Com a devida vênia, discintil da douta maioria por estas razões.

É sempre difícil apurar-se no pretório responsabilidade médico-hospitalar, por que a prova fica na dependência dos relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como de laudos de peritos médicos que podem estar inconscientemente dominados pelo "esprit de corps". Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra incompetentes ou impressionados. Acresce que a Medicina não é ciência exata e a arte de curar requer, muita vez, dom divino (cf. René Savatier, "Traité de la Responsabilité Civile", 2.ª ed., t. II, n. 778).

Neste caso o perito médico judicial concluiu nada haver que possa ser definido como negligência ou imperícia por parte do Hospital e Maternidade Barúra e seus prepostos, consoante os relatórios de enfermagem e as anotações da evolução clínica e prescrições médicas (fls.). Igual foi a conclusão do assistente técnico, médico indicado pelo réu (fls.).

Entretanto, apesar da bem elaborada sentença, que solucionou a lide com a mesma conclusão de falta de culpa, o

conjunto probatório autoriza a procedência da demanda, nos termos que em seguida serão definidos. Pesam, nesse conjunto, sobretudo respostas e informações do perito judicial que o assistente e desaprovam, exatamente porque levam a conclusão oposta à tirada pelo próprio perito.

2. O autor, operário pobre, português, de cor negra, segundo sua advogada (fls.) — o que, porém, não coincide com as anotações de dois hospitais — fls. — aos 51 anos de idade caiu numa valeta próxima da casa (fls.), sofrendo em consequência fratura exposta da tibia e fíbula direita, com grande desvio lateral e com sinais radiológicos de luxação do tornozelo direito (fls.). No mesmo dia (26.1.71) foi internado no Hospital ora réu, duas horas depois do acidente, com Guia de Internação do INPS (fls.).

Naquele mesmo dia, chamado o Dr. Lauro, foi feita a redução cruenta, com limpeza cirúrgica e aplicação de gesso (fls.).

Realizada com os cuidados necessários, a redução cirúrgica "reduz a quase zero a possibilidade de contaminação pelo "Clostridium tetani" (fls.). Impunha-se, no entanto, abertura de uma janela no gesso (este necessário em vista da correção da fratura com desvio), porque havia incisão cirúrgica e ferimento da pele (fls.). "De rotina ela é feita no próprio ato cirúrgico", informa o perito. Não foi aberta janela, todavia.

Não foi possível apurar-se a limpeza cirúrgica foi feita com todos os cuidados necessários, mas o patrono do réu, no memorial, chama a atenção para o tempo da cirurgia (das 9.30 às 11 h) e para o Fisohex e soro fisiológico registrado a fls., deduzindo que o debridamento e limpeza cirúrgica foram, por isso, processados seguramente de acordo com as prescrições usuais. Entretanto, fato inegável é que no caso, apesar do debridamento e limpeza, deu-se a contaminação pelo "Clostridium tetani". E a informação médica é no sentido de que, se bem feitos, a contaminação se reduziria a quase zero.

O assistente técnico do réu não contrariou essa informação médica do perito judicial, mas discordou de que a janela no gesso devesse ser deixada no próprio ato cirúrgico (fls.). Argumenta

que a eventualidade de uma fratura no gesso ainda úmido viria prejudicar a redução da fratura óssea. Questão de técnica, talvez. Contudo, a informação do perito condiz muito mais com a cautela necessária para preservar o paciente dos riscos da "deiscência de sutura, que não deixa de ser um tipo de gangrena, sem que se estabeleça gangrena de extremidades" (fls.), pois a fratura fora exposta.

No dia seguinte à operação, o autor está com "dores intensas", e é notada "infiltração sanguínea através do gesso em toda a extensão" (fls.). É chamado o Dr. Lauro, que manda abrir janela no gesso. Os dias se sucedem com o quadro inalterado: dores e sangramento. No dia 30 de janeiro o médico visitante registra: "Dor e edema no membro inferior direito (MID) — Área da fratura com sinais de necrose". Entre as prescrições que deixa, duas chamam a atenção: "Abrir o gesso" e "Avisar o Dr. Lauro". Não foi cumprida a ordem de "Abrir o gesso e o Dr. Lauro não compareceu naquele dia (fls.).

Só no dia imediato, 31, comparece o Dr. Lauro e anota: "Dores intensas"; manda "abrir janela maior" no gesso (fls.). No dia 1.º de fevereiro são realizados mais remédios e a enfermagem consigna que o paciente foi examinado pelo ortopedista e que as dores são intensas (fls.).

No dia 2 o médico registra: "Odor fétido a gangrena" e o enfermeiro acrescenta que as dores são menos intensas. Cumpre notar que o enfermeiro da véspera escrevera "intensas". No mesmo dia 2 o Dr. Lauro, à sua vez, deixa escrito que há "necrose de pele no ferimento". Apenas médica (fls.).

Somente em 3 de fevereiro o Dr. Lauro prescreve a troca do gesso, que o enfermeiro registra ter sido feita pelo próprio Dr. Lauro. Apesar disso, o paciente se apresenta "agitado", "com cheiro pútrido na perna engessada", "com dores, apesar de medicado, e com traços sanguíneos na parte engessada" (fls.).

Dores intensas ou "intensas" persistem no dia 5, ocasião em que o médico deixa prescrito: "Fazer janela no gesso", dando claramente a entender que outra vez não se deixou janela, quando foi feita a troca do gesso dois dias antes

(fls.). A enfermagem não escreve tenha sido feita a janela. Na evolução do mal, o médico assinala que o paciente se apresenta "com sudorese profunda, queixando-se e agitado em virtude de dores lancinantes na perna engessada". O "paciente queixou toda a noite" e só "foi visto pelo plantonista e medicado conforme prescrição", escreve a enfermeira (fls.). O quadro não é diferente no dia 6 (fls.).

Finalmente, no dia 7 de fevereiro, tendo o médico verificado que o paciente está com "dores intensas exposição óssea, péssimo estado" (fls.), às 18.40, é o autor operado (fls.), sendo-lhe, então, amputada a perna direita, por gangrena infectada (fls.).

Ora, desses documentos do próprio hospital, que são folhas soltas que até poderiam ser reconstituídas, patenteia-se inafastável culpa que o laudo do perito não pôde ocultar, apesar do empenho em concluir que não houve culpa. Conclusão, à toda evidência, infundada a do perito.

É ele mesmo quem adverte que a gangrena é a denominação genérica de necrose dos tecidos, dizem-se gaseosa, quando os tecidos estão infectados; seus principais sintomas são a dor e parésias. Os documentos examinados revelam que a vítima teve sempre dores intensas, às vezes menos intensas depois de medicado, outras vezes mesmo depois de medicado continuaram intensas e chegaram a fortes e até lancinantes, apresentando-se o paciente com sudorese, febril, agitado. Segundo o perito, sinal fundamental da gangrena é a alteração da coloração da área necrosada (cianose), ocorrendo secundariamente alterações tróficas e térmicas (fls.). Ora, a necrose logo se manifestou na área da fratura, necrose de pele no ferimento; houve também odor fétido a gangrena, cheiro pútrido, sentido não só por testemunhas, mas registrado pelos médicos, nas visitas ao doente; o perito constatou na sua análise dos relatórios do hospital, picos febris denunciadores da má evolução do caso.

É verdade que o sinal de alteração na coloração e no estado térmico das extremidades do membro imobilizado não foi assinalado nos relatórios, como evidenciou o perito na resposta ao 3.º ques-

sito do autor (fls.). Mas, a parte o problema de o paciente não ter talvez apresentado esse sinal, ou de os médicos não lhe terem dado atenção, se o perceberam, ou até de não o terem percebido (hipóteses possíveis para explicar a falta de anotação correspondente nos relatórios), "a deiscência de sutura não deixa de ser um tipo de gangrena, sem que se estabeleça gangrena de extremidade", explicou o perito. E o que, na verdade, foi relevante em termos da inafastável culpa foi a demora de providências eficientes, temporizando-se soluções, tangenciando mesmo a total inércia no combate, com êxito, ao estado gangrenoso que se instalava. Medidas eficientes foram lembradas pelo perito, como a abertura da janela no ato cirúrgico, a necessidade de refazer o aparelho de gesso (tratando-se de gangrena por compressão extrínseca), e ainda medidas complementares, como remédios vaso-dilatadores, antibióticos, anti-inflamatórios e analgésicos. O MM. Juiz também, citando o "Tratado de Medicina Interna" de Cecil-Loeb, fala da sujeição das extremidades ao oxigênio hiperbárico como recurso contra a amputação (fls.).

No entanto, os relatórios marcaram a demora na troca do gesso, para corrigir a referida compressão sobre a ferida e incisão, que não tiveram desde logo a janela necessária. E mais: quando é aplicado o novo gesso, reincide-se na falta da janela para controle da ferida e incisão já infeccionadas. Então, houve imperícia na aplicação dos conhecimentos e da técnica médica que o caso demandava e houve negligência na demora de providências cuja eficiência dependia da imediatidade, colaborando tudo, no mínimo, para o agravamento do processo infeccioso que só pode ser debelado depois, irremediavelmente, com a amputação.

Acresce que não é justificativa o fato de não ter surgido mudança na coloração da extremidade do membro inferior. Além das considerações acima feitas, tem-se como inaceitável a explicação que o assistente do réu procurou dar. Diz que, "na prática médica habitual, quando se evolui um paciente, anotam-se apenas os dados positivos, isto é, os sinais existentes, tais como o sangra-

mento, dores intensas etc." (fls.). E o assistente manda que o julgador verifique "que não foram anotados a coloração e estado térmico da extremidade do membro gessado, como também não foram anotados que: a redução da fratura foi perfeita, que o paciente não vomitou, não evacuou etc." (registre-se desde logo que este último exemplo está mal dado, porque os documentos de fls. anotaram tal sinal). E conclui o laudo de fls. que tais sinais não foram observados (porque não estão anotados, levantando tese perigosa, posto que os relatórios são documentos em folhas soltas não participantes de livro rubricado e numerado, facilitando reconstituição ou preenchimento posterior). Acrescenta o assistente que, se houvesse gangrena vascular, ela teria sido forçosamente anotada, quando foi feita a troca do gesso em 3 de fevereiro, com nova limpeza cirúrgica de ferida, principalmente porque é larga a experiência do Dr. Lauro B. Lebrão em sua especialidade (fls.).

Apesar de não haver nos autos outros elementos para contestar experiências do Dr. Lauro (o memorial de fls. esclarece que ele se terá formado pela Faculdade de Medicina da USP, com especialização em ortopedia durante três anos de residência no Hospital das Clínicas da mesma Faculdade), a hipótese levantada pelo perito a fls. não é impossível. Se não por um treinamento inadequado — diz o perito — o aspecto da coloração das extremidades pode não ter sido observado e anotado, por uma natural fixação tão-somente no quadro doloroso, por si só suficiente para causar apreensão e pena. A inadvertência, mesmo por essa causa, não deixa de configurar de todo modo culpa de quem é profissional da Medicina.

Em suma, embora admitida a discriminação entre gangrena gasosa e vascular (esta é a que apresentaria a cyanose de extremidades), sempre res- taria a deiscência de sutura, que não deixa de ser um tipo de gangrena (fls.) e que não foi de pronto atalhada com amputação (sem necessidade da fatal eficiência), porque os médicos se fiaram, contra toda a evidência dos sintomas, que foram sendo observados, de que a limpeza cirúrgica tinha sido bem feita, reduzindo quase a zero a possibilidade

de contaminação pelo "Clostridium tetani". Contra a certeza e a teoria estatística, porém, apareciam aqueles sinais evidentes da necrose, do odor fétido a gangrena, das dores intensas, dos picos febris, da agitação do paciente. E o tempo ia correndo, com providências de medicação lenitiva sem resultado prático (de intensas, as dores passavam às vezes a menos intensas, e só, de abertura retardada de janela, também retardada; ampliação de janela, também retardada; de troca do gesso somente oito dias depois do padecimento do autor e da persistência dos sinais gangrenosos e de um novo gesso ainda sem a janela sobre a incisão sabidamente infectada. Isso tudo até que as dores se tornaram lancinantes e maior a agitação do paciente naquele quarto situado nos baixos do Hospital — uma espécie de porão, sem muita ventilação (fls.). Os médicos, enfim, quatro dias depois da troca do gesso, amputam a perna do autor, registrando "exposição óssea — péssimo aspecto".

Diante de todos esses informes e registros e dos conhecimentos médicos comunicados pelo perito, não é possível decidir que "não houve, sob qualquer das modalidades de culpa, comportamento condenável do pessoal do Hospital réu", no tocante ao processo morboso de que resultou a incapacidade do autor para o trabalho.

No que concerne à tetania em si, os prejuízos que dela adviriam insuladamente (sua eclosão foi posterior à amputação) escapam do pedido de pensão, único feito na inicial. De resto, o autor teve atendimento pelo INPS, embora nos dois hospitais particulares, afora o atendimento no Hospital das Clínicas, e não se comprovam gastos e despesas que o autor tenha desembolsado, ou que lhe não tenham sido reembolsados. Dabellada a doença, não consta tenha ficado sequela e assim não influiu em grau maior na incapacidade indenizável com o pagamento da pensão, devida pela amputação da perna. A semiparalisia, "que não costuma ser sequela habitual do tétano" (fls.), cedeu com doses elevadas de P-12. Assim sendo, não há interesse na análise da responsabilidade do Hospital réu quanto, especificamente

à posterior recusa de reinternar o autor, quanto ao risco de vida que ele correu.

3. Em síntese, considero plenamente comprovada a culpa do pessoal do Hospital réu e o dano sofrido pelo autor em razão desse comportamento culposo, como acima fundamentado. De que valeu a perfeita redução da fratura óssea se por desleixo da infecção, aquele osso foi, a final, seccionado? A Medicina já tem como obter a redução da fratura sem perder a perna do paciente.

Em consequência, meu voto condenava o réu a pagar ao autor, desde a amputação da perna, uma pensão vitalícia, correspondente ao grau de incapacidade e de acordo com a paga de seu trabalho à época do acidente tudo como fosse apurado em execução, procedendo-se na forma do art. 602 do CPC. As prestações mensais vencidas seriam pagas de uma vez, com juros legais desde a citação e corrigidas na forma da Súmula 490, como pedido na inicial. Pagaria ainda o réu as custas do processo e a honorária advocatícia, que era arbitrada em 20% sobre o total da condenação dos atrasados e mais sobre o valor das 12 primeiras prestações vencerdas da pensão, atendidos os critérios do art. 20, § 3º, c/c o art. 260 do CPC (RTJ 84/582).

E para tudo isso meu voto dava provimento em termos ao recurso do autor, julgando procedente a ação nos exatos e definidos termos da condenação acima elaborada — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Villa da Costa.

DIVISÃO — Usucapião invocado por interessado — Audiência de instrução cancelada — Processo anulado em parte.

O art. 968 do CPC só admite a aplicação do art. 330, II, não havendo contestação.

N. 270.407 — Santa Isabel — Apelantes: Masatoshi Shimmyo e sua mulher — Apelados: Eimatsu Asano e outros e Predial de Lucca S/A.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 270.407, da comarca de Santa Isabel, em que são apelantes Masatoshi Shimmyo e sua mulher, sendo apelados Eimatsu Asano, Soichiro Motoie e sua mulher, e Predial de Lucca

ANEXO-2

tende eliminar, enaltecendo aqueles que pretendem corrigir erros do passado, recuperando a dignidade do lar.

Nessa esteira de pensamento, vários juizes desprezam os requisitos legais constantes dos arts. 29 e ss. do Código para colocar em relevo o preceito do art. 5.º, cuja redação é a seguinte: "Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado".

Nesses termos, e de acordo com ponto-de-vista por nós expandido no R. 5.979-0, neguel provimento ao apelo ministerial, após rejeitada a preliminar pela E. Turma Julgadora.

RESPONSABILIDADE CIVIL — Médico — Danos físicos atribuídos a tratamento por ele ministrado — Obrigação de meio, e não de resultado — Regularidade da conduta do profissional — Culpa não configurada — Indenização afastada — Recurso provido — Voto vencido — Intelligência do art. 1.545 do CC.

Se a prescrição da medicação foi pertinente e cercada das cautelas recomendáveis e não haver do prova de que o profissional da Medicina foi negligente, imperito ou imprudente no acompanhamento do tratamento, não há como considerar procedente a ação de indenização.

Ap. 11.267-1 — 8.ª C. — J. 19.5.86 — rel. Des. Oliveira Lima.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 11.267-1, da comarca de Porto Ferreira, em que é apelante Márcio Funghi de Salles Barbosa, sendo apelada Leonides Sobral, assistida por seu pai, Luiz Casemiro (ou Casimiro) Sobral: Acordam, em 8.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, rejeitar a argüição de incompetência da Câmara, suscitada na sustentação oral, e dar provimento à apelação, agora vencido o Relator sorteado que a improvia.

1. Trata-se de ação sumaríssima, que terminou proposta por Leonides Sobral, assistida por seu pai, contra o médico Dr. Márcio Funghi de Salles Barbosa, em busca de indenização por danos físicos que aquela atribui a tratamento a que este a submeteu.

consideração de que a obrigação do médico é de meio, e não de resultado, no essencial, a questão se restringe à resposta a duas indagações interligadas:

1.º. A medicação prescrita pelo apelante à apelada foi a causa dos graves danos físicos por esta experimentados?

2.º. Em caso positivo, na prescrição e acompanhamento dessa medicação, agiu o recorrente com culpa?

É inegável que a terapêutica aplicada pelo apelante à apelada foi correta e, ademais, ministrada com critério, após adequado exame clínico, bem feita anamnese e diante do resultado do eletroencefalograma. Ficou bem provado nos autos que o medicamento "Hidantal" é considerado em nível dos de primeira escolha para o mal de que padecia a apelada. É o que resulta claro do laudo do Prof. Dr. Charles Edward Corbett (fls. 368). Aliás, esse renomado Técnico, referindo-se ao acerto da indicação, disse: "eis que a "Difenil-Hidantoína" é uma das substâncias anticonvulsivas mais eficazes no tratamento do "grande mal epilético", conquanto também utilizável em outras finalidades terapêuticas" (fls. 368).

Desnecessário, ademais, a realização de prévio teste de sensibilidade antes da prescrição do "Hidantal". A propósito, ainda, o Prof. Dr. Corbett observou: "No caso do "Hidantal", embora previsíveis reações secundárias, inclusive a síndrome de Stevens-Johnson... o "teste alérgico" preliminar não é praticado com a Difenil-Hidantoína e sequer se encontram referências à sua feitura em livros científicos de nomeada. A propósito, cumpre assinalar-se que as reações idiossincrásicas à Difenil-Hidantoína não se desencadeiam imediatamente. No caso das reações cutâneas, comumente aparecem 10 a 14 dias após o início da ingestão dessa substância. Outrossim, cabe também considerar-se que muitas das reações adversas não são de caráter alérgico. Ademais, é de se referir que a cautelosa posologia inicialmente recomendada de "Hidantal" por via oral valeu como "teste de hipersensibilidade" a ser avaliado pelo próprio médico" (fls. 364).

De outro lado, como é assente, o apelante prescreveu "Hidantal" à apelada no dia 21.11.74, e, embora se admita que,

dias após, esta haja apresentado reações colaterais, não é seguro que já tenha sido síndrome de Stevens-Johnson, de vez que menos de dois meses depois, no dia 9.1.75, no Sanatório São Sebastião (Santa Casa de Elbeirão Preto), foi prescrito à autora "Comital L" (fls. 64). Ora, esse medicamento contém a própria Difenil-Hidantoína, exclusiva do "Hidantal", mas associada a dois barbitúricos (fls. 361), e se a síndrome de Stevens-Johnson já estivesse instalada na autora seria injustificável a prescrição do "Comital L" (fls. 399).

Logo, não é possível concluir, com segurança, que a síndrome de Stevens-Johnson e os graves males ao final apresentados pela autora hajam decorrido da prescrição do "Hidantal" pelo réu.

Ora, na petição inicial a demandante afirmou que 20 dias após o início do tratamento prescrito pelo demandado ela apresentou problemas seríssimos.

Contudo, diante do acima exposto, levando em conta inexistir qualquer prova de que o réu receitou "Comital L" para a autora, tendo em vista, também, que este último medicamento, como já foi realçado, foi prescrito, em 9.1.75, à apelada no Sanatório São Sebastião (Santa Casa de Elbeirão Preto), bem alnda considerando a extensa passagem da autora por outros médicos, de modo particular do Hospital das Clínicas de Elbeirão Preto, antes da volta, cerca de 11 meses depois, ao demandado, não se pode afirmar, com a necessária segurança, que os danos físicos sofridos pela demandante resultaram da ingestão do "Hidantal" (fls. 363, 299 e 400). Ademais, como observou o perito judicial, a autora tomou "Vibramicina" (fls. 367) e outros antibióticos, bem como colírios à base de "Cloranfenicol", todos capazes de provocar perturbações no aparelho visual (fls. 399 e 400).

Todavia, ainda que se tenha por provado — o que admitem para argumentar — que os males físicos experimentados pela recorrida têm como causa ou ao menos como concausa o "Hidantal" que lhe foi prescrito pelo recorrente, a verdade é que, solucionando, agora, a segunda questão de início ventilada, inexistem elementos decisivos que permitam a conclusão de que o réu agiu com culpa

na prescrição e acompanhamento da medicação.

Em relação à prescrição da medicação, já se viu que a mesma foi pertinente e cercada das cautelas recomendáveis.

De outro lado, não há prova de que o apelante foi negligente, imperito ou imprudente no acompanhamento do caso. Na própria inicial reconhece-se que o requerido informou ao pai da autora e à sua mulher "a possibilidade de haver reação ao remédio, porém isso seria normal e marcou o retorno de Leonides para daí a 30 dias" (fls. 2). Aliás, como é notório, não é normal que um médico advirta um cliente de todos os possíveis efeitos colaterais de um remédio, máxime em moléstias que afetam o sistema nervoso.

É claro que referido retorno estava sujeito a critério de normalidade. Uma reação fora dos padrões comuns exigiria uma conduta ativa do próprio paciente ou de quem por ela zelasse antes do apontado prazo. A alegação da mãe da autora, de que não desejou procurar o réu no fim de semana é incompreensível (fls. 177), máxime para quem, desde essa ocasião, soube lutar incessantemente, percorrendo diversos médicos (fls. 177 e 178, 11-18, 38 e 41-67).

Bem por isso, o perito também não encontrou elementos objetivos que possam revelar conduta culposa do réu. Sua anamnese está bem feita e não foi desbuída por qualquer outra prova (fls. 174 e v.).

Isto posto, agora contra o voto do Relator sorteado, dão provimento à apelação para julgar improcedente a ação, carregando à autora custas, honorários advocatícios de Cz\$ 3.000,00, além de custas e salários periciais de Cz\$ 2.000,00, para o perito judicial, e de Cz\$ 500,00, para o assistente técnico do réu. Considerando, porém, que a autora é beneficiária da assistência judiciária gratuita, fica isenta do pagamento dessas verbas, na forma do art. 12 da Lei 1.060/50.

São Paulo, 19 de março de 1986 —
ARTHUR DE GODOY, pres., vencido em parte, com a seguinte declaração de voto:

1. Como os demais proferidos, também o meu voto desacolheu a arguição de incompetência desta E. 8.ª Câmara Civil para o reexame suscitado na via recursal.

Mas dissentiu na questão de fundo, pois negava provimento ao recurso, mantendo o decreto de procedência da ação, estabelecido em 1.º grau.

2. A terapêutica foi adequada. O demandado recebeu medicamento contendo substância anticonvulsivante recomendada para o grande mal epilético, que foi encontrado em cuidadoso diagnóstico, com apoio em exame clínico e nos dados da anamnese, além do resultado de electroencefalograma.

Também não se exigia a cautela de um teste prévio à respeito da sensibilidade do paciente à "Defenil-Hidantoína". Em primeiro lugar porque, segundo se indica nem todas as reações a essa substância são de natureza alérgica. Depois porque a posologia inicialmente recomendada valia, já, como dado de apuração da hipótese de uma hipersensibilidade à substância.

Mas não houve, por certo, prudente e adequada advertência, à demandante ou a seus pais, quanto aos efeitos secundários do medicamento, irradiados, no caso, de maneira grave.

Como o anota o perito, até os medicamentos de uso popular ou rotineiro podem provocar efeitos colaterais, às vezes revestidos de grande importância. Mas não deixa de haver certas substâncias em que esses efeitos secundários se desencadeiam com maior propensão.

O "Hidantal", recetado à demandante, é um destes medicamentos. Na experiência médica, tem-se visto que produz, nessa ordem de efeitos, às vezes, irritação gastro-esofágica, acompanhada de alterações dessa porção do tubo digestivo, como também alterações neurológicas, reveladas por insônia, tonturas, tremores, cefaléia, sonolência, apatia, entre o mais. E, em especial, pode fazer surgir reações sistêmicas, por vezes com erupções cutâneas, entre outras as reveladas pela síndrome de Stevens-Johnson.

Essas manifestações, algumas de gravidade, costumam aparecer entre 10 e 14 dias após o início da ingestão da substância. E isto recomendava, mormente para a paciente, de família pobre e de pouca instrução, uma mais clara e detalhada advertência quanto às possíveis alterações provocadas por essa ordem de

efeitos secundários, com a recomendação de pronta suspensão do medicamento. Tudo, além do mais, com um assíduo controle dessas manifestações, garantido por um retorno ao consultório em prazo compatível com o comum aparecimento das reações.

Essa providência, cercada dos cuidados precisos, é que faltou. A provocar que, revelados os sintomas colaterais, ficasse a paciente, assim como seus familiares, em desorientada procura de socorros, sem retorno senão quase 11 meses depois ao consultório do demandado.

Residindo nessa falha de orientação o fator culposos que estabelece, no caso, o dever de reparação.

3. De se admitir, além disso, o nexo de causa e efeito entre o medicamento prescrito e as graves e sérias lesões sofridas pela demandante.

É que, ao tempo, essa foi a grande inovação nos hábitos de vida da paciente. E, senão comumente admitidas como efeitos secundários da "Difenil-Hidantoína", não podiam deixar as lesões da demandante de ser atribuídas à causa da ingestão do medicamento. Sabendo-se, por fim, que deve ser descartada, no caso, a vacina antivaricélica, não ministrada à jovem, a esse tempo. Como, pela pequena importância, a abreugrafia realizada.

Se, por fim, foi, posteriormente, recetado o "Comital" para a demandante, com a mesma substância anticonvulsiva, nem isso serve como mostra decisiva da inexistência da relação causal entre o medicamento e as lesões, à consideração da diversidade das condições orgânicas próprias de um momento e de outro, bastantes, em si, para justificar a reação, num caso, e a inexistência de manifestações secundárias, em outro.

4. A demandante, de resto, se apresenta com sérias lesões, que a despojam, permanentemente, da integral capacidade para o trabalho, pois sofreu ruptura do esfôago, perda da pele, queda das unhas e dos cabelos, além da enucleação de um dos olhos, com o perigo de perda de visão no outro.

E isso justificava, em suma, a procedência da pretensão reparatória nos termos em que acolhida em 1.º grau. Com o improvimento do recurso interposto. —

OLIVEIRA LIMA, relator designado —
FONSECA TAVARES, 3.º juiz, vencedor, com a seguinte declaração de voto:

1. Diante de crises convulsivas sofridas pela recorrida, o apelante, psiquiatra e neurologista, recetou o medicamento "Hidantal", que em sua composição apresenta como substância exclusiva a "Difenil-Hidantoína", melhor, por isso, que o muito usado "Comital L", cuja composição é acrescida de dois barbitúricos. O efeito do uso do medicamento foi a síndrome de Stevens-Johnson, surgida 20 dias após o início do uso do remédio, manifestações alérgicas que acarretaram graves conseqüências. A culpa do apelante teria decorrido, segundo a inicial, de haver prescrito o medicamento.

2. Não há dúvida quanto à circunstância de se apresentar à consulta a recorrida com distúrbia, verificada por meio do electroencefalograma realizado uma semana após. Além disso, não paira qualquer dúvida nos autos quanto à circunstância de não ter havido erro no diagnóstico. Pacífico é também que o "Hidantal" é o medicamento recomendável para impedir as manifestações convulsivas.

3. A responsabilidade, segundo o contexto e segundo a sentença que deu pela procedência da ação, teria advindo antes de haver dito o médico que algumas reações causadas pelo medicamento seriam normais e não deveriam assustar os genitores, além de não ter prudentemente procedido a testes de alergia antes de o prescrever.

4. Entretanto, duas observações elidiriam os fundamentos da sentença. Não há testes alérgicos que possam preceder ao uso e o acautelar, relativamente ao "Hidantal". É apenas a observação do paciente que poderá revelar se ele alérgico ou não ao medicamento. A outra observação decorre de não ser possível ter por esclarecido nos autos o teor das recomendações feitas aos pais da paciente, ao final da consulta. É fato notório que, normalmente, os médicos que ministram tais remédios após crises convulsivas solicitam venham a ser informados continuamente do estado da pessoa, em especial na hipótese de existência de quadro anômalo. Não obstante tenha sido determinado que a paciente retornasse 30 dias

após, o que não ocorreu, procuradas que foram outras soluções, isso, evidentemente, não significa que não houvesse feito as recomendações que estão a constar da resposta (fls. 161-172), para constar do imediato caso houvesse reações anômalas. Esse aconselhamento é praxe nesse tipo de diagnóstico.

De observar é que da ficha médica — e não há razão para descrever de sua idoneidade — deflui que a paciente comparecera ao exame em 14.11.74 e que retornara em 21 de novembro com o eletro, ai, sim, prescrito o "Hidantal". Para quem vinha de três crises convulsivas poderia parecer fêmeidade que não houvesse sido receitado já à primeira consulta, para a teração ulterior se não houvesse discrimina. Pode o leigo supor que isso tenha decorrido de necessitar o médico de apoio objetivo, um exame de eletro, para ministrar o remédio, ou que o houvesse deixado de ministrar imediatamente para que não viesse a ser alterado o electroencefalograma.

5. Assim, os dois fundamentos da sentença, que acolhera a inicial por motivos diversos da imputação nela contida, não seriam, com a máxima vênia, de ser mantidos em 2.º grau.

6. Poder-se-ia dizer que teria havido causa culposa posta pelo médico, obstativa de sua pronta localização pelos genitores do paciente? O contexto não permite seja feita semelhante ilação.

Assim, está a impor-se a reforma da r. sentença, nos termos do v. voto do 2.º Juiz.

7. Mas algumas considerações há de ser feitas, sob o prisma da inserção do fato no contexto jurídico.

A responsabilidade médica, na forma do art. 1.545 do CC, advém de culpa — imprudência, negligência ou imperícia — no exercício da profissão.

Poderia se ter configurado se tivesse havido erro de diagnóstico — que não fosse escusável — ou diagnóstico certo, mas ministração de remédio imediatamente contra-indicado para a moléstia diagnosticada. Isso quando não se está a tratar de culpa de cirurgões.

Mas na idéia de culpa ("comportamento anímico do agente, reprovado pelo Di-

reito — falta voluntária — que pode ser imputada, consistente em haver agido apesar de haver pensado ou de haver devido pensar nas consequências prejudiciais do ato", segundo Lehmann), que configura ilicitude de conduta, há de haver o amparo na "antijuridicidade ou imoralidade da ação" (*Tratado de Direito Civil — Parte Geral*, cap. III, § 41). Ou, como o dizem Luis Diez-Picazo e António Grullon, "a culpa consiste na omissão de diligência exigível, cujo emprego pudesse haver impedido o resultado não querido" (*Sistema de Direito Civil*, v. II/476, Tercos, Madri, 1978).

Ou seja, se há violação de um dever, existe tanto a imputabilidade do agente como, também, a reprovabilidade da conduta, pois todo o descumprimento de dever é censurável. Não pode haver culpa se há regularidade de conduta, se há cumprimento de dever.

A clareza de Antunes Varela vai direta no tema:

"A culpa consiste na reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. Agé com culpa quem merece ser reprovado ou censurado pelo seu comportamento.

"E o comportamento do agente merece censura ou reprovação quando, em face das circunstâncias concretas do caso, se entende que ele podia e devia ter agido de outro modo" (*Direito das Obrigações*, v. I/219, Forense, 1977).

Aliás, inexistente distinção ontológica entre culpabilidade civil e criminal, deve ser observado que Anibal Bruno, na Parte Geral de seu *Direito Penal*, v. I, t. 2.º/413 e 467, ed. Nacional de Direito, 1956 ao cuidar da concepção normativa da culpabilidade, mostrava que "a ordem jurídica impõe o dever de obediência aos seus imperativos... exigível de todos um comportamento de acordo com a norma. Se alguém, tendo ou podendo ter a consciência de que falta ao dever e podendo agir em conformidade com este, atua de maneira contrária, faz-se objeto de reprovabilidade...". A ilação, segundo está a constar de nota de rodapé, vinculava-se a Goldschmidt. Culmina o doutrinador brasileiro por apresentar o conceito sintético: "...Culpabilidade é a reprovabili-

dade que pesa sobre o autor de um fato punível, praticado em condições de imputabilidade" (p. 415). Já relativamente à culpa em sentido estrito, a conceitua como "culpabilidade e, portanto, reprovabilidade. E esta reprovabilidade decorre da vontade contrária ao dever com que o agente pratica a ação inicial, devendo e podendo prevenir e evitar o resultado típico" (p. 467).

8. Mas, com Savatier, todos observam que há necessidade de repensar a responsabilidade civil, e, ainda que chegou a concluir que "a tomada de consciência transforma a responsabilidade numa solidariedade, pois se atribui hoje à comunidade dos homens o encargo de atenuar o mal insuportável sofrido por aqueles dos seus que suportam certos eventos da vida", que, acrescida, "um antigo domínio da caridade, integra-se, assim, na justiça" ("Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile", *Extrait du Recueil Dalloz Sirey*, p. 5), aqui não haveria possibilidade de se colocar essa imprescindível proteção à vítima, dados os sérios riscos vinculados à química dos medicamentos, riscos que se integram naquele direito à segurança, um dos atributos do homem, no dizer de Savatier, concepção importante para suprir os perigos da mecanização e da tecnologia, exatamente porque a responsabilidade viria a ser atribuída não a uma forma de seguro social ou de seguro-saúde, ou de seguro médico, mas atribuída seria a um profissional da Medicina que agiu como qualquer outro colega seu teria agido, ao firmar-se em diagnóstico correto e ao prescrever o medicamento mais utilizado para os sintomas manifestados pela paciente.

Savatier, na mesma obra, aliás, com palavras candentes, mostra a peculiaridade do risco médico, pois o respectivo profissional "não pode curar sempre. Ele bem o sabe! A doença, a enfermidade, a morte, fazem parte da condição humana", principalmente quando se sabe que a própria saúde restaurada ficará sempre "um estado precário e preocupante" (p. 29). Contrapõe, a seguir, o risco automobilístico ao risco médico, observando que é bem mais fácil naquele que neste criar uma presunção de culpa, pois a missão do médico se constitui em serviço público

"que lhe confere um privilégio único: o de trabalhar sobre o corpo de seu paciente", ainda que se submetta a duas exigências, a capacidade técnica e a consciência humanista, sobre as quais repousa a responsabilidade médica (ibidem), sem que se possa "imputar a ele os riscos que assume do sofrimento e da morte, contra os quais se encarrega de lutar" (p. 31), e aí surge "a fraqueza da justiça humana! O juiz não pode, como Deus, sondar os corações e os rins!... Mas a impossibilidade de ser divino não poderia impedir, nem abolir, nem desencorajar a justiça do juiz, órgão do Direito que ordena a sociedade", o que não o dispensa de, "apurada a falta na origem do prejuízo, atender ao clamor da sanção comum a toda a liberdade danosa a outrem por seu mal uso: obrigar a reparar" (ibidem).

Não há como afirmar, aqui, tenha falado aquela obrigação de diligência a que se refere Lafayette Pondé (RF 191/31, "A responsabilidade civil dos médicos").

Também não é possível fazer incidir aqui aquela opção da jurisprudência francesa, condenada pela doutrina, segundo Tereza Ancona Lopez de Magalhães: "Também na ânsia de proteger a vítima do dano, e ainda por causa das dificuldades apontadas na formação da culpa médica, surgiu na França, a partir de 1965, como trabalho de jurisprudência, a teoria da *perte d'une chance*. Em resumo, consiste em se admitir que a culpa do médico comprometeu as "chances" de vida e integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja absolutamente convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causa e efeito entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades ("chances") ao doente. Há, no caso, presunção de responsabilidade contra o médico" (*Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência*, coordenador Yussuf Said Cahall, Saraiva, p. 311).

E Anibal Bruno, na obra indicada, p. 472, traça a distinção entre imperícia e erro profissional. Provém este "das imperfeições da própria arte ou ciência. Na Medicina, p. ex., em certas circunstâncias, é sempre possível um erro de diagnóstico que pode acarretar consequências mais ou menos graves. Há erro escusável,

e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, advir daí um resultado de dano ou de perigo". Nem sequer isso ocorreu neste caso.

Restaria observar que o "Hidantal" não é uma moderna "Taldomida" e que, como foi observado, o resultado danoso não poderia ser tido como provável, tudo fazendo crer que era remotamente possível, ou seja, consequência ocasional decorrente de hipersensibilidade, que haveria de ser congênita, sem que se possa já-mais, é claro, dizer se a combinação interna com outro medicamento ou até mesmo com alguma alimentação poderia propiciar o desencadeamento de quadro tão lamentável.

Aliás, a respeito, é justo recordar que a revista *Hoje* publicada em abril/78 pela Livraria Francisco Alves Editora S/A, pp. 56-75, traz trecho da obra de Richard Mackness, **Comer Perigosamente**, "Os riscos das alergias ocultas", voltado à alergia química e alimentar como causa de inúmeras afecções, já mencionado que a causa mais comum de sintomatologia humana". Algumas passagens revelam a perplexidade em que se pode ficar na averiguação de um predispósito à manifestação alérgica. Diz o autor: "Conquanto possamos ainda não conhecer o motivo pelo qual certas pessoas são mais suscetíveis à alergia do que outras, ou porque num paciente o órgão-alvo da alergia é a garganta e em outro é o sistema nervoso, basta compreender..." etc. Como no momento em que afirma: "A tendência geral de se tornar alérgico ou sensível a substâncias estranhas constitui uma característica hereditária. Se uma pessoa tem pais e avós alérgicos, com toda probabilidade desenvolverá ela própria alguma alergia. Mas a espécie de alergia e a substância a que será alérgica lhes serão próprias", apontada também a tendência a rotular a alergia como algo de "funcional", ou "idiopático", ou "psicossomático", ou "essencial", com o indício, inclusive, "fatores emocionais como capazes de influenciar a alergia", o que ganhou a aceitação geral, podendo advir

dada para o grande mal epilético, que foi encontrado em cuidadoso diagnóstico, com apoio em exame clínico e nos dados da anamnese, além do resultado de eletroencefalograma.

Também não se exigia a cautela de um teste prévio, a respeito da sensibilidade do paciente ao difenil hidantolína. Em primeiro lugar porque, segundo se indicava, nem todas as reações a essa substância são de natureza alérgica. Depois, porque a posologia inicialmente recomendada valia, já, como dado de apuração da hipótese de uma hipersensibilidade à substância.

Mas não houve, por certo, prudente e adequada advertência, à demandante ou a seus pais, quanto aos efeitos secundários do medicamento, irradiados, no caso, de maneira grave.

Como o anota o perito, até os medicamentos de uso popular ou rotineiro podem provocar efeitos colaterais.

ALIMENTOS — Revisão — Doação de imóvel a filhos menores — Cláusula de usufruto vitalício em favor da mulher, que por essa razão dispensou alimentos — Pretendida alteração da referida cláusula pelo varão e consequente extinção do benefício — Inadmissibilidade.

Quando a cláusula for decorrente de equilíbrio avençado entre as partes não haverá direito à sua posterior alteração.

RECURSO — Agravo retido — Decisão final mais favorável do que a pleiteada pelo agravante — Falta de interesse — Não conhecimento.

O recurso não será apto a proporcionar utilidade alguma quando em face de uma situação mais firme postula-se outra menos firme, faltando, consequentemente, o requisito do interesse em recorrer.

RECURSO — Apelação adesiva — Falta de preparo — Não conhecimento.

O recurso adesivo sujeita-se a preparo como requisito de admissibilidade, tanto quanto o principal.

Ap. 44.249-1 (segredo de justiça) — 1.ª C. — f. 4.3.86 — rel. Des. Rangel Dinamarco.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível

44.249-1: Acordam, em 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, considerar o agravo de instrumento como retido e, como tal, dele não conhecer, por votação unânime. Em seguida, conhecer em parte da apelação pela mesma votação, sendo que na parte conhecida o Relator e Revisor deram provimento parcial, enquanto que o 3.º Juiz dava provimento integral. Quanto ao recurso adesivo, dele não conhecer, por falta de preparo, à unanimidade de votos.

Em face dos pedidos feitos, esta é, em primeiro lugar, uma ação revisional de alimentos. Trata-se de alimentos devidos pelo pai aos filhos, sendo tecnicamente menos perfeita a inclusão da mãe como ré. Entenda-se, todavia, como solução mais liberal visando a evitar pronúncias de ordem processual (carência de ação), que a intenção real do autor foi litigar contra os filhos, estes representados pela mãe.

O agravo de instrumento que foi interposto pela ré porque o Magistrado rejeitara sua preliminar de carência parcial de ação (fls. 124-127) não teve processamento, apesar da clara determinação judicial contida no r. despacho então proferido. Ficou retido nos autos e como tal é tratado. O Dr. Procurador de Justiça alvibrara a regularização do agravo de instrumento, baixando os autos à MM. Vara para que fosse processado, mas a solução aqui ditada é mais expedita e conduz ao mesmo resultado prático que o processamento do agravo. Como se verá, o agravo não merece conhecimento, tanto quanto apelação, por falta de interesse em recorrer.

Seja no agravo retido, seja no apelo, a ré continua irrisignada com a rejeição de sua preliminar de carência de ação, mas não tem razão nessa parte. Quando se desquitaram, os cônjuges estabeleceram na Rua ... (Morumbi) seria doada aos filhos, instituindo-se cláusula de usufruto vitalício em favor dela, ré (fls. 25). Em compensação, dispôs alimentos (fls. 30). Agora, neste processo, o marido quis que essa cláusula de separação fosse alterada, para ditar a extinção do usufruto quando atingida a maioridade de cada um dos dois filhos. O MM. Juiz rejeitou

ANEXO-3

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

RESPONSABILIDADE CIVIL - MÉDICO-ANESTESISTA

1. A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra (SAVATIER).
2. Apesar de se inserir no capítulo dos atos ilícitos, a responsabilidade médica é contratual, conforme predomínio da doutrina e jurisprudência.
3. Há obrigação de meios e de resultado. Anestesia é obrigação de resultado, concernente a antes, durante e após o ato anestésico, daí a profunda responsabilidade técnica do médico-anestesista, que estatui até uma condição arbitrária para seu desempenho dentro da equipe médica.
4. A determinação de sua responsabilidade, dependerá do exame do caso concreto, onde, se aplicou anestesia peridural-raquiana, e após algum tempo, sem dor mas consciente, o paciente veio a ter concussão cerebral, com traumatismo crânio-encefálico, ficando com lesão cerebral, com dano permanente, em razão da P. C. R. (parada cardiorrespiratória).
5. Ocorre que não foi feito o exame de sensibilidade do paciente, e não sendo intervenção "cirúrgica urgente", tanto assim que a anestesia fora setorial, houve falta de cuidado objetivo e técnico do médico-anestesista, que por negligência e também imperícia, tanto pelo aspecto omissivo e comissivo, não teve atitude correta, pronta, técnica e profissional condizente ao momento e ao paciente, havendo agido com culpa e respondendo pelo dano causado (Arts. 159 e 1.145 c.c. 1.056 do Código Civil).
6. Ainda mais, o acréscimo angustioso, visto não tirar a conscientização ao paciente, o temor de seu estado psicológico, ocasionando a ele, paciente, e consequentemente a terceiros, inequívoco dano moral permanente, além do dano material físico.

Apelo conhecido e provido parcialmente.

Apelação Cível nº 29.966-5/188 - Comarca de Anápolis - Apelante: Sandro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 29.966 de Anápolis em que é apelante Sandro Pereira de Souza e apelados Hospital Evangélico Goiano S/A, João Batista Carrijo Aristides e Francisco Barbosa Espíndola.

Acorda o TJGO, pelos componentes da 1ª Câmara Cível e 2ª Turma Julgadora, à unanimidade de votos, negar provimento ao Agravo Retido e, por maioria de votos, dar provimento parcial ao apelo, nos termos do voto do redator do acórdão.

Votaram os Des. CASTRO FILHO (vencido), JOSÉ SOARES DE CASTRO e ANTÔNIO NERY DA SILVA.

Goiânia, 18 de maio de 1993.

CASTRO FILHO, Presidente

JOSÉ SOARES DE CASTRO, Redator p/o Acórdão

VOTO

Nego provimento ao agravo retido, pois sem razão de se exigir inspeção judicial para o Juiz, ao deslocar-se até o leito do apelante para verificar *in loco*, seu estado físico e de locomoção. Há provas nos autos demonstrando a situação real.

Improvejo, pois, o agravo retido.

No tocante à apelação, *data venia*, tenho outro entendimento do digno relator.

A sentença não analisou as provas a contento, ou com certa logicidade de interpretação dos fatos, as suas datas e etapas ocorridas para o processo de conhecimento. O fato, acidente automobilístico, ocorreu no dia 19.07.1986 na pessoa de Sandro Pereira de Souza, ocasionando fratura da tíbia esquerda e ferimento profundo na coxa esquerda, atingindo os membros, conforme laudo pericial.

No mesmo dia, 19.07.86 (fl. 200) fez-se em Goiânia, na Clínica Santa Mônica, tomografia computadorizada (Scanner) em que se evidencia, encontrava-se em estado normal inclusive do córtex cerebral - com a conclusão: *estado normal*.

A representante do MP diz, (fl. 155): "As provas contidas nos autos não são sobejas, contudo, importante analisar a ordem cronológica do preenchimento dos dados contidos nos documentos hospitalares e pericial. Os documentos de fls. 20, 21, 22, 79 e 83 foram preenchidos no mesmo dia do acidente sofrido pelo requerente e não notificam o traumatismo cerebral, embora noticiasse o politraumatismo; já os documentos de fls. 80, 81 e 82, destinados ao INPS e datados de 19.07.1986, mas na realidade preenchidos no dia 23 de julho, conforme se vislum-

bra do rodapé dos espaços destinados à justificativa de internação, notícia lesão cerebral (concussão cerebral).

...No presente caso a responsabilidade que se pretende alcançar é a chamada responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*, baseada exclusivamente no princípio da culpa pelo que dispõe o art. 159 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia, violar o direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Busca-se responsabilidade objetiva, bastando a relação de causalidade entre a ação e o dano para se estabelecer a culpa (houve anes-tesamento sem o teste alérgico prévio, houve choque e veio do dano)”.

De fato, o que se viu é o aparcimento do politraumatismo na papeleta, des- tinado ao INPS, datados do dia 19.07.86, mas na realidade preenchidos no dia 23, visível no documento de fls. 80, 81 e 82. Há realmente uma perícia de fls. 116/118 e laudo de Assistente Técnico fls. 125/131.

Ora, a primeira perícia foi feita no dia 16.10.1990, ou seja, mais quatro anos após o acidente, dizendo-se a descrição do quadro cirúrgico com comprometimen- to cerebral grave, onde examinando (fls. 117) as papeletas. II - quesito hospitalar, o paciente não teve só lesão de perna mas politraumatismo com traumatismo crânio-encefálico (concussão cerebral). No quesito 7º, o perito afirma que as cau- sas ou fatores que podem alterar ou lesar o cérebro, com o trauma craniano, o edema cerebral, o “Drain Swellen” e intolerância medicamentosa ao choque anafi- lático. O estado geral do apelante está especificado no item 18º, pelo exame atual do paciente em 16.10.1990 (fls. 118). O outro exame de Assistente pericial fora feito em 07.02.91 respondendo ao quesito nº 08 (fl. 131), afirma que são feitos tes- tes de sensibilidade, dizendo que este teste não é rotina em anestesia, muito menos em cirurgia de emergência. Quanto ao quesito nº 10 há dados elucidativos importantes - difícil imputar à anestesia e à cirurgia como responsáveis pelos qua- dros clínicos do paciente, uma vez que a parada cardiorrespiratória, ocorreu 1 hora e 11 minutos após o bloqueio, visto que a maioria das complicações cardior- respiratórias que podem decorrer, em consequência da raquianestesia são preco- ces (fls. 131, *in fine*).

O Dr. Juiz *a quo*, diz no relatório que houve duas anestésias (pág. 119 e 165) peridural e geral, visto a cirurgia de emergência “se impunha”.

Ora, a sentença julgou carcedor da ação com relação ao Hospital e ao médi- co-cirurgião, e im procedente o pedido em relação ao anestésista.

Passo a outras considerações.

Objetivamente, vêm-se que as consequências danosas da intervenção cirúr- gica externa, pois localizada na tibia esquerda, perduram nefastas e perenes.

Agudamente permanece na inanição um jovem, hoje, com a idade cronoló- gica de 20 anos mais ou menos.

Parece-nos que com relação ao hospital, mesmo com as características da culpa *in legend*, com relação ao médico parece-nos remota sua aplicação à vista

do tempo decorrido do fato - 1986 - pois a projeção do tempo, isenta o hospital com sua aparelhagem técnica e específica que no aspecto mecânico, nada foi cons- tatado, inclusive com relação de empregador. O elemento não se torna objetivo, mas subjetivo da obrigação contratual de ato ilícito que possa produzir lesão a um bem jurídico.

Com relação ao médico-cirurgião também não se nota ou destaca-se na reconstituição técnica da cirurgia externa de fratura na tibia, qualquer falha indi- cativa de erro ou dano na pessoa do paciente.

Já com relação ao anestésista, pelo choque anafilático, ao ser anestesiado, o que levou o apelante ao estado de tetraplegia, ficando inteiramente impossi- bilitado de exercer suas atividades normais, já que seu estado era normal, como comprova a tomografia feita na clínica Santa Mônica de Goiânia, dia 19.07.86 (fls. 20). Portanto, antes da operação, o que descaracteriza o caráter de emergência da cirurgia, visto o aparente estado normal do paciente, apesar das fraturas. Há a data - 23 - assinalada nos documentos de fls. 80, 81 e 82, do INPS, conforme se constata no rodapé dos espaços destinados à justificativa de internação, onde se noticia a lesão cerebral (concussão cerebral). Ora, com relação ao anestésista, é um ramo individual, extremamente necessário para o exercício da Medicina, sendo seu papel, absolutamente independente dentro da equipe cirúrgica. É o único integrante da equipe com direito a interferir no trabalho do cirurgião.

MARCO SEGRE, em Temas de Anestesiologia, Editora Livros Médicos, pág. 382, diz que: “O que se deseja caracterizar bem é o poder de decisão que é sempre do anestésista, quanto a melhor conduta, no tocante à anestesia que deve- rá ser adotada. Poder de decisão que pode apenas ser contestado pelo próprio paciente”.

O contrato de meio e de resultado, são as características das responsabilida- des médicas. “Como obrigação de resultado, cito como exemplo os contratos de transporte e de empreitada, as cirurgias plásticas ou estéticas, o raio-X, a transfu- são de sangue, um exame de *check-up* e também a anestesia” (*in Responsabilida- de Civil por Médicos Anestésistas - GUILHERME CHAVES SANT’ANNA*, pág. 137, Ed. Saraiva).

A anestesia é abolição da sensibilidade dolorosa seguida de perda das sensi- bilidades térmicas e tátil podendo ser ou não acompanhada de inconsciência. No caso em tela, aplicou-se a anestesia peridural raquiana, que tira somente a dor, a analgesia, mas não tira a consciência como, parece-nos o que foi aplicado no ini- cío, ao paciente, conforme relatório da sentença após o espaço de hora e quinze minutos “após o bloqueio” fl. 131, *in fine*.

Daí por que considera-se anestesia uma obrigação de resultados haja vista a responsabilidade do médico de anestésiar o paciente e, após, recuperá-lo, dentro de suas condições normais, devolvendo-lhe por completo todos os sentidos. Na medida em que aquele profissional examinou o paciente, no período pré-operató- rio, fez os exames necessários e o considerou apto para ser submetido àquele tipo

de anestesia, obriga-se a recobrá-lo, de forma consciente e plena, se assim ele se encontrava anteriormente ao ato anestésico.”

“Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.”

“WANDERBY LACERDA PANASCO também enquadra a anestesia como obrigação de resultado. Acrescenta aquele autor que: “Em relação ao anestésista não se deve esquecer que a sua responsabilidade é surpreendente no sentido de que sua atuação técnica obriga o paciente ao completo aceite das suas decisões, visto não ter condições de qualquer reivindicação durante o ato anestésico. O anestésista estatui, com a sua atuação profissional, uma condição arbitrária em que o tratamento é uma consequência exclusiva de sua habilitação. Daí a profundidade da responsabilidade vinculada ao profissional.”

O paciente ou seu representante legal não foram avisados da técnica anestésica a ser empregada sendo o médico anestésista o árbitro de sua decisão pelo menos nos autos, há o costumeiro papel assinado na Portaria do Hospital, sem maiores esclarecimentos, já que a anestesia está inserida, implicitamente, no ato cirúrgico, a se proceder para um leigo, mas de específica responsabilidade profissional do médico.

Não havia situação de emergência, apesar dos cuidados que deviam ser tomados pela natureza da primeira anestesia - raquiana peridural.

O anestésista pelas dificuldades inerentes a fatos ocorridos e superposições de competência é possível hoje, com relativa frequência, no caso concreto a responsabilidade tem a característica de um contrato - entre o anestésista escalado pelo hospital e o resultado da atuação individual do anestésista, no caso concreto, no momento da intervenção cirúrgica.

Ora, no caso, vê-se pelo decálogo do anestésista que, 1º: o risco da anestesia não pode ser maior do que o risco da operação; 5º: a anestesia não é apenas durante, mas antes e depois do que ela se propõe; 6º: a simultaneidade de anestésias, implica em infração; 8º: a escolha da anestesia é uma questão clínica; (Prof. LOURIVAL VELLOSO FRANÇA).

Pode haver erro de técnica, aí configura-se o cuidado tático do exame prévio das condições fisiopsíquicas do paciente - como regras elementares, em resguardo de sua responsabilidade - citado por JOSÉ AGUIAR DIAS “Da responsabilidade civil”, pág. 296.

Conclusão: No caso, não houve estas cautelas. “É recomendável, na apuração da responsabilidade do anestésista, a adoção do mesmo critério atribuído para a aferição de erro médico, ou seja, sem rigor excessivo, que torne o especialista amedrontado em prejuízo aos pacientes, nem benevolência demasiada que possa revelar convivência comprometedora. Pretende-se apurar, com critério, as faltas cometidas por imprudência, imperícia e negligência, que demonstram estar o anestésista em desacordo com a média dos profissionais dotados de bom senso e

disciplina. O risco para o paciente sempre existe na anestesia como, aliás, em todo ato médico, mas este não pode ser aumentado pela negligência, imprudência e imperícia do médico. Daí por que deve sempre ele atuar com a máxima diligência e cautela, uma vez que está lidando com bens indisponíveis como a saúde e a vida humana”.

São elementos da responsabilidade médica:

“Na efetivação da responsabilidade médica, são requisitos indispensáveis:

1. *O agente.* É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; senão, além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.

2. *O ato.* Deverá ser o resultado danoso de um ato ilícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como, por exemplo, o aborto criminoso ou eutanásia.

3. *A culpa.* Consiste na ausência do dolo, ou seja, do elemento subjetivo do crime. Trata-se verdadeiramente de culpa profissional, praticada sem a intenção de prejudicar: por negligência, imprudência ou imperícia.

4. *O dano.* Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer é condição indispensável.

A determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à responsabilidade, estabeleceu o grau da pena ou da indenização.

5. *O nexo causal.* É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado licitamente, com moderação e a atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente.” (Direito Médico, GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, 5ª ed. Ed. Fundo Editorial BYK, pág. 113/114).

A anestesia merece vigilância médica absoluta até a volta da normalidade do paciente. Não se pode dar guarida à “Conspiração do Silêncio” dos Conselhos de Medicina e da própria Justiça, chamada a atuar novamente no campo cível, deixando de lado o aspecto penal, que praticamente já está prescrito.

O Juiz não está adstrito ao lado pericial, mas não pode atribuir a uma simples fatalidade o choque sofrido pelo menor acidentado e, presentemente, narrado nestes autos.

O menor ingressou no Hospital, normal, acidentado com fraturas na perna esquerda é certo, mas com as condições cerebrais normais, e no ato operatório, veio a ficar lesado - tetraplegia da articulação dos membros. Portanto profundamente lesado fisicamente. As consequências foram altamente danosas - pela falta de cuidados objetivos - negligência - não fazer exame de sensibilidade ou rejeição medicamentosa - e mesmo imperícia no processo técnico da anestesia raquiana ou local - ou mesmo saber o grau que a anestesia atingiu para se transformar ou aplicar a geral - que feita ou não - demonstrou a falta de cuidado objetivo para o risco de vida ou lesão à saúde, para aquele momento, na pessoa do paciente. Além dis-

to, o dano moral, a angústia vivenciada, do medo, o desalento pelas condições precárias em que ficou o garoto, fisicamente, para quem era saudável, e se tornou um inválido aos 12 anos numa cadeira de rodas (art. 159 - CC). É um estado permanente. Houve erro médico pessoal do anestesista em não tomar as cautelas devidas, a fim de evitar as complicações possíveis, negligenciando nos cuidados objetivos a serem tomados, circunstanciadamente com a pessoa do paciente anestesiado.

Razão por que provejo, em parte, o apelo, acolhendo parcialmente o parecer da PGJ, para com relação ao anestesista, João Batista Carrijo Aristides, à indenização correspondente a um salário mínimo a partir do ajuizamento da ação, acumuladas as cominações legais pertinentes, como despesas processuais e honorários advocatícios à base de 20% do cálculo da indenização até a presente data, bem como a correção monetária.

É trivial da jurisprudência quando for menor de 25 anos aplicar-se meio salário mínimo até a idade citada, de 25 anos. No entanto, no caso presente, com ressaibo de infortunística contratual, a perspectiva de normalização física do paciente é muito remota, ao qual cuidados são exigidos diariamente, razão por que aplico a cominação da indenização setorializada, atribuída enquanto vida tiver o apelante, ficando a obrigação permanente, com caráter alimentar e até simultaneamente previdenciária e humanística, extensivos os ônus aos descendentes, ou substituto legal do Sr. João Batista Carrijo Aristides, enquanto vida física ou biológica tiver o apelante Sandro Pereira de Souza, visto a sua vida praticamente vegetativa. Envicm-se cópias desta decisão ao Conselho Regional de Medicina e ao Representante do MP da Comarca de Anápolis, para os devidos fins.

É como voto.

Goiânia, 18 de maio de 1993.

Des. JOSÉ SOARES DE CASTRO - Redator

1º TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO

**CADERNETA DE POUPANÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA -
DIFERENÇAS DO IPC DE MARÇO A MAIO DE 1990
E FEVEREIRO DE 1991 - DIREITO AO RECEBIMENTO -
LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO BANCO**

O depositante tem direito à correção monetária plena (IPC) e não a ocultada pela lei nova. É sabido que os índices do BTN a partir de março de 1990 constituíram meio de atualização inferior à inflação expressa pelo IPC.

Não se pode exigir que o investidor discuta rendimento obtido com o Banco Central, pois com este nada contratou e dele nada se poderá cobrar.

Apelação nº 541.987/8 - S. Joaquim da Barra - Apte: Maurício Antônio Lara (Adv.: Dr. Armando A. Scanavez) - Apda.: Nossa Caixa Nosso Banco S/A.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 541.987/8, da Comarca de São Joaquim da Barra, sendo apelante Maurício Antônio Lara e apelada Nossa Caixa Nosso Banco S/A.

Acordam, em 1ª Câmara do 1º TAC, por votação unânime, em negar provimento ao agravo retido e dar parcial provimento ao recurso de apelação.

Ação de cobrança de diferença de correção monetária não creditada em cadernetas de poupança, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 56/58, cujo relatório se adota.

Apela o vencido em busca da inversão do resultado da demanda, tendo sido o recurso respondido (com pedido de apreciação de agravo retido) e preparado.

Nesta instância, foi regularizada a representação do apelante, juntando-se a procuração de fl. 89. É o relatório.

O agravo de fl. 48 é de ser improvido. O fato de o autor apelante não ser