



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

GIOVANNA BASTOS SAMPAIO CORREIA

**O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
Teoria da distribuição dinâmica aplicada à prova da culpa médica**

Salvador
2017

GIOVANNA BASTOS SAMPAIO CORREIA

**O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
Teoria da distribuição dinâmica aplicada à prova da culpa médica**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para obtenção de grau de especialista em Direito Processual Civil.

Salvador
2017

GIOVANNA BASTOS SAMPAIO CORREIA

**O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
Teoria da distribuição dinâmica aplicada à prova da culpa médica**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de especialista em Direito
Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome
Titulação e instituição

Nome
Titulação e instituição

Nome
Titulação e instituição

Salvador, ___/___/2017

CORREIA, Giovanna Bastos Sampaio. **O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: Teoria da distribuição dinâmica aplicada à prova da culpa médica.** 2017. 93 f. Monografia (Pós-Graduação) – Faculdade de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2017.

**O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
Teoria da distribuição dinâmica aplicada à prova da culpa médica**

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova abraçada pelo Código de Processo Civil no âmbito da responsabilidade civil médica, mormente diante das peculiaridades da atividade de saúde. Para isso, necessário salientar que a distribuição dinâmica foi prevista de maneira excepcional, estando ainda em vigor a regra clássica de distribuição (estática), na qual ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Não se pretende aqui negar a validade da regra estática, mas ponderar a impossibilidade de se ter a referida regra como inflexível. Não obstante a previsão da possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, tem-se que esse não seria o instituto mais adequado para aplicação na seara da responsabilidade médica, uma vez que o risco envolvido na atividade jamais seria corrido em prol do fornecedor do serviço médico, mas sempre em benefício do próprio paciente. Assim, a inversão do ônus da prova implicaria em verdade da verdadeira presunção da culpa do profissional médico, o qual possui uma obrigação de meio e não de resultado. Por essa razão, defende-se no presente trabalho a aplicação das cargas dinâmicas probatórias, ainda que se considere a relação jurídica entre médico e paciente uma relação de consumo, uma vez que essa teoria possibilita ao magistrado a análise das particularidades do caso concreto e assim definir a quem caberia suportar o ônus de produzir determinada prova.

PALAVRAS-CHAVE: ÔNUS DA PROVA. TEORIA DINÂMICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO.

CORREIA, Giovanna Bastos Sampaio. **The proof in the New Civil Process Code: Theory of dynamic distribution applied to the proof of medical fault.** 2017. 93 f. Monograph (Graduate) - Faculty of Law of the Bahia Faculty of Law and Management, Salvador, 2016.

ABSTRACT

This study aims to analyze the application of the dynamic theory of burden of proof embraced by the Code of Civil Procedure of 2015 in the scope of medical civil liability, especially in view of the peculiarities of health activity. Therefore, it should be pointed out that the dynamic distribution was provided in an exceptional manner, and the classical (static) distribution rule is still in force, in which the author is responsible for proof of the facts constituting the right and for the defendant to prove the impeding, modifying and extinctives facts. It is not intended here to deny the validity of the static rule, but to consider the impossibility of having said rule as inflexible. Notwithstanding the possibility of reversing the burden of proof provided in the Consumer Defense Code, it is assumed that this would not be the most appropriate institute for application in the area of medical liability, since the risk involved in the activity would never be fulfilled in favor of the medical service provider, but always for the benefit of the patient himself. Thus, the reversal of the burden of proof would imply true presumption of guilt of the medical professional, who has an obligation of means and not of result. For this reason, it is defended in the present work the application of dynamic probatory charges, even if the legal relationship between doctor and patient is considered a relation of consumption, since this theory allows the magistrate to analyze the particularities of the concrete case and then define who would bear the burden of producing a particular proof.

KEYWORDS: BURDEN OF PROOF. DYNAMIC THEORY. CIVIL RESPONSABILITY. MEDICAL ERROR.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC-73	Código de Processo Civil de 1973
CPC-15	Código de Processo Civil de 2015
NPC	Novo Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA PROVA	10
2.1 O DIREITO À PROVA	12
2.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO INSTITUTO JURIDICO DA PROVA NO NOVO CPC	16
2.2.1 Dos princípios do contraditório e ampla defesa	16
2.2.2 Do princípio da isonomia	18
2.2.3 Do princípio da publicidade.....	19
2.2.4 Do princípio da motivação das decisões	21
2.2.5 Do princípio da proibição da prova ilícita	22
2.2.6 Do princípio do livre convencimento motivado.....	25
2.2.1 Do princípio da cooperação.....	26
2.3 DO OBJETO DA PROVA	29
2.3.1 Valoração da prova.....	30
2.3.2 Presunções e máximas de experiência	34
2.4 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E SUAS LIMITAÇÕES	38
3 DO ÔNUS DA PROVA	43
3.1 DISTRIBUIÇÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA	45
3.2 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	50
3.3 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	55

3.3.1 A teoria dinâmica no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)...	60
4 DA PROVA APLICADA NO ÂMBITO DO ERRO MÉDICO.....	63
4.1 DO CONCEITO DE ERRO MÉDICO	63
4.1.1 Erro de diagnóstico e erro de procedimento.....	64
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A PROVA DA CULPA	68
4.3 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS LIDES SOBRE ERRO MÉDICO	76
4.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS LIDES SOBRE ERRO MÉDICO	79
5 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS.....	89

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo avaliar a aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova especificamente no âmbito da averiguação do dano decorrente da atividade médica, mormente se consideradas suas peculiaridades.

As ações de indenização por culpa médica envolvem amplas discussões de direito material e processual de difícil superação, mormente quando se vislumbra a necessidade de operacionalizar um juízo valorativo acerca da conduta do médico no caso concreto. Ora, não se pode perder de vista que a análise envolve necessariamente a avaliação do comportamento médico à luz do estágio da ciência médica na época do fato supostamente danoso, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento/técnica aplicada.

Veja-se que de um lado da relação processual está o paciente, em sua maioria das vezes leigo no que se refere ao tratamento aplicado e na ciência médica como um todo, encarregado legalmente pelo sistema processual de comprovar os pressupostos fáticos necessários para o acolhimento de sua pretensão, o que acaba por tornar a instrução processual demasiadamente difícil. Do outro lado, o prestador de serviço médico, cuja a área de atuação envolve o corpo humano e toda sua complexidade, atividade que está sujeita a riscos que escapam de seu controle por mais perfeita que tenha sido a aplicação da técnica. O

resultado de um tratamento médico sempre está sujeito ao fator reacional e pessoal do próprio paciente, o que torna injusta a imputação da culpa por um resultado inesperado.

Nesse contexto, ganha repercussão a questão do sistema probatório nas lides sobre responsabilidade civil médica.

A edição do Novo Código de processo Civil possibilitou expressamente o que há muito se discute na doutrina especializada, qual seja a incorporação da teoria dinâmica do ônus da prova, buscando proporcionar melhor acesso à justiça e uma conformação do processo aos princípios que norteiam a atividade jurídica.

A distribuição estática do ônus antes adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 não mais poderia prevalecer, mesmo porque o Processo Civil é caracterizado pelo dinamismo, incompatível, pois, com uma divisão estática do ônus da prova.

O presente trabalho acadêmico foi desenvolvido com o objetivo de analisar as nuances acerca da distribuição do ônus probatório, com enfoque, sobretudo, nas consequências da distribuição dinâmica das cargas probatórias nas relações profissionais médicos e seus pacientes, as quais grande parte da doutrina classifica como consumerista, mormente diante da autorização de inversão do ônus probatório posta no Código de Defesa do Consumidor.

2 DA PROVA

Não há dúvidas de que o instituto da prova é dos mais utilizados no âmbito do Direito Processual. Em que pese sua popularidade, é evidente que a prova, principalmente no âmbito do Processo Civil, não apresentava grandes interrogações.

A atividade probatória, segundo Wambier e Talamini, constitui o esforço desenvolvido pelo juiz para reconstruir historicamente fatos pretéritos. Por isso, pode-se dizer que o tema da prova possui natureza processual.

No Brasil, as regras probatórias eram inseridas nos códigos de direito material, contrariando até a sua natureza. Isso se devia principalmente a concepção privatista do processo, ou seja, o processo como mero instrumento do direito material, que era muito forte em determinada época. Contudo, com o passar dos anos e do surgimento de novas reflexões acerca da autonomia do Direito Processual, do direito de ação, não mais é plausível negar a natureza processual dessas regras, ainda que seja possível encontrá-las no bojo de algum diploma material.

A prova em si pode ser conceituada como todo elemento trazido ao processo com a finalidade precípua de influenciar a formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos.

Conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno

Prova deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação de tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.¹

Contudo, não se pode perder de vista que o vocábulo prova empregado no Direito pode possuir diferentes acepções. Em primeiro, a prova pode ser a atividade realizada para busca da verdade. Em segundo, a prova pode ser entendida como meio, ou seja, como instrumento de realização da atividade. Por fim, a prova pode designar o resultado em si obtido na atividade mediante a aplicação meio.

Dessa forma, observam-se os aspectos objetivo e subjetivo, muito bem sintetizados por Alexandre Câmara, segundo o qual

(...) o termo prova pode ser empregado em dois diferentes sentidos, um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a prova é o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação. É neste sentido que se pode, então, dizer que em um determinado processo existe prova de que o pagamento aconteceu. (...) Trata-se, pois, de uma percepção subjetiva da prova. De outro lado, em seu sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo para tentar demonstrar que uma afirmação é verdadeira.²

¹ BUENO, Cassio Scarpinella Curso sistematizado de direito processual civil. 3. ed., rev. e atual. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2009. p.233 *apud* LEAL, Juliana Marrafon; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. Teoria Geral das Provas. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2156/2215>

² CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 223-224

Nesse diapasão, costuma-se identificar o juiz como o terceiro cujo convencimento deve ser obtido por meio da prova. Dessa forma, concluiu-se que o destinatário final da prova é o magistrado. Uma vez produzida a prova, esta passa a fazer parte do acervo do processo, dos autos, não havendo qualquer relevância prática na identificação do sujeito que foi responsável pela sua produção.

A irrelevância da autoria da prova é ainda mais clara quando se observa que a parte não poderá jamais seccioná-la para aproveitar apenas a parte que lhe interessa, ou seja, a prova é um todo e assim deve ser considerada.³

Descreve-se assim o que se conhece por princípio da aquisição processual ou princípio da comunhão da prova, que atualmente encontra previsão expressa no art. 371 do CPC-15⁴.

2.10 DIREITO À PROVA

O direito processual civil clássico costuma analisar o fenômeno probatório quase que exclusivamente pela categoria do ônus da prova, consistindo na possibilidade da parte agir na expectativa de obter o efeito jurídico que está condicionado à sua atuação prévia. Ou seja, a parte onerada deve responder pelas conseqüências desfavoráveis

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 228.

⁴ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

decorrentes da sua própria inércia. Por isso, há quem afirme que a questão do ônus da prova apenas se apresenta quando esta não é produzida.

Canotilho salienta que o direito fundamental à prova não possui a merecida atenção por parte da doutrina, sendo normalmente inserido em outros direitos constitucionais, como o direito de defesa, ao contraditório, ou a vedação ao uso de provas ilícitas. Contudo, conclui que esse direito deve ter seu fundamento constitucional reconhecido e ser estudado separadamente⁵.

A prova é efetivamente uma garantia constitucional corolário do princípio do acesso a justiça, contraditório e ampla defesa.

Isso porque restaria demasiadamente esvaziado o preceito constitucional do art. 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, bem como do inciso LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), se não fosse igualmente garantido o direito de produzir as respectivas provas das alegações.

⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2008, p. 169-170. Apud PADILHA, Letícia Marques. O DIREITO À PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 16, nº 1322, 28 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>

A noção de direito à prova - mais abrangente do que aquela visão trazida pelo ônus da prova, em que pese não excluí-la -, aumenta as possibilidades das partes influenciarem na formação do convencimento do juiz, encerrando a liberdade dos sujeitos processuais de provar quaisquer fatos, mesmo que não possuam o ônus respectivo de prová-los, desde que entendam que a produção da prova diminuirá os riscos do processo.

Segundo Eduardo Cambi,

O direito à prova tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica ativa, porque possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual, ampliando suas condições de influir na formação do convencimento do juiz. Com isso, percebe-se que as partes não têm apenas ônus, mas também direitos, que devem ser observados pelo Estado-juiz.⁶

Nesse sentido, tem-se a compreensão do direito à prova como um direito autônomo, ou seja, o direito de produzir uma prova não apenas como algo inserido já no contexto do exercício da ação ou da defesa, mas algo que pode anteceder a tal exercício, funcionando até mesmo como fator de aferição da sua viabilidade.

E não por outra razão, o Novo Código de Processo Civil inaugura nova espécie de ação, qual seja a ação de produção antecipada de prova. O CPC-73 admitia apenas a antecipação do interrogatório, da inquirição

⁶ CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de UFPR, v. 34, ano 2000. p. 148. Disponível em < revistas.ufpr.br/direito/article/download/1836/1532 >. Acesso em 05 de jan. de 2017

de testemunha ou do exame pericial. O CPC-15 não trouxe semelhante limitação. A produção antecipada de prova teve o seu espectro de incidência ampliado com o CPC-15, de modo a permitir a antecipação de qualquer meio de prova.

No entanto, deve-se ter em mente que o direito à prova, em que pese possa ser concebido como direito público subjetivo, não pode ser tido como direito absoluto e incondicionado.

Sobre isso, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que

a produção de provas constitui direito subjetivo da parte, a comportar temperamento a critério da prudente disposição do magistrado que preside o feito, com base em fundamentado juízo acerca de sua utilidade e necessidade, de modo a resultar a operação no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da justiça.⁷

No entanto, ao mesmo tempo em que se afirma que a parte possui um direito autônomo à prova, cria-se em contrapartida o dever de colaborar com a instrução probatória. A regra do art. 378 do CPC-15 é peremptória ao afirmar que:

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Não se quer dizer com isso que a máxima de que “a ninguém incumbe a obrigação de produzir prova contra si mesmo” estaria superada. A parte

⁷ BRASIL. Ag. Reg. N. 84.048/RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – unân. – j. 25.03.1996 – DJ 22.04.1996 p. 12.580.

tem o direito de requerer as provas que reputar mais adequadas para a comprovação de suas alegações. Mas o dever põe-se em relação à produção probatória em curso, requerida pelo adversário ou determinada pelo juiz.

2.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NO NOVO CPC

Após a Constituição Federal de 1988, consolidaram-se no ordenamento jurídico princípios cuja aplicação está plasmada no âmbito do processo civil, norteando o comportamento das partes e do próprio Estado-juiz. Com efeito, é possível falar, inclusive, numa constitucionalização do processo.

Certo que os princípios são o ponto de partida do estudo de toda Ciência, porém o presente trabalho limitar-se-á àqueles aplicáveis ao instituto da prova.

2.2.1 Dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Pode-se dizer que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram amplamente concebidos pela Constituição de 1988, quando se observa a redação do art. 5º, LV, que consigna “ao litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Embora a maioria da doutrina trate os dois princípios de forma conjunta, não há como deixar de destacar que seus significados revelam certa distinção.

Enquanto a ampla defesa reside na garantia constitucional de exercício abrangente, extenso e ostensivo do direito de defesa, o contraditório integra o binômio “ciência e resistência” ou informação e reação. Isso significa que, entre os litigantes há de ser preservada a devida ciência, bem como assegurados os meios de se exercer a reação.

Conforme leciona Luigi Paolo Comoglio, Conrado Ferri e Michele Tartuffo, citados por Daniela Penteado de Castro, um dos aspectos atinentes a um contraditório mínimo é a adequação qualitativa das possibilidades de alegação e produção de provas capaz de influenciar a formação do convencimento do juiz.⁸

Imperioso frisar que as iniciativas probatórias do magistrado não colidem com os referidos princípios. Ou seja, a iniciativa do magistrado na produção de determinada prova, ainda não requerida pelas partes, não pressupõe violação ao contraditório e à ampla defesa, desde que ocorro com a participação dos litigantes, e lhes seja assegurada a ciência quanto ao resultado.

⁸ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Conrado; TARTUFFO, Michele. Lezioni sul proceso civile, p. 72-73. Apud CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 238-239.

Com efeito, conforme dito alhures uma das definições de prova é aquela na qual a prova é o instrumento destinado à formação do convencimento motivado do juízo. E exatamente por isso se faz necessário o dever de cooperação das partes na produção da prova.

2.2.2 Do princípio da isonomia

Pode-se dizer que o princípio da isonomia constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, traduzindo-se em diretriz voltada ao tratamento paritário.

Significa dizer não só tratar igualmente os iguais, mas desigualmente os desiguais, numa concepção de isonomia substancial. Essa percepção é verificável, no âmbito do Processo Civil, quando se traz a noção da paridade de armas⁹.

Mais uma vez, a maior parte da doutrina, a exemplo de Barbosa Moreira, vê as iniciativas probatórias do juiz como possibilidade de alcançar a isonomia substancial.

Nesse ponto, contudo, ousa o presente trabalho compartilhar do entendimento delineado por Daniel Penteado de Castro, distanciando-se do posicionamento dominante. Para o referido autor, a iniciativa

⁹ Daniel Penteado de Castro, citando Nelson Nery Junior, afirma que “a igualdade de armas não significa paridade absoluta, mas sim à medida que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.”(JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 239-240. Apud CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 244.

probatória se justifica pela necessidade do magistrado buscar elementos necessários à formação do convencimento motivado. No que tange a relação jurídica de direito material objeto do litígio, esta pouco influenciará no momento de determinação da produção de uma prova.

2.2.3 Do princípio da publicidade

O princípio da publicidade está previsto de forma ampla no Constituição Federal quando esta afirma que

Art. 5º. *Omissis*

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93. *Omissis*

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Dessa forma, pode-se dizer que a publicidade prevista na Carta Política impõe a garantia de acesso ao público da atividade dos órgãos jurisdicionais como regra.

Diz-se “como regra” tendo em vista que há exceções legais a essa ampla publicidade, tal qual autorizado no art. 93, mormente as situações que envolvam casamento, separação, filiação, alimentos e guardas de menores.

Em que pese se admita a existência desse aspecto externo da publicidade, relacionado com o direito público à informação, o presente trabalho focar-se-á no aspecto interno da publicidade, ou seja, a publicidade relacionado com o acesso público aos autos do processo.

Dito isso, tem-se que a publicidade relaciona-se intrinsecamente com a garantia processual fundamental do contraditório. Com efeito, se não houver acesso aos autos, viabilizando a oportunidade de informação, participação e reação, não há como vislumbrar a total abrangência do contraditório.

Daniel Penteado Castro resume muito propriamente a concretização do princípio da publicidade quanto às iniciativas probatórias:

No que tange às iniciativas probatórias, a publicidade se impõe no aspecto informação, mediante ciência às partes da decisão que determina a produção de prova de ofício, de sorte que, se eventualmente um dos litigantes entender ter havido gravame que o prejudique, poderá, diante dessa decisão, insurgir-se, através do recurso cabível. De igual sorte, a participação se evidencia mediante a publicidade da decisão do juiz que convoca as partes a contribuírem com a produção de determinada prova (atendendo-se, portanto, ao princípio da cooperação), ao passo que a reação está materializada nos atos das partes que compõem toda a dinâmica de produção da prova.¹⁰

Dessa forma, evidencia-se a publicidade como princípio fundamental na concretização de outro princípio processual constitucional e garantia fundamental, qual seja o princípio do contraditório e o exercício da ampla defesa.

¹⁰ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 251

2.2.4 Do princípio da motivação das decisões

Esse princípio encontra sua previsão no já citado art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, e consagra uma das principais garantias dentro do processo: a necessidade de o juiz fundamentar todas as decisões que proferir, seja de fato ou de direito, apontando as razões que o levaram a concluir daquela determinada maneira.

Tal qual assevera Michele Tarruffo, citada por Daniel Penteadó de Castro, a garantia da motivação gera conseqüências destinadas ao controle dos fundamentos e validade da decisão.¹¹

No campo probatório, a motivação se faz necessária quando da avaliação da prova produzida e a apresentação dos motivos que conduziram à formação do convencimento do julgador. Não por outra razão o Código de Processo Civil invoca a motivação como requisito da sentença, elencando diversas hipóteses em que não será considerada motivada a decisão.¹²

¹¹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. Apud CASTRO, Daniel Penteadó de. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 253.

¹² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

Assim, vê-se que a produção probatória e a forma de valoração da prova – tópico que será explorado mais adiante -, implicam diretamente em como serão motivadas as decisões, uma vez que a prova é elemento essencial na busca da verdade real.

Não se pode perder de vista que o sistema processual brasileiro é alicerçado no livre convencimento motivado do juiz, que fará uso das provas produzidas para fundamentar a solução jurisdicional dada ao processo.

2.2.5 Do princípio da proibição da prova ilícita

A Constituição Federal de 1988 consagrou como um de seus princípios mais importantes a vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito processual. O citado princípio encontra-se inserido no longo rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, LVI, o qual prescreve que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Conforme observa Mauro Cappelletti, embora a concepção moderna da atividade probatória seja no sentido de propiciar todos os elementos

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

relevantes para a valoração crítica do juiz, há hipóteses em que o próprio direito a prova deve ceder a outros valores, em especial se estão constitucionalmente previstos e garantidos.

Nota-se que a legislação brasileira se posiciona de forma contrária a utilização da prova considerada ilícita e, no mesmo sentido, grande parte da doutrina acredita ser inadmissível a produção de prova obtida ilicitamente. Segundo leciona Fredie Didier Junior:

A experiência já indicava não ser aconselhável a ampla liberdade na produção de provas: a) porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas; b) porque podem dar ensejo a manipulações ou fraudes; c) porque ofenderiam a própria dignidade de que lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (tortura, detetores de mentiras etc.)¹³.

O direito de produzir prova é considerado um direito fundamental, como já foi dito anteriormente. No entanto, a não observância de determinadas normas de direito farão daquela prova uma ameaça ao próprio Direito.

Para compreender melhor o tema, é importante, antes de tudo, distinguir os conceitos de provas ilícitas em sentido estrito e de provas ilegítimas.

São ilícitas em sentido estrito as provas obtidas com violação a alguma norma ou princípio de direito material, ou seja, conseguidas através de

¹³ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de direito processual civil**. vol. 2. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 32

conduta para a qual o Direito Material (Penal, Civil, Administrativo, dentre outros) imponha para o infrator uma sanção de natureza também material, em geral visando proteger às liberdades públicas e o direito à intimidade. São exemplos as provas obtidas com violação ao domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), dentre outras.

As provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas obtidas com violação a norma de direito processual. Com relação a essas provas, a própria legislação processual apresenta dispositivos que tratam do destino que será dado a elas no processo, prevendo, em regra, o seu afastamento. Tem-se, portanto, uma sanção de natureza processual.

No ordenamento jurídico brasileiro, por força do art. 5º, LVI, da CF, equipara-se as provas ilegítimas e as provas ilícitas em sentido estrito, uma vez que se cumula a estas, além da sanção de direito material eventualmente cabível, uma sanção de natureza processual, isto é, sua inadmissibilidade. Conforme leciona Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:

(...) ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material¹⁴

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 109. *Apud* LEÃO, André Felipe Torquato. A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo

Por outro lado, sabe-se que não há bem jurídico que receba proteção absoluta no ordenamento jurídico. Mesmo o direito à vida, em determinados contextos, pode ser relativizado, como no caso da legítima defesa, *v.g.*

No caso da proibição ao uso de provas ilícitas, não é diferente. Quando, aplicado tal princípio, houver violação a direito que se mostre mais relevante, necessário a relativização da regra da vedação, podendo-se acolher a prova ilícita para resguardar esse direito. Nessas situações, utiliza-se o magistado da técnica da ponderação de valores, recorrendo ainda ao princípio da proporcionalidade¹⁵.

Dessa forma, verifica-se que a ponderação de valores vem se tornando cada vez mais importante no contexto da vedação das provas ilícitas, uma vez que esta proibição geralmente afeta outros direitos. Com efeito, desconsiderar a prova ilícita acaba por muitas vezes significar ignorar a verdade.

2.2.6 Do princípio do livre convencimento motivado

penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4147, 8 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29976>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

¹⁵ FEITOSA, Kálita Rita Gonçalves. **A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-prova-ilicita-e-p-principio-da-proporcionalidade/73912/>> Apud LEÃO, André Felipe Torquato. A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4147, 8 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29976>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

Conforme já adiantado em tópico anterior, ao juiz é facultado formar livremente sua convicção, desde que suas razões estejam devidamente motivadas. Logo, o magistrado pode apreciar as provas produzidas a fim de formar seu convencimento, utilizando-as, inclusive, para fundamentar seu convencimento.

Infere-se então que é conferida certa liberdade ao julgador, autorizando-o a decidir conforme suas impressões pessoais, porém sempre vinculando-o a extrair sua convicção das provas produzidas, das regras jurídicas, lógicas e de experiência.

Ou seja, o convencimento há de firmar-se em fatos que foram trazidos ao processo pelos meios probatórios regulares, consagrando o brocardo *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

2.2.7 Do princípio da cooperação

Dentre os princípios processuais, o da cooperação é digno de maior aplicabilidade nos tempos hodiernos, pela simples necessidade que o jurisdicionado tem de receber, de forma mais primorosa, a prestação jurisdicional.

O princípio da cooperação processual está hoje consagrado como princípio angular e exponencial do processo, de forma a propiciar que

juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça do caso concreto.

Outrora já implícito no sistema processual brasileiro, o Princípio da Cooperação tem seu alicerce no devido processo legal, e, atualmente tem redação implementada pelo Novo Código de Processo Civil, através do art. 6º que aduz:

Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Quando a norma em questão menciona que os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva, o que deve ser aquilatado é a *ratio essendi* do dispositivo.

No caso específico, parece claro que a intenção do legislador tem duas vertentes na consagração desse princípio e modelo cooperativo.

A primeira é estimular e incentivar o diálogo entre o Juiz e as partes. De fato, o Magistrado não pode mais ser um mero espectador do conflito e usar sua autoridade para se livrar do imbróglio.

Com o advento do novo CPC, antes de decidir sobre uma questão não ventilada na lide capaz de influenciar o resultado da causa, o

Magistrado deverá intimar as partes para se manifestarem a respeito, ainda que se trate de matéria que o mesmo deva decidir de ofício.

Da mesma forma, deverá o condutor da causa garantir a paridade de armas, distribuir dinamicamente o ônus da prova entre os litigantes e apontar as deficiências postulatórias das partes, permitindo que as mesmas sejam supridas. Sua participação ativa não fere sua isonomia, pois, na cooperação, os deveres são recíprocos e todos os agentes são protagonistas da própria condução do processo.

Por outro lado, o dever de cooperação exige que os litigantes cooperem entre si. Porém, diferentemente do que se possa pensar, não se espera que uma parte forneça munição à outra, reconheça a procedência do direito alheio.

Na verdade, o espírito do novo CPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes como *standards* de conduta, facilitando a gestão do processo pelo Juiz e permitindo que se chegue à solução mais justa e efetiva.

Em suma, o processo deixa de ser um conjunto de despachos e decisões, e passa a ser uma grande atividade cooperativa, na qual cada agente tem sua função e seus interesses próprios, mas ambos caminham com o mesmo foco, almejando um justo e efetivo desfecho para a causa.

2.3 DO OBJETO DA PROVA

O objeto da prova é, destarte, a afirmação de um fato da causa, com a finalidade de formar a convicção do juiz. Aquele que quer provar terá que utilizar-se de meios apropriados e adequados, que variam conforme a natureza do fato, e que precisam ser juridicamente idôneos, com respeito aos princípios e às normas processuais.

Com efeito, a rigor não seria o fato propriamente o objeto da prova, mas sim as alegações que fazem as partes acerca dos fatos. Lembrando apenas que não é qualquer fato que merece ser provado, mas apenas aqueles relevantes, controversos e determinados. Essa conclusão é extraída principalmente da redação do art. 374 do CPC-15:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos no processo como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Em verdade, a identificação dos fatos dignos de prova se faz de forma negativa, uma vez que o Diploma Processual se limita a indicar aquilo que não será objeto de prova.

Assim, relevante seria o fato apto a influenciar o convencimento do julgador. Enquanto que o fato controvertido pode ser definido como

aquele que é afirmado por uma parte e negado pela outra. Por fim, o fato objeto da prova deve ser determinado, preciso, de modo que os sujeitos do processo tenham a exata ciência do que se pretende provar.

Excepcionalmente o direito pode ser objeto de prova. Isso se verifica principalmente quando se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário¹⁶. Em tais casos, não apenas a existência da norma pode ser e o seu conteúdo pode ser passível de prova, como também a própria vigência.

Por ser hipótese excepcional, a parte não possui, a princípio, o ônus de provar o direito, tal qual ocorre com a prova das alegações fáticas. Apenas se o juiz reputar necessário é que será determinada a produção da prova pela parte.

2.3.1 Valoração da prova

Um dos problemas centrais na aplicação do direito é o relativo às provas judiciais, mais especificamente o da correta valoração e justificação da decisão judicial sobre os fatos trazidos ao processo.

Com efeito, apesar de ser a atividade probatória o cerne do processo judicial, os estudos sobre a valoração das provas permaneciam, até

¹⁶ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

muito pouco tempo atrás, deixados à margem das investigações sobre a argumentação jurídica.

Pode-se afirmar que o que se pretende com a atividade probatória no processo judicial é averiguar a verdade dos enunciados acerca de determinados fatos. Averiguar a verdade, portanto,

(...) não pode querer dizer encontrar uma verdade absoluta, mas sim uma verdade (como ocorre sempre com a verdade empírica) com um grau de probabilidade suficientemente razoável (...) ¹⁷

De um ponto de vista conceitual, pode-se dizer que a valoração das provas é “a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo”¹⁸. Para Gascón Abellán (2010, p. 140-141), consiste “na verificação dos enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam”¹⁹.

¹⁷ GONZÁLEZ LAGIER, D. **Argumentación y prueba judicial**. In: FERRER BELTRÁN et alli. *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 112. *Apud* BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. Disponível em

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471> Acesso em 07 de fev. de 2017

¹⁸ NIEVA FENOLL, J. **La valoración de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 34. *Apud* BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. Disponível em

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471> Acesso em 07 de fev. de 2017

¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho*. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010, Marcial Pons, Madrid, 2010. p. 140-141. *Apud* BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471> Acesso em 07 de fev. de 2017

A livre valoração da prova consiste na liberdade dada ao juiz para valorar as provas aportadas ao processo de acordo com sua própria razão, desvinculando-se de qualquer valoração predeterminada ou preconstituída pelo legislador.

Cumprase asseverar que, nessa avaliação subjetiva do julgador, a lei não define um critério de avaliação e valoração da prova, apresentando-se omissa nesse aspecto, deixando ao arbítrio do juiz tão somente elucidar as razões de seu livre convencimento no que tange ao resultado do conjunto probatório, as quais devem ser devidamente motivadas. Nesse ponto, a motivação assume papel principal no sistema processual, exigindo uma coerência do julgador quanto às provas produzidas.

Contudo, há que ressaltar que esta “ausência de regras” não significa uma liberdade plena, uma vez que a atividade probatória está largamente regulamentada, de modo que os juízes, assim como os Tribunais, estão submetidos a regras jurídicas relativas à atividade probatória.

Sem embargo, a discricionariedade na valoração das provas não autoriza o juiz a desrespeitar critérios que visem a garantir um controle racional do juízo dos fatos, como a motivação das decisões judiciais, mas sim permite que o juiz seja livre para decidir quando um enunciado

dos fatos tenha sido suficientemente provado sem sujeição às regras das provas legalmente taxadas.

Em que pese a reanálise de provas ser vedada no âmbito dos recursos extraordinários *lato sensu*, de acordo com o disposto na Súmula 7 do STJ (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial), o tema da valoração probatória tem sido objeto de apreciação, culminando na fixação de parâmetros para valoração.

Por exemplo, por entender que o Tribunal de Justiça de São Paulo não valorou uma prova de maneira adequada, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou que a corte paulista julgue novamente um caso sobre direito de preferência na compra de um imóvel. O colegiado do STJ reconheceu como inadequada a avaliação do TJ-SP a respeito do conteúdo de uma notificação²⁰.

No caso, o coproprietário de um imóvel vendeu a terceiros a parte a que fazia jus. No entanto, ao fazer a venda, não teria respeitado o direito de preferência do outro coproprietário, que teria recebido apenas uma notificação sobre a concretização do negócio e do respectivo registro imobiliário.

²⁰ **STJ determina novo julgamento devido a valoração errada de provas.** Revista **Consultor Jurídico**, 14 de abril de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-14/stj-determina-julgamento-devido-valoracao-errada-provas> . Acesso em 07 de fev. de 2017

A sentença e o TJ-SP entenderam que foi comprovada a notificação prévia e que houve inércia do condômino no exercício de seu direito de preferência. No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça, o TJ-SP errou ao valorar o conteúdo da notificação.

De acordo com o relator, ministro Moura Ribeiro, o documento que o TJ-SP considerou como prova da notificação prévia era, na verdade, uma comunicação da substituição do condômino e a necessidade de que os aluguéis recebidos fossem repassados ao novo coproprietário.

Cabe ressaltar que a motivação ou justificação dos enunciados fáticos provados na decisão é imprescindível para a finalização do processo de valoração racional das provas e, ao mesmo tempo, oferece meios para um posterior controle judicial.

2.3.2 Presunções, indícios e máximas de experiência

De acordo com opinião jurídica largamente difundida, presunção seria sinônimo de indício. Esse entendimento tem como sustentáculo o direito romano, no qual é possível encontrar textos referentes à prova indiciária com significado de prova por presunção.

Contudo, Moacyr Amaral Santos, citado por Carlos Alberto Dabus Maluf, ensina que há uma perfeita relação entre a presunção e o indício, mas sem significar sinonímia²¹.

Indício é o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido, ou seja o fato conhecido em que se funda o raciocínio do juiz para chegar ao fato desconhecido; (Ramponi, Teoria Generale delle Presunzioni, 1890, e Coppola in Nuovo Digesto Italiano, Torino, Utet, 1939, vol. X).

(...)

Amaral Santos, obra citada, p. 399, diz que do indício como ponto de partida, por inferência se chega a estabelecer uma presunção. Por isso a prova por presunção constitui silogismo, em que a premissa maior é o princípio geral, a premissa menor é o fato conhecido e a conclusão é o fato que se deseja conhecer²².

Dessa forma, indício seria o fato que já está prova, e embora não seja relevante para o deslinde da causa, permite a formação de convencimento a respeito de um fato relevante.

A presunção é dita relativa (*juris tantum*) quando, em que pese a sua invocação, ela poderá sucumbir diante de prova em sentido contrário. A presunção relativa poderá estar prevista em lei, quando se poderá falar em presunção legal, ou não (presunção comum ou presunção *hominis*). A doutrina apenas costumar relacionar a presunção com os indícios na hipótese daquela ser uma presunção *hominis*.

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial, 3ª ed., vol. V, Max Limonad 1968, p. 398-399. *Apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus. As Presunções na Teoria da Prova. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, 1984.

²² MALUF, Carlos Alberto Dabus. As Presunções na Teoria da Prova. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, 1984.

Quando a própria lei determina que a comprovação de determinado fato poderá ser presumida a ocorrência de outro, fala-se em fato auxiliar (o diretamente provado) e fato principal (aquele presumido que interessa diretamente à causa). É exemplo de presunção legal aquela contida no art. 322 do CC-02²³.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73) dispunha apenas um artigo sobre as presunções, o art. 334, o qual preconizava que:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

IV — e m cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 permite que o juiz faça essa operação mental ainda que não haja lei específica, formando indiretamente o convencimento sobre determinados fatos, não provados, a partir dos fatos provados. Isso porque a lei determina, de forma bastante genérica, que o juiz se valha das “máximas de experiência”²⁴, conforme art. 375.

As máximas de experiência são aquelas noções gerais da vida prática, dominadas por qualquer pessoa de cultura média, e inserida no ambiente social que vive.

²³ Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.

²⁴ Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Uma das características das presunções legais está no seu efeito: dispensa do ônus da prova aquele que as tem e em seu favor. Contudo, é preciso entender que essa regra possui suas limitações, tal qual ensina Carlos Alberto Maluf quando dispõe que

Ela não atribui à parte, que invoca uma presunção legal, o benefício de poder ficar inativa, ou como adverte Bonnier, citado por Moacyr Amaral Santos nos Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1976, vol. rv, p. 49, ela não quer dizer que 'aquele que invoca um a presunção legal nada tem que provar'. Quem a invoca deverá necessariamente demonstrar que está na situação de poder invocá-la.

Por ser legal, a presunção não deixa de ser uma presunção, e, portanto, constituída de três elementos: 1º) o fato conhecido; 2º) o fato desconhecido; 3º) o nexo de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido. O fato desconhecido é havido como provado pela lei, que também tem como reconhecido e preestabelecido o nexo de causalidade, mas isto e aqui somente se verificam quando quem invoca a presunção faça provado o fato do qual ela dimana, isto é, o fato conhecido²⁵.

Por outro lado, há o que a doutrina denomina de presunção absoluta (*juris et de jure*), quando não se admite qualquer prova em contrário, ou seja, a presunção não sucumbe.

Para Wambier e Talamini, a presunção absoluta não está inserida no contexto de âmbito processual e probatório

Quando a regra estabelece uma presunção absoluta, em verdade ela está criando uma hipótese de incidência pela qual se deve tratar juridicamente uma situação (A) do mesmo modo que se trata outra (B). quando se diz que havendo A presume-se absolutamente B, se quer dizer que a A aplicam-se as mesmas conseqüências jurídicas aplicáveis a B.²⁶

²⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As Presunções na Teoria da Prova. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, 1984, p. 210.

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 253.

Eis o embasamento teórico para afirmar que a presunção absoluta não pode ser considerada instituto de direito probatório, mas sim de direito material, pois, a rigor, não se trata de investigação fática, mas sim de definição de conseqüências jurídicas aplicáveis.

2.4 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E SUAS LIMITAÇÕES

Há não muito tempo, imaginava-se o magistrado como mero espectador do processo, da atividade probante das partes, sem nenhuma possibilidade de interferência na instrução processual.

Em regra, as partes detêm a prerrogativa de levar ou não o conflito ao conhecimento do Poder Judiciário. Isso é parte da compreensão do princípio dispositivo, o qual atualmente é tipificado no art. 2º do CPC-15²⁷. Porém, uma vez transformado o conflito em lide, ou seja, quando as partes trazem o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida para o núcleo de um processo, objetivando uma solução heterônoma, dada por um terceiro juiz, este último tem não apenas o direito, mas o dever de identificar a solução mais justa, correta e razoável para o caso.

Segundo Wambier e Talamani

²⁷ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Para a correta aplicação da ordem jurídica, o juiz precisa identificar com precisão os fatos ocorridos (para assim definir as conseqüências jurídicas que estão a incidir). E para isso, é fundamental a instrução probatória. Portanto, excluir ou limitar o poder judicial de instrução probatória implicaria excluir ou afetar o próprio poder de proferir a decisão adequada.

O conceito de poderes instrutórios do juiz trazido por Daniel Penteado resume-se aos atos relacionados à própria instrução, ou seja, em uma concepção mais ampla, aos atos relativos a “toda situação no processo em que seja necessário produzir conhecimento no espírito do julgador, mediante direção formal e material da causa, que se aperfeiçoa de ofício”.²⁸

Parafraseando Moacyr Amaral Santos, Penteado afirma que a prova possui momentos distintos, consistentes na proposição (os atos concernentes à especificação dos meios ou determinação dos fatos a serem provados), admissão (avaliação preventiva da utilidade da prova exercida pelo magistrado) e, por fim, a produção ou execução²⁹.

Segundo Fredie Didier Jr. (2011), há diversos modelos de direito processual em conformidade com o princípio do devido processo legal, a doutrina costuma identificar dois: o modelo inquisitivo e o modelo dispositivo.

²⁸ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. São Paulo: Max Limonad, 1949, v. 1. p. 242, 254-255 e 260. *In* CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 182

O princípio do inquisitivo ou princípio da livre investigação das provas tem como característica a liberdade de iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração do processo como no seu desenvolvimento. O julgador procura descobrir a verdade real, independentemente da iniciativa ou colaboração das partes.

Já o princípio do dispositivo atribui às partes o impulso do processo, tanto com relação à instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Entende-se aquele em que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à produção de provas e às alegações em que se fundamentará a decisão, limitando o juiz a mero expectador.

Como dito alhures, compete ao julgador, enquanto destinatário principal da prova dos autos, formar seu convencimento de acordo com a valoração subjetiva que conferir ao arcabouço probatório produzido, não sem fundamentar suas razões, elucidando os motivos que o levaram a dar determinada solução jurisdicional a uma lide posta sob apreciação.

Para que seja definido o papel do juiz no atual processo civil é imperativa a harmonização entre: (i) o dispositivo, segundo o qual o processo é visto como campo exclusivo das partes; (ii) o inquisitório/direção do processo, segundo o qual se releva o interesse público na resolução do litígio privado; e (iii) a colaboração, que

pressupõe que a rápida e justa decisão é comum a ambas as partes. Essa harmonização traduz-se em um processo flexível, que garanta o direito das partes e que tenha um juiz condutor e gestor do processo.

A ideia de um juiz gestor foi consolidada no CPC/15 o qual trouxe disposições de poderes, deveres e responsabilidades do magistrado. O artigo 139, por exemplo, determina que o julgador deverá dirigir o processo de modo a: (i) assegurar a igualdade das partes; (ii) velar pela duração razoável do processo; (iii) prevenir ou reprimir ato contrário à dignidade da justiça; (iv) determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial; (v) promover a autocomposição; (vi) dilatar prazos processuais; (vii) alterar a ordem da produção de provas; (viii) exercer o poder de polícia; (ix) determinar o comparecimento das partes para inquiri-las; e (x) determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de vícios.

Assim, o que se busca com o aumento dos poderes instrutórios oficiais não é a eliminação do ônus das partes de produzirem as provas necessárias ao esclarecimento do juiz. A participação mais ativa do julgador na produção das provas, ao contrário do que se costuma dizer, contribui de maneira essencial para o equilíbrio das partes no processo.

Daí se infere que a iniciativa probatória do juiz não deve encontrar óbice na disponibilidade da produção das provas pretendidas pelas partes. Afinal, o próprio artigo 2º do NCPC, que corporifica o princípio dispositivo, consigna que o processo se desenvolve por impulso oficial, ou seja, deve caminhar para seu fim. O fim do processo se dá com a entrega da prestação jurisdicional, sejam as provas suficientes ou não para o julgamento da lide. Por isso que diz afirma que também o juiz poderá ter iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, a fim de que a solução dada se aproxime ao máximo da verdade real, ainda que se admita que a verdade absoluta é praticamente inatingível.

Entretanto, é precisa lembrar que mesmo que estas disposições sejam mais amplas que a do CPC/1973, elas ainda são limitadas. O balizamento dos poderes instrutórios do juiz encontra esteio nos princípios constitucionais e processuais os quais já foram inclusive objeto de apreciação nos tópicos anteriores do presente trabalho, tais como a vedação das provas ilícitas e motivação dos atos decisórios.

3 O ÔNUS DA PROVA

Apenas para uma melhor compreensão do que será esposado adiante, cumpre esclarecer que o ônus se diferencia do dever na medida em que este último pressupõe uma sanção material em caso de descumprimento.

Quanto ao ônus, na hipótese de descumprimento, haverá uma sanção, mas esta será de natureza processual. Ou seja, o ônus probatório se apresenta como uma obrigação do sujeito processual que poderá resultar em benefício próprio. Trata-se em verdade de um encargo e não de uma obrigação.

Sabe-se que a averiguação dos fatos ou mesmo sua reconstrução histórica não são os objetivos principais do processo. Isso porque o processo visa solucionar conflitos, ou seja, o processo é um conjunto de atos sucessivos que tem como objetivo a solução da lide, ou seja, de um conflito qualificado por uma pretensão resistida, com o fim último de obter a prestação jurisdicional. A verificação dos fatos é apenas um importante passo para o alcance dessa finalidade última.

No intuito de atingir a solução do conflito social, ao juiz incube tomar todas as providências cabíveis para apurar a verdade dos fatos. No entanto, a verdade, na sua concepção absoluta, é bem considerado

inatingível, posto que a possibilidade de erro é inerente a toda pesquisa.

Não por outra razão cabe ao direito processual conceber mecanismos destinados a dar uma solução ainda que não seja possível atingir a verdade, afinal o conflito não pode subsistir no seio da sociedade.

Tradicionalmente se cogitou de um ônus da prova. Cada parte teria o ônus de alegar os fatos que lhe fossem favoráveis, porém tais fatos precisariam ser provados fossem eles constitutivos de direito, se trazidos pelo autor, ou extintivo, modificativo ou impeditivo dos direitos do autor, quando trazidos pelo réu. Assim, as reflexões sobre o ônus da prova iniciam com uma concepção subjetiva das regras de distribuição.

Contudo, tal concepção se revelou insuficiente para o processo civil, uma vez que a prova, uma vez produzida, pertence ao processo, não importando sua autoria. Assim, deve-se considerar as regras de ônus da prova não como ditames do comportamento das partes (regras de atividade), mas sim como regras de julgamento.

Dessa forma, pode-se sustentar que o ônus atualmente pode ser dividido em ônus subjetivo, quando se busca averiguar a quem caberá a prova do fato alegado, e ônus objetivo, quando o legislador fixa as

regras de julgamento, definindo qual dos litigantes terá que suportar o risco da ausência de produção de determinada prova.

Na lição de Marinoni e Arenhart³⁰, a produção de uma prova não estará atrelada ao julgamento favorável. Na realidade, o ônus da prova revela que a parte que não conseguir produzir a sua prova estará sujeita a um risco de um possível resultado desfavorável. Ou seja, se não se desincumbiu de seu ônus, haverá um aumento do risco de o julgamento ser contrário aos seus interesses.

Dessa forma, a idéia de ônus da prova deve estar relacionada à produção de provas para levar ao convencimento do magistrado e não apenas uma sujeição a um resultado favorável.

3.1 DISTRIBUIÇÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA

Como já salientado, cabe ao direito definir mecanismos para solucionar o conflito posto sob apreciação. Da necessidade de retirar o conflito da sociedade é que nascem as regras do ônus da prova. Com efeito, o ônus da prova se revela fundamental, mormente quando não há prova produzida nos autos.

Isso porque se a prova foi trazida aos autos, não importando a sua autoria, o juiz poderá dela se utilizar para formar o seu convencimento,

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. 7 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, p. 269

aproximando-se do ideal de verdade. Ou seja, provados os fatos, ao juiz caberá fazer o enquadramento jurídico pertinente ao caso.

Segundo Alexandre Câmara:

O que se quer dizer com isso é que, ao estabelecer uma distribuição, entre partes, dos ônus probatórios, a lei processual fixa o modo como o caso concreto será decidido se houver insuficiência do material probatório. Nesse caso, dever-se-á proferir decisão desfavorável àquele sobre quem incidia o ônus da prova daquilo que não esteja suficientemente provado.³¹

Ainda no Direito Romano, dizia-se que a prova incumbia àquele que alegava, daí o surgimento do brocardo *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*. Conforme Leciona Haroldo Lourenço, tal fato se baseava em métodos indutivos, pois

quem vai a júzo de início é o autor, quem inicia a lide e afirma algum fato também. Assim, parecia óbvio que sobre 'às costas' do demandante deveria recair todo o ônus.

Já o CPC-73, incorporando o espírito da norma romana, dispunha a distribuição do ônus da prova de forma estanque no art. 333. Vê-se que o dispositivo procurava materializar o tratamento isonômico das partes previsto constitucionalmente, cabendo à parte autora provar os fatos que constituem o direito por ela afirmado, e à parte ré impõe-se demonstrar situações impeditivas, modificativas ou extintivas do pleito formulado.

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 233.

Moacyr Amaral Santos, citado por Haroldo Lourenço, ao comentar o artigo 333 do CPC-73³², afirma que

A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos ou modificativos desse direito.³³

Segundo leciona Freddie Didier³⁴, o Código de Processo Civil ao distribuir o ônus da prova levou em consideração o seguinte:

a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o alegado. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC).

Nesse ponto, cabe definir o que seria fato constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo de direito. Para Chiovenda, citado por Izabella Naccaratti André Friedrich, fatos constitutivos são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém³⁵.

³² Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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.

³³ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1. p. 153. Apud LOURENÇO, Haroldo. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC. São Paulo: Método, 2015, p. 75

³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.**

JusPodivm: Salvador, 2007, p. 79.

³⁵ FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro. 2013.32f Artigo Científico - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 16.

O fato extintivo é aquele que fulmina o direito do autor, fazendo cessar uma vontade concreta da lei, ou seja, é o fato que põe termo à relação jurídica de direito material deduzida no processo. Podem ser citados como exemplos o pagamento, a prescrição, a compensação.

Já o fato impeditivo é aquele que sua existência obsta a produção de efeitos, impedindo que direito alegado pelo autor nasça, sendo exemplos a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual, ou seja, é a ausência de um dos requisitos genéricos de validade do negócio jurídico.

Por fim, o fato modificativo é aquele que busca a alteração da existência do direito pleiteado pelo autor, como por exemplo, a moratória concedida ao devedor.

Evidencia-se, portanto, o caráter hermético da regra, uma vez que deixa o órgão judicial sem qualquer possibilidade de modificação, acreditando que a lei tivesse a capacidade de prever toda e qualquer situação conflituosa levada em juízo.

Por certo não se pensava, quando da elaboração do texto processual civil de 1973, que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa não pudessem prescindir de um processo que estivesse adaptado às circunstâncias do caso concreto. A norma, acima de tudo, e de todos, disporia de respostas para toda e qualquer situação conflituosa,

imaginando o legislador com idéias liberais que conseguiria dar vazão ao procedimento probatório.

Trata-se, porém, de um sistema um tanto quanto anacrônico. Sua rigidez impede que eventuais circunstâncias específicas do caso concreto sejam levadas em consideração, eventualmente impedindo uma distribuição mais coerente.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, pouco se inovou no que tange à distribuição do ônus probatório, tendo o novel diploma, no art. 373, mantido a mesma distribuição estática, fazendo de modo prévio e abstrato:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com efeito, a distribuição estática do ônus da prova, delineada nos incisos I e II do art. 373 do NCPC, essencialmente reproduz as clássicas regras já existentes no sistema anterior. Este sistema evita o *non liquet*, garantindo que toda causa seja julgada, possibilitando, ainda, que as partes antevejam qual deverá ser sua atividade probatória.

Contudo, cabe salientar que o Novo Diploma não se restringiu ao caput do artigo 373, mas previu outra possibilidade de distribuição; a distribuição dinâmica, a qual será objeto de análise mais adiante.

3.2 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Não obstante a regra geral de distribuição legal do ônus da prova, definida pelo sistema estático de distribuição, há situações que definem a inversão do ônus da prova de determinado fato controvertido entre as partes, que consistem em alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei.

Trata-se de hipóteses que excepcionam a regra geral, para assim inverterem o ônus probatório sobre determinado fato que cumpria a quem alega comprovar. Em sínteses, tais hipóteses resumem-se a presunções relativas, convenção sobre provas e a regra de inversão do ônus inserida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

É possível afirmar, assim, que a disciplina da distribuição do ônus probatório sofreu atenuações com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no seu art. 6º, VIII, que previu a possibilidade de inversão do ônus da prova³⁶. A inversão do ônus da prova é um direito garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, atribuindo proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo: o consumidor.

³⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

De uma leitura atenta do dispositivo supracitado, pode-se extrair os critérios autorizadores para a inversão probatório sob o fundamento consumerista, quais sejam: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Veja-se que o STJ já firmou entendimento no sentido de que basta a presença de uma desses requisitos para que o juiz possa deferir a inversão:

A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência.³⁷

De acordo com o art. 6º, VIII, a fim de facilitar a defesa do consumidor em juízo, é possível a inversão do ônus da prova a seu favor, a critério do magistrado, quando for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Essa regra tem fundamento no princípio da isonomia, visando reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, de forma a compensar uma eventual posição de inferioridade no processo.

Vale dizer que nem sempre será possível ao consumidor – e isso acontece na maioria das vezes – a produção de determinada prova seja pela hipossuficiência econômica ou pela hipossuficiência técnica.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial 576.387/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Raul Araújo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 08 de abr de 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 16 de fev. de 2017.

A hipossuficiência econômica refere-se a impossibilidade do consumidor arcar com os custos de determinada prova. Nesse ponto, merece ênfase a crítica de que não poderia o juiz inverter o ônus pelo só fato da parte não poder arcar com as despesas. Isso porque existe a possibilidade de, por exemplo, ser nomeado um perito servidor do juízo, cuja remuneração estaria atrelada aos próprios vencimentos do servidor.

Veja-se que nesses casos, pode-se deparar com situações esdrúxulas, como por exemplo, quando a prova é determinada de ofício pelo magistrado, a quem caberia o encargo da remuneração?

Assim, entende-se que a hipossuficiência mencionada na lei consumerista é aquela referente à técnica, ou seja, uma hipossuficiência processual.

Nesse diapasão, discorrendo sobre hipossuficiência do consumidor, a doutrina de Eduardo Cambi³⁸:

O Código de Defesa do Consumidor pretende resguardar os direitos dos consumidores em geral, desde que se encontrem em situação vulnerável no mercado de consumo, não necessariamente o consumidor pobre. Portanto, a noção de hipossuficiência está ligada à idéia de facilitação da defesa do consumidor em juízo e diz respeito tanto à dificuldade econômica quanto às deficiências técnicas do consumidor, em

³⁸ CAMBI, Eduardo. *Apud* FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro**.2013.32f. Artigo Científico - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 21.

poder desincumbir-se do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Conforme o próprio art. 6º, VIII do CDC, essa inversão não será automática, ou seja, não significa que ocorrerá a inversão do ônus da prova simplesmente por se tratar de uma demanda consumeirista. A inversão fica condicionada ao juízo do magistrado, vinculada a ocorrência de verossimilhança da alegação contida na inicial e a existência de hipossuficiência do consumidor, face às regras de experiência.

Quanto ao momento em que deve o magistrado noticiar a inversão do ônus da prova, há pouco consenso na doutrina.

Em uma corrente isolada fundamentada pelo autor João Batista de Almeida, a inversão deveria ocorrer na decisão liminar positiva.

A corrente intermediária defende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no despacho saneador, isto é, no início da fase de instrução probatória. Os fundamentos dessa corrente são: além de servir como orientação para o magistrado quando proferir a sentença, o ônus da parte tem por principal objetivo embasar a atividade das partes e do juiz ao longo da instrução; bem como, serve como garantia constitucional do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal, de forma a evitar decisões surpresas.

Mas uma última corrente defende que a inversão deve ser feita na sentença, pois a inversão seria uma regra de julgamento. Essa é a posição do Superior Tribunal de Justiça³⁹, que inclusive, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova em 2º grau de jurisdição:

PROCESSIONAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO. Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no Ag 977795/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008)

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. - A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. - Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal. (REsp 949000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008)

No presente trabalho, adota-se a concepção intermediária, em que necessário ao julgador anunciar a inversão do ônus quando do despacho saneador, a fim de possibilitar às partes que as provas sejam produzidas. Reconhece-se, no entanto, que o enaltecimento do princípio colaborativo no atual Diploma Processual, preceitua que as partes não se restrinjam a produzir apenas as provas a que estão

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo 977795/PR - Paraná, Rel. Ministro Sidnei Beneti. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos de 23/09/2008, Recurso Especial 949000/ES – Espírito Santos, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos de 27/03/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 16 de fev. de 2017

obrigadas pelo ônus estático, mas também colaborem na produção de toda e qualquer prova, possibilitando assim que a solução da lide se aproxime ao máximo da verdade.

3.3 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da carga dinâmica (ou teoria dinâmica do ônus da prova ou teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova) há muito já era discutida na doutrina antes de ser finalmente positivada na norma do novel diploma processual brasileiro. Pode-se dizer que ela foi delineada e sistematizada na Argentina, por intermédio dos estudos de Jorge W. Peyrano no finaldo século XX, para o qual

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do ônus probandi, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, verbi gratia, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.⁴⁰

Não se pretende no presente trabalho negar a validade da teoria clássica de distribuição do ônus probatório, mas sim a concepção de que tal regra seria inflexível. Com efeito, de acordo com os dizeres do próprio Peyrano, em momento algum se nega a necessidade da existência das regras estáticas de distribuição, mesmo porque um norte é necessário um referencial para ser definido se ser necessária a redistribuição das cargas probatórias ou não.

⁴⁰ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatórias dinámicas. Cargas probatórias dinámicas. 1ª Ed. Coordenação: Inés Lépori. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.19-20. Apud LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015, p. 86.

Importante salientar ainda que a distribuição dinâmica das cargas probatórias não leva em consideração a posição da parte no processo para fixação do encargo, nem a natureza do fato ou relação jurídica objeto da prova. O importante, nesse ponto, é quem tem a facilidade de produção daquela prova, de forma a esclarecer os fatos controvertidos e ter uma solução justa no caso concreto.

A teoria da carga probatória dinâmica propõe a facilitação e o acesso do litigante à prova, possibilitando a sua efetiva produção. Daí, pode-se inferir que os fundamentos da referida teoria são os deveres de igualdade, lealdade, solidariedade e colaboração das partes no processo civil; a boa fé objetiva processual; o devido processo legal, o acesso à justiça e efetividade do processo; a visão cooperativa e publicista do processo civil; e por fim, busca pela verdade real e obtenção de um resultado justo.

Veja-se que os pilares mencionados como formadores da teoria dinâmica concretizam os princípios constitucionais e infraconstitucionais adotados pelo sistema brasileiro, e que são encarados como verdadeiras normas, e não apenas como valores.

Para Suzana Santi Cremasco⁴¹

⁴¹ CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Florianópolis: GZ Editora, 2009, p.87. Apud FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro**.2013.32f. Artigo Científico - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 25.

Uma teoria que, como a teoria da distribuição dinâmica, se propõe a facilitar a produção das provas necessárias ao acerto dos fatos controvertidos no processo, a aprimorar a formação do convencimento do julgador e, por conseguinte, o alcance da efetividade e da justiça da decisão que será proferida, encontra seu fundamento, senão em todos, certamente nos princípios pilares que sustentam o processo civil moderno.

De fato, o processo não se resume à relação jurídica processual, o contraditório não pode ser resumido a apenas a possibilidade de oferecer resistência. O processo deve ser a garantia para cidadão de obter a solução jurisdicional capaz de assegurar, o mais amplamente possível, a satisfação das pretensões legítimas levadas a juízo; e o contraditório deve ser também sinônimo de influência.

Cabe indagar, contudo, qual seria o momento oportuno para anunciar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica. A mesma discussão das regras de julgamento e regras de conduta é aplicável no presente caso. Assim esclarece Suzana Santi Cremasco⁴²

A matéria é deveras controvertida e tem como pano de fundo o debate acerca da natureza jurídica do ônus da prova, ou seja, se ele deve ser compreendido como regra de julgamento para o juiz ou regra para as partes.

É que, uma vez reputado apenas como regra de julgamento, da qual se vale o julgador no momento da decisão, diante da ausência de prova quanto a fato relevante e da impossibilidade de pronunciamento non liquet, para proferir a sentença em desfavor da parte que deveria produzir a prova e não o fez, será admitida a distribuição dinâmica apenas nesse momento. Em contrapartida, considerando-se o ônus da prova também como regra de conduta, que orienta a atividade das partes no processo durante a instrução, indispensável será o pronunciamento do magistrado quanto à repartição do encargo probatório de antemão, logo na abertura da fase instrutória, a fim de que os litigantes estejam previamente cientes da sua responsabilidade e dos riscos que poderão ser suportados por cada qual.

⁴² CREMASCO, Suzana Santi. op cit, p. 88. . Apud FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro**.2013.32f. Artigo Científico - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 26.

Por uma questão até de coerência e fidelidade, o presente trabalho filia-se a corrente de que a aplicação da teoria deve ser anterior à fase instrutória. Isso porque, para além de uma regra de julgamento, o ônus da prova pauta a conduta das partes no decorrer do processo. Assim, a eventual aplicação apenas no momento da sentença, por exemplo, viola os princípios e garantias fundamentais do processo civil, tais como: ampla defesa, contraditório e devido processo legal, uma vez que impõe a parte um ônus que ela desconhecia e, também, retira a possibilidade da parte produzir a respectiva prova.

Importante ter em mente que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova anteriormente analisada. Como dito alhures, A regra de inversão do ônus da prova comumente aplicada é a prevista no art. 6º, VIII, do CDC, que condiciona sua incidência à verossimilhança da alegação ou hipossuficiência.

Com efeito, vê-se que a inversão do ônus da prova, decorre de previsão expressa da lei. Pressupõe a existência de uma responsabilidade, a princípio, atribuída a uma das partes, e, uma vez preenchidos os requisitos legais, é transferido o encargo à parte contrária. Ou seja, para que a inversão ocorra, não é necessário que o juiz analise as circunstâncias do caso concreto e decida sobre a inversão; com o preenchimento dos requisitos legais, deverá incidir a inversão. Ou seja, na inversão, presume-se que alguém tinha o dever de provar e foi dispensado, pois a própria lei excepciona a regra geral sobre o ônus probatório.

No que tange a teoria dinâmica, esta não está condicionada a uma relação de consumo. O magistrado, por meio de decisão, atribui o ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter as melhores condições de produzi-la.

Nesse ponto, importante reflexão é trazida por Haroldo Lourenço⁴³

Não obstante a inversão estar amplamente difundida, a nosso sentir, tal critério não se mostra dos mais justos e corretos, pois a rigor, o que o legislador fez foi simplesmente “escolher uma vítima e disparar”. Mesmo com a inversão do ônus da prova, o magistrado continua no mesmo juízo de incerteza. O legislador, sob o fundamento de uma isonomia material, escolheu o mais forte, o fornecedor, para suportar tal incerteza.

Veja-se que na teoria dinâmica não haverá inversão, pois a rigor não há uma troca de ônus entre as partes, pois não há, em verdade, ônus probatório definido antecipada e abstratamente.

Segundo ainda Haroldo Lourenço, possivelmente em virtude da incerteza e da falsa aparência de isonomia material, alguns tribunais já têm adotado a teoria dinâmica do ônus da prova, inclusive nas relações de consumo, mesmo antes de sua positivação no Código de Processo Civil de 2015, conforme já consolidado no Tribunal do Rio Grande do Sul⁴⁴.

Assim, é possível afirmar ainda que a teoria dinâmica do ônus da prova começou a ingressar no Direito Brasileiro através da jurisprudência, na qual se pode notar

⁴³ LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015, p. 98.

⁴⁴ TJRS, 4ª CC, AgInst. 2008.002.13072, Des. Horácio S. Ribeiro Neto, julgado em 17.06.2008. Apud Apud LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015, p. 99.

inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujas primeiras decisões a adotar a referida teoria versaram justamente sobre responsabilidade civil de profissional liberal médico⁴⁵, a despeito dos preceitos do art. 333 do CPC/73 à época.

3.3.1 A teoria dinâmica no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

Como dito anteriormente, o NCPC não se restringiu a prever a teoria estática de Carnelutti e Chiovenda sobre distribuição do ônus probatório (art. 373, I e II). O novo diploma enfatiza o contraditório, consagrando um processo civil cooperativo e participativo, incentivando os poderes instrutórios do juiz. Nesse contexto foi trazida a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova (art. 373, §1º)

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Ressalta-se que na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil reconheceu-se que o direito processual deve se harmonizar com o Estado Democrático de Direito e proporcionar à sociedade o reconhecimento e a

⁴⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clinica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clinica e do medico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido. (REsp 69.309/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29688)

realização dos direitos com a garantia de um processo eficiente, sob pena de tornar o direito material inócuo.

Portanto, não há dúvidas de que o processo civil brasileiro comporta a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, a fim de proporcionar à sociedade direito a um processo célere, eficiente e efetivo, garantindo a aplicação do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Deve-se salientar que a participação cooperativa das partes é requisito essencial, mas não se deve perder de vista que o interesse do autor e do réu é vencer a demanda. Assim, não pode a lei processual deixar brechas para estratégias de atuação que podem colocar a parte contrária em situações desfavoráveis. Por essa razão é que se valoriza a posição ativa do magistrado no momento da análise do caso e distribuição do ônus de acordo com as condições concretas de cada uma das partes.

Conforme leciona Haroldo Lourenço, é possível sintetizar os requisitos a serem observados pelo magistrado para a aplicação da teoria dinâmica

- (i) Investigar quais são as alegações fáticas e se são pertinentes e centrais à causa, ganhando, assim, ares centrais a decisão de saneamento do feito (art. 357, III, CPC/2015), como anteriormente enfatizado;
- (ii) Extrair qual é a parte mais propensa a comprovar tais fatos em juízo, o que somente se atinge como (sic) um processo participativo;
- (iii) Direcionar à parte mais apta o ônus da prova de determinada alegação de fato de modo cauteloso, específico (discriminando sobre quais fatos está aplicando a modificação probatória) e, principalmente, de modo fundamentado (art. 373, §1º, CPC/2015). Cumpre registrar que não será possível a utilização de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo em concreto da sua incidência (art. 489, §1º, II, CPC/2015);
- (iv) Como mencionado, é possível a redistribuição a qualquer momento, desde que antes da sentença, restando o tempo hábil a parte contrária se desincumbir de tal modificação probatória. Enfim, trata-se de regra de procedimento, não de julgamento;

(v) Por fim, há um requisito negativo: a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar prova diabólica para a parte que agora passa a ter o ônus (art. 373, §2º, CPC/2015)

Em que pese o movimento de expansão da aplicação da teoria dinâmica, a regra geral continua sendo a distribuição prévia e abstrata. A dinamização é sempre excepcional, dependendo de decisão judicial de ofício ou a requerimento.

De fato, estão ocorrendo mudanças na forma de pensar o processo, porém tais mudanças de pensamento são sempre lentas, de modo que o só fato de prever a possibilidade de dinamização do ônus, e abarcando a relativização da regra clássica, já é um grande avanço trazido pelo NCPC.

4 DA PROVA APLICADA NO ÂMBITO DO ERRO MÉDICO

4.1 DO CONCEITO DE ERRO MÉDICO

O erro médico pode ser definido como o resultado indesejado, não querido, decorrente da ação ou omissão do médico, caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia. Com efeito, ocorre uma falha no serviço, um defeito na sua prestação pelo profissional médico. Segundo Genival Veloso França:

(...) o erro médico, no âmbito da responsabilidade civil, pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Será pessoal quando o ato lesivo se der na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais que se referem às condições físicas ou emocionais do profissional. Já as falhas estruturais, se referem quando os meios e as condições de trabalho foram insuficientes ou ineficazes para a obtenção de uma resposta satisfatória⁴⁶

Giostri ainda acrescenta que

se *erro médico* é o advento de um mau resultado para o paciente, por conta de um ato médico, deve-se entender que o *insucesso* é um mau resultado advindo para o paciente por conta de sua resposta orgânica.⁴⁷

Reside na constatação do erro médico as dificuldades enfrentadas pelos aplicadores do direito. Analisa Miguel Kfourri que nas demandas indenizatórias, os advogados da parte autora exacerbam na caracterização da má prática médica, e de outro lado, os

⁴⁶ FRANÇA, Genival Veloso. *Apud* OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em jan 2014.

⁴⁷ GIOSTRI. *Apud* RINALDI, Talita Jaroskievicz; CONSALTER, Zilda Mara. Ob cit. RINALDI, Talita Jaroskievicz; CONSALTER, Zilda Mara. **O erro de diagnóstico médico e a teoria da perda de uma chance: linhas sobre a questão indenitária**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11316&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jan 2014.

causídicos dos acionados, com base em compêndios científicos e laudos periciais, afirmam que em nenhum momento o esculápio se afastou das normas médicas estabelecidas para o procedimento discutido.

A partir daí tem-se o dilema: a existência do dano é irrefutável (morte ou lesão); houve de fato a intervenção médica. Assim, o estabelecimento do nexo de causalidade e a existência ou não de culpa do profissional passam a ter uma dimensão muito maior, que desafia a inteligência do julgador.

É possível de ocorrer o erro médico em diversas modalidades da atividade médica. Diante A referida atividade pode ser dividida em: (i) diagnóstico; (ii) prognóstico; (iii) cirurgia; (iv) pós-operatório; (v) tratamento. O primeiro é a classificação do problema ou doença do paciente. O prognóstico significa a perspectiva de desenvolvimento da patologia, com informação dos riscos e conseqüências para o paciente. A cirurgia se restringe ao ato interventivo cirúrgico no corpo do paciente. O pós-operatório refere-se ao momento posterior ao encerramento da cirurgia até a alta hospitalar. Por fim, o tratamento resume-se aos cuidados, medicamentosos ou não, empregados para manter ou melhorar a saúde, aliviar a dor ou garantir a vida do paciente.

4.1.1 Erro de diagnóstico e erro de procedimento

O diagnóstico, vale repisado, refere-se à correta classificação pelo médico do problema do paciente, ou seja, “na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente”⁴⁸. Ainda segundo Kfoury, o diagnóstico, de uma perspectiva técnica,

⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 101

consiste em identificar e determinar a patologia apresentada pelo doente, pois dessa identificação será escolhido o tratamento adequado.

Irany Novah Moraes destaca que o diagnóstico é complexo e, por isso, exige que seja considerado sob quatro vertentes, são elas:

O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada é às até mesmo só pela queixa do paciente.

O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mis explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença.

O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão.

O diagnóstico etiológico costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo ser torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. inflamação; 2. infecção; 3. infestação; 4. degeneração; 5. neoplasia; 6. alteração metabólica; 7. problema imunológico; 8. envenenamento; 9. traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raios x); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. idiopática⁴⁹

A identificação de erro de diagnóstico é tarefa árdua, uma vez que se adentra num campo estritamente técnico, bem como não se pode admitir, em termos absolutos, a infalibilidade médica.

Também afirma Fabrício Matielo que

⁴⁹ MORAES, Irany Novah. Apud RINALDI, Talita Jaroskievicz; CONSALTER, Zilda Mara. **O erro de diagnóstico médico e a teoria da perda de uma chance: linhas sobre a questão indenitária.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11316 &n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jan 2014.

Diagnóstico equivocado, exceto quando resultante de culpa grosseira ou leviandade não poderá ser argumento suficiente para condenar o médico a indenizar, porque se constitui em procedimento onde prevalecem dados que frequentemente mascaram outra realidade que não aquela verificável de imediato. Às vezes o próprio paciente fornece dados distorcidos, ou oculta informações importantes, induzindo em erro o profissional.⁵⁰

Para Kfoury Neto, quando da ocorrência de equívoco diagnóstico, com conseqüente dano ao paciente, ao julgador incumbe assentar se o erro pode ou não ser considerado escusável⁵¹. Penneau, citado ainda por Kfoury Neto, afirma que o erro diagnóstico, em si, não é culpável. “Sê-lo-a, todavia, quando o erro se reveste de tal gravidade que revele ignorância ou imperícia grosseiras”⁵².

Vê-se, portanto que, o dever de indenizar proveniente de erro de diagnóstico está condicionado à demonstração da culpa do médico. Ao esculápio cabe, em conseqüência do dever de zelo profissional, perceber o que legitimamente se espera de alguém com sua formação, o que é razoavelmente perceptível. Contudo, não se pode exigir do médico grau tal de perceptividade que o faça reconhecer uma sintomatologia, muitas vezes, dissimulada pela realidade.

⁵⁰ MATIELO, Fabrício Zamprognna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001, p. 104;

⁵¹ Leonardo Santos, em sua dissertação, cita Priscila Chaves Ramos em importante observação acerca da divergência doutrinária sobre os aspectos terminológicos das expressões “erro médico” e “erro escusável”. Segundo a jurista, “basicamente, verificam-se três definições acerca da expressão em análise.

A primeira delas constituiria uma acepção mais genérica, considerando o erro como todo ato médico que colida com os dispositivos do Código de Ética Médica. A segunda concepção corresponde ao entendimento da maioria dos pacientes, para os quais o erro médico é o resultado diverso ou frustrante em relação ao desempenho do médico, isto é, seu advento está atrelado a uma expectativa não correspondida pelo médico, no que tange ao diagnóstico ou tratamento por ele utilizado. Por fim, há um aspecto mais restrito do objeto em discussão, pelo qual o erro médico coincide com a prática de ato profissional danoso ao paciente, caracterizado por qualquer das três modalidades de culpa: imprudência, negligência ou imperícia (...).” (RAMOS, 2001, apud SANTOS, 2005, p. 216)

⁵² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar. Cabe ao magistrado averiguar se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios ao seu dispor para a investigação do mal, desde os diálogos prévios com o paciente até os exames laboratoriais, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.

Dúvidas não pairam, no entanto, quanto ao fato de que o despreparo técnico ou mesmo a atuação em situação que extrapole sua especialização justificam a caracterização do erro, uma vez que seria dever do facultativo declinar da tarefa para que esta fosse realizada por outro que detivesse a qualificação para tanto.

Quanto ao erro de procedimento, mais especificamente, diferente do que ocorre com o erro de diagnóstico, assume contornos mais extensos. O tratamento consiste em fase posterior ao diagnóstico, na qual o médico utiliza distintos meios para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor. Assim, o dever de prudência e de assistência deve ser redobrado, pois este é o momento da execução do diagnóstico.

Conforme leciona Fabrício Matielo⁵³, o erro de diagnóstico é melhor aceito, uma vez que a tarefa de diagnosticar, muitas vezes, apresenta certo grau de dificuldade devido às inúmeras patologias que apresentam sintomas semelhantes, ou mesmo a dificuldade do próprio paciente de descrever com precisão a sintomatologia. Contudo, ainda segundo o citado jurista, o erro de procedimento “trabalha em cima

⁵³ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001;

de questões aferíveis no plano material”⁵⁴, ou seja, dado o diagnóstico, cabe ao médico adequar a terapia ao paciente. Com efeito, diagnosticada determinada patologia que requer intervenção cirúrgica, por exemplo, não é dado a um cirurgião confundir a área a ser operada.

Não se quer dizer que sempre haverá apenas uma terapia a ser seguida para cada doença. Reconhece-se certo grau de discricionariedade do profissional médico, sendo-lhe lícito optar por alguns dos caminhos possíveis. O que se questiona é a conduta do esculápio que destoa do que a prática e literatura médicas indicam.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A PROVA DA CULPA

Não se pode negar a importância que se tem em conhecer a origem da obrigação de indenizar, mesmo porque há diferenças marcantes quanto aos efeitos que elas ensejam no ordenamento jurídico, mormente no aspecto processual da prova dos fatos controversos. No presente trabalho, adotou-se a definição de tais responsabilidades proposta por Sérgio Cavalieri, que dispõe

se preexiste o vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica o que possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.⁵⁵

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 15

Debruçando-se especificamente sobre a responsabilidade médica, Leonardo Vieira Santos, citando Sanseverino, afirma estar o doutrinador com a razão ao preceituar que

Encontra-se hoje superada a discussão em torno da natureza contratual da responsabilidade de determinados profissionais liberais como os médicos [...] que decorria da inserção da regra do art 1545 do Código Civil de 1916, entre as modalidades de responsabilidade aquiliana. O entendimento doutrinário dominante acerca da responsabilidade desses profissionais é, em regra, efetivamente contratual.⁵⁶

Da mesma forma conclui Miguel Kfourri, atribuindo inclusive a superação da discussão antes existente a Aguiar Dias, uma vez que este afirma taxativamente a natureza contratual da responsabilidade médica, não obstante estar topologicamente situada no capítulo de atos ilícitos.

Em que pese já haver consenso doutrinário quanto à natureza contratual da responsabilidade, ainda restam dúvidas acerca da natureza do próprio contrato. Afirma Leonardo Santos que “a maioria da doutrina sustenta que se trate de um contrato de prestação de serviços, cuja disciplina legal hoje remonta aos arts. 593 a 609 do CC/02”⁵⁷. Não se pretende, neste trabalho, adentrar às nuances de tal discussão, porém, como bem asseverou Leonardo Vieira Santos, não há impedimento para destacar as reflexões de Kühn, que afirma que

⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 163. Apud SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no Direito Brasileiro. 2005, p. 198

⁵⁷ SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no Direito Brasileiro. 2005, p. 204

O contrato de locação de serviços está previsto em lei. Consideram-se contrato [sic] de prestação de serviço todos aqueles que não se ajustam ao conceito de contrato de trabalho, ou por não existir a subordinação, ou pela falta de continuidade, ou pelos fins da atividade. [...] No nosso ponto de vista, este é o contrato típico que mais se aproxima do contrato médico-paciente, porém falta, entre os seus elementos essenciais, a participação do paciente, voluntária ou involuntária, sendo esta última o próprio componente de álea que caracteriza e individualiza este contrato. [...]. Como não conseguimos encontrar lugar para o contrato médico-paciente dentre os contratos típicos, concluímos que este é um contrato atípico. [...] Assim, podemos dizer que o contrato médico-paciente é um contrato atípico modificado, por conter elementos do contrato de prestação de serviços aliados a elementos próprios desta peculiar relação jurídica.⁵⁸

A doutrina consumerista ensina que, de acordo com o art. 2º, caput e parágrafo único, consumidor seria “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Segundo Cláudia Lima Marques, que defende a teoria finalista de definição do sujeito consumidor, o conceito deste sustenta a tutela especial conferida, pois só existe tal tutela devido à vulnerabilidade do consumidor nas relações de mercado.⁵⁹

Ainda segundo a doutrinadora, destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou do serviço seja ele pessoa jurídica ou física. Não há, na conceituação, a restrição da qualidade de consumidor ao adquirente do bem ou serviço, de modo que o usuário, ainda que não tenha adquirido, também é considerado consumidor.⁶⁰

⁵⁸ KÜHN, Maria Leonor de Souza. Responsabilidade civil: natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002. Apud SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no Direito Brasileiro. 2005, p. 204.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**: 3 ed rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84 In BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3 ed rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶⁰ *Idem*. p. 83

Outra definição necessária é aquela traçada em torno do fornecedor de bens ou serviços. Segundo o CDC, em seu art. 3º, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Especificamente quanto ao fornecimento de serviços, o diploma consumerista mostrou-se bastante lacônico, mencionando apenas como critério a prestação de serviços. Mesmo na hipótese de se analisar o §2º do art. 3º do CDC, este define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, bastando que a atividade seja habitual, reiterada e remunerada, não explicitando se o fornecedor necessita ser profissional.

O CDC deixa clara a sua opção legislativa pela responsabilidade objetiva do fornecedor quando da ocorrência de dano ao consumidor. Conforme fora explicitado acima, o CDC traz como fundamento da responsabilidade o risco. Exclui-se, no entanto, desse sistema de responsabilização os profissionais liberais, conforme art. 14, §4º, na mesma esteira em que dispõe o CC-02.

Quando diante de uma responsabilidade contratual, é necessário avaliar se as obrigações estabelecidas entre as partes são de resultado

ou de meio. As obrigações de resultado se caracterizam pelo fato de o devedor se obrigar a alcançar determinado resultado, enquanto que as obrigações de meio exige que o devedor apenas empregue os meios ao seu alcance para que seja ao menos possível alcançar um objetivo.

É possível concluir, portanto que, nas obrigações de resultado, o êxito depende tão apenas do prestador de serviço. Já com relação às obrigações de meio, o objetivo a ser alcançado depende não apenas do emprego dos melhores métodos pelo prestador, mas também das condições que ostenta o contratante dos serviços.

Dispõe o art. 14, caput, do Diploma do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Conforme concluído linhas acima, o contrato existente entre o prestador e o tomador de serviços de saúde não deixa de ser um contrato de consumo. Assim, caso não seja observada a distinção entre obrigações de meio ou de resultado, ter-se-á a errônea conclusão de que será sempre aplicável a teoria objetiva de responsabilização, sem que seja necessário aferir a culpa do agente.

A propósito da responsabilidade civil do médico e profissionais de saúde, imperioso registrar ser essa do tipo subjetiva, contratual – a

despeito da previsão legal do art. 951⁶¹ do CC de 2002 e 1545⁶² do CC de 1916 – e instrumental, oriunda de obrigação de meio, não de resultado; noutro falar, não se pode exigir do médico o compromisso da cura, mas tão somente o emprego de todos os instrumentos que estejam ao seu alcance para obtê-la, à luz, naturalmente, da orientação científica vigente à época em que se deu o atendimento.

Do caráter subjetivo resulta a imprescindibilidade do elemento volitivo qualificando a prática do ato danoso, seja através da via dolosa – como se exige para o prejuízo moral -, seja da culposa; ao passo que a consequência prática promanada do feitiço contratual-instrumental de tal responsabilidade consiste na necessidade do suposto ofendido positivar, sem reбуços, a culpabilidade do ofensor, cabendo àquele o ônus da prova.

Assim, inobstante o seu caráter predominantemente contratual, na responsabilidade civil do médico, à semelhança do que ocorre com a culpa dita aquiliana, dimanada de inobservância normativa, recai sobre o ofendido a obrigação de delimitar o ato lesivo e a culpabilidade que o informa, de maneira que não sobre dúvidas acerca do comportamento doloso, negligente, imprudente ou imperito do profissional, em face mesmo da natureza instrumental da obrigação.

⁶¹ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁶² Art. 1.545. 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.

Nesse diapasão, pondera Miguel Kfourri que

quando se trata da saúde do ser humano, nunca se poderá afirmar “a priori”, que a não obtenção da cura é imputável ao ato médico. Em nenhuma outra atividade profissional o êxito estará sujeito a tantos fatores que refogem por inteiro ao controle, quanto na Medicina. Esta é a realidade que não pode ser desconsiderada pelo Direito.⁶³

Por essa razão, quando presente uma obrigação de meio, será inevitável a aplicação da responsabilidade subjetiva, já que é imperioso avaliar se houve ou não o emprego, pelo devedor, de todos os meios disponíveis para o alcance do resultado, ou seja, se houve atuação negligente, imprudente ou imperita.

Não se pode descuidar, no entanto, da dificuldade que se impõe à vítima do dano de se demonstrar a culpa ou mesmo a causalidade da atuação médica. É principalmente entorno dessa dificuldade que surgiu a tendência doutrinária de modificar o ônus da prova.

Regina Beatriz da Silva pondera que diante deste quadro, aplica-se da inversão do ônus da prova, conforme preceitua o art. 6º, VIII do CDC⁶⁴, o que ensejaria o dever do agente suposto causador do dano de provar que utilizou todos os meios ao seu dispor para o alcance da finalidade pactuada, e que não atuou com negligência, imprudência ou imperícia.

⁶³ KFOURI, Miguel. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 43

⁶⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Miguel Kfoury, no entanto, atento para uma crítica àqueles que preceituam a pura e simples inversão do ônus da prova no campo da responsabilidade médica, relacionada à “conseqüência da inversão: a presunção da responsabilidade médica, em toda e qualquer hipótese”⁶⁵. Assevera ainda o doutrinador que a inversão do ônus da prova, com a finalidade de facilitação da tutela dos direitos do consumidor, “diminui o risco da sucumbência – mas poderá representar a sucumbência antecipada do fornecedor”⁶⁶. Para concluir

Na responsabilidade civil médica e hospitalar (quando esta, nas hipóteses em que se busca a solidariedade passiva do hospital em face do comportamento culposo do médico, que deverá ser objeto da prova), em princípio, descabe a inversão do ônus. Mas poderá o juiz, diante do caso, modificar o encargo probatório, desde que o faça de forma clara e objetiva, atribuindo a produção de determinada prova àquela das partes que ostente condições mais favoráveis de trazê-las aos autos.⁶⁷

Em substituição à clássica inversão do ônus da prova, muitas vezes aplicada de forma errônea pelos magistrados, o que tem representado verdadeiros cerceamentos do direito de defesa, Kfoury defende a aplicação das cargas probatórias dinâmicas. Isto porque seria censurável a postura estática de qualquer dos litigantes na atividade probatória. Assim, para que seja ao menos tangenciada a verdade real, o juiz poderá atribuir a produção de determinada prova a quem dos litigantes tiver em melhores condições de fazê-la.

⁶⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69

⁶⁶ *Idem*, p. 59

⁶⁷ *Ibidem*, p. 60

Citando Marcelo López Mesa, Miguel Kfourri sintetiza a fórmula para aplicação das cargas probatórias dinâmicas:

a) As partes não têm direito de permanecer ensimesmadas no processo, escudando-se em singelas negativas, quanto às alegações da parte contrária; b) o ônus da prova pode recair sobre o autor ou o réu, conforme as circunstâncias do caso e a situação processual das partes; c) o ônus da prova não se exaure apenas na invocação de um fato, mas sim na possibilidade de se produzir a prova respectiva; d) a doutrina das cargas probatórias dinâmicas consiste em se atribuir o encargo probatório àquela das partes que se encontra em melhores condições de produzir determinada prova, sendo irrelevante tratar-se do autor ou do réu; e) a superioridade técnica, a situação de prevalência, a melhor aptidão probatória de uma das partes, a natureza ou complexidade da prova a ser produzida no curso da lide, podem provocar a transferência da carga probatória àquela das partes que se encontre em melhores condições de provar.⁶⁸

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas não se incompatibiliza com o que preceitua o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que será considerada a hipossuficiência do consumidor, encarado-o como a parte mais fraca da relação, porém a hipossuficiência será aquela processualmente considerada. Nos dizeres de Fernando Noronha “(...) defender os consumidores não pode significar tomar partido sistematicamente por eles, (...) como se fossem estes que estivessem sempre certos”.⁶⁹

4.3 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS LIDES SOBRE ERRO MÉDICO

⁶⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. **La carga de La prueba em ciertos casos de responsabilidad civil.** Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80-81

⁶⁹ NORONHA, Fernando. **Significado da tutela do Consumidor e suas limitações.** *Informativo Incijur*, ano IV, n. 61, ago./2004, Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 54).

Verifica-se que os autores que corroboram a aplicação da inversão do ônus da prova em demandas envolvendo a responsabilidade civil médica o fazem, ao nosso ver, por questões intimamente sociais, na medida em que tal procedimento tutelar e privilegiará a parte tecnicamente hipossuficiente da relação.

Em contrapartida, nas obras que refutam a inversão do ônus da prova em demandas médicas, observa-se de início MIGUEL KFOURI NETO:

Portanto, revela-se palmar equivoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face de médicos, autorizar a inversão do ônus da prova, o que se faz, de costume, com respaldo no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, porque - como se procura demonstrar - é vedada por lei tal inversão, relativamente aos profissionais liberais; segundo, porque a responsabilidade médica encontra-se disciplinada, sem tergiversações, no art. 1.545 do Código Civil Brasileiro, que condicionou a reparação dos danos ligados às atividades profissionais nele mencionadas à verificação da ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência.⁷⁰

Nesse diapasão, o respeitado jurista RUI STOCO, in verbis :

Como a responsabilidade pessoal do médico pela prestação de serviços deve ser apurada mediante culpa, por força da regra de exceção do art. 14, §4º, do CDC, a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, para esse efeito, como antes enfatizado, perde o significado e a razão de ser, posto que ampliou-se, para o médico, o espectro probatório, cabendo ao reclamante provar-lhe a culpa, ainda que o serviço prestado tenha supedâneo em contrato entre eles firmado.⁷¹

⁷⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.

⁷¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.

Com efeito, os autores contrários à autorização da inversão do ônus da prova em feitos indenizatórios aforados em face de médicos aduzem principalmente que, sendo os profissionais liberais exceção no CDC, não se aplicam a eles seus dispositivos.

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

a inversão do ônus da carga probatória (do paciente para o médico) se justificaria em situações extremas, tais quais: a falta aos deveres essenciais (atendimento emergencial, risco de vida) à omissão de diligência correspondente à natureza de sua prestação assistencial e, também, nos casos de notória imperícia, imprudência ou negligência, quando se concretize o res ipsa loquitur.⁷²

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

(...) não só não se trata de uma inversão do ônus da prova, como tampouco significa que o paciente possa adotar uma posição mais cômoda na demanda, pois a ele corresponde provar todos os fatos indiciários. Entende o autor que são justamente essas provas que levarão o julgador a uma convicção – por presunção hominis – da culpa do profissional médico.⁷³

Teresa Ancona Lopez, citada por Rui Stoco, e lastreada pelas lições de René Savatier, aprofunda a discussão observando que

⁷² GIOSTRI, Taggesell Hildegard. **Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Tese de Doutorado.** Curitiba: 2000, p. 191. *Apud* ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **A responsabilidade médica, hospitalar e o ônus da prova sob a ótica da análise econômica do direito.** Disponível em <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2cd2915e69546904> > Acesso em 05 de jan. de 2017.

⁷³ *Idem.*

A questão da presunção de culpa e conseqüente inversão do ônus probandi não se liga à divisão entre culpa contratual e aquiliana, mas, sim, ao fato de a doutrina e a jurisprudência, mais recentemente, interpretarem as obrigações contratuais como obrigações de meio ou de resultado, e aí está, segundo o mesmo autor, 'a chave da mudança sobrevinda quanto ao ônus da prova. Em resumo, o que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre culpa e o dano para que possa haver direito à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso saber-se se o dano foi causado do inadimplemento de uma obrigação de meios ou, ao contrário, de resultado, pois neste último caso (e somente neste, cabe acrescentar) haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda.⁷⁴

A inversão do ônus da prova não tem o condão de modificar a natureza da obrigação, que é de meios, para de resultado, como querem alguns. A rigor, o que se afigura incompatível com a responsabilidade médica é a confusão entre o instituto da inversão do ônus probatório e a desnaturação da responsabilidade. Ou seja, observa-se que muitos aplicadores do direito, ao determinar ou pleitear a inversão do ônus probatório, em verdade pleiteiam a conversão da responsabilidade subjetiva, a qual não prescinde da verificação e prova da culpa em qualquer de suas modalidades, em objetiva, na qual não se perquire a prova acerca do elemento volitivo do agente causador do dano.

4.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS LIDES SOBRE ERRO MÉDICO

A fim de encontrar uma solução para conflito em relação a possibilidade da inversão do ônus de provas nas ações contra profissionais liberais e médicos, alguns autores entendem que a solução adequada seria a aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

⁷⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade Civil dos médicos**. In: Yussef Cahali (coord.). **Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988 Apud STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 726

Como já destacado, a prova médica é complexa e difícil para o autor, que, invariavelmente, não detém o prontuário médico e não sabe descrever minimamente o contexto do atendimento médico que experimentou. O médico deve se preocupar com a relação jurídica de direito processual e com a instrução probatória, produzindo todas as provas que estiverem ao seu alcance para formar o convencimento do magistrado. Confiar absolutamente na rigidez do sistema legal e dificultar, apenas, a interpretação e a prova da culpa que caberia ao autor, já não cabe no atual contexto dos julgados que se apresentam.

O princípio da carga probatória dinâmica é baseado no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance. Nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento.

Denota-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi* tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente.

Outrossim, não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo; o importante é que o juiz valere, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que

possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

Aplicando na relação de ações ajuizadas contra réus de responsabilidade subjetiva, ou seja médicos e profissionais liberais, o juiz poderá determinar que médico produza duas ou três provas que entenda estar ele em melhores condições de produzir. Não é uma inversão do ônus da prova, mas quando uma das partes pode produzir uma prova com maior facilidade e menor custo o juiz pode determinar a produção por essa parte. Veja-se que a expressão “melhores condições” não se restringe apenas ao aspecto econômico da instrução probatória.

Em sua obra sobre o ônus probatório, Consuelo Taques Ferreira Salamacha diz:

Assim, se as parte participam, tanto quanto possível da atividade probatória, despregando-se da visão mais rigorosa da repartição do ônus da prova e levam aos autos todos os subsídios que possam propiciar ao julgador a correta reconstituição dos fatos, para posterior manifestação sobre o resultado obtido, estarão contribuindo em muito com uma efetiva prestação jurisdicional.⁷⁵

E certo que, a inversão do ônus da prova é ligada ao princípio da igualdade entre as partes, baseado no art. 5º inciso I da Constituição Federal, porém a teoria da carga probatória é a melhor maneira de aplicação deste princípio.

Isto quer dizer que, pela teoria das cargas dinâmicas, o médico deve ser orientado a se comportar ativamente na relação jurídica processual,

⁷⁵ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 106 *Apud* SERUDO, Rodrigo Benayon Pontes. **Responsabilidade civil médica e a impossibilidade de inversão do ônus probatório**. 19 de fev. de 2016. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/responsabilidade-civil-medica-e-a-impossibilidade-de-inversao-do-onus-probatorio/140276/> > Acesso em: 05 de jan. de 2017

esclarecendo, pontuando e comprovando que não fez nada mais que outro médico, em igual situação, condição e com os mesmos meios também faria.

Assim, em busca da verdade real, e com base no princípio da isonomia, pode ser uma opção atribuir a produção de determinada prova das partes que se encontrem em melhores condições de produzi-la, buscando que a parte vai colaborar com órgão judicial na busca da verdade.

Com base nesta teoria, preleciona Miguel Kfouri Neto:

Ao invés de aplicar- como visto, erroneamente – a inversão do ônus da prova no âmbito da responsabilidade médica, ao órgão julgador é dado valer-se da técnica denominada cargas probatórias dinâmicas, sobretudo para obviar o inconveniente do imobilismo probatório. Censurável, a todas as luzes, a postura estática de qualquer dos litigantes, na atividade probatória, tendo em vista a atribuição taxativa do “*ônus probandi*” pelo art. 333, do CPC. E o rigor legal, por vezes, enseja a adoção dessa atitude passiva, com maior frequência pelo réu.⁷⁶

Entretanto, no caso da inércia de uma das partes em produzir a provar que lhe for determinada, somente assim, será composto a inversão do ônus probatório, ensina

Miguel Kfouri Neto:

Não produzida a prova pelo litigante a quem cabia aportá-la, o julgador decidirá quais as consequências dessa inércia. Só então poder-se-á, em sendo o caso, aplicar a regra de juízo da inversão do ônus da prova – sempre em busca da solução justa para o conflito. (2010, p.81). Sempre incumbirá ao juiz, ao determinar provas necessárias à formação do seu convencimento, tornar claro qual das partes deverá produzi-

⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

las e quais as possíveis consequências da frustração da prova ou da evidente desídia da parte em obtê-las.⁷⁷

Não há dúvida que a errônea distribuição do ônus da prova poderá induzir o juiz a conclusões equivocadas. Uma vez que a distribuição do ônus da prova pode ser realizada de forma dinâmica, o grande problema de quem cabe provar é resolvido, buscando assim um direito justo e uma tutela adequada com base no princípio da paridade de armas do processo civil.

Dessa forma, consagrando o que a doutrina especializada já apregoa, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) incorpora a teoria da distribuição das cargas dinâmicas da prova no seu artigo 373⁷⁸.

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

⁷⁷ *Idem.* p.83

⁷⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

facilidade e condições mais favoráveis para produzir a prova e, na ausência ou ineficiência desta, julgar em desfavor daquele.

Na Argentina, já lecionava López Mesa, citado por Miguel Kfourì, a teoria das cargas probatórias dinâmicas já vem sendo aplicada com certa assiduidade, mormente nas causas envolvendo responsabilidade médica. Nesse ponto, destaca-se trecho da obra do jurista argentino traduzido por Miguel Kfourì Neto, porque bastante elucidativo:

Prova, cumpridamente, que o histórico clínico estava eivado de omissões e deficiências, o fato se torna imputável a todos os médicos que intervieram diretamente no tratamento do paciente, ao médico de plantão e ao diretor do hospital. (...) Se o médico de plantão não efetuou a revisão do paciente e determinou transfusão, torna-se responsável se tal ato não se realizou, nem foi fiscalizado por médico. O favor probationis ou a 'teoria das cargas probatórias dinâmicas', diante desses diversos fatos, faz recair o ônus da prova sobre a parte que se encontre em melhores condições para tanto, sobretudo se o histórico clínico é lacunoso e os demandados integram o mesmo grupo médico. (...) Em hipóteses extremas, o profissional demandado terá a carga exclusiva ou concorrente de demonstrar que atuou diligentemente, ou se que a causa do dano não se vincula à sua atuação, ou que não existe relação de causalidade adequada entre a ação ou omissão qualificadas de culposas e o dano. (...) O médico demonstra a inexistência de culpa provando como realizou o diagnóstico, o emprego de conhecimentos e técnicas consagrados, haver ministrado ou prescrito medicação correta, realizado a intervenção cirúrgica indicada e de forma adequada, haver acompanhado devidamente o paciente etc. Como se pode ver, são todos fatos positivos, que podem ser facilmente provados pelo médico – e nem sempre pelos pacientes.⁷⁹

Não se pode perder de vista que a aplicação da distribuição dinâmica das cargas probatórias é medida de exceção, conforme se infere do texto do próprio artigo. Em circunstâncias normais, onde não haja superioridade de uma das partes, no que tange ao aspecto processual

⁷⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 81-82.

probatório, aplicam-se as normas comuns atinentes ao ônus da prova sob pena de se desnaturar o instituto.

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

Veja-se que não se trata de mera inversão do ônus. Faz-se verdadeira reflexão sobre as circunstâncias particulares do caso concreto, e apenas em situações determinadas estaria o paciente dispensado no ônus de provar a culpabilidade do profissional.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tem por escopo uma visão especial sobre as lides que envolvem a relação médico-paciente, encarando-a, sobretudo, de uma forma diferente daquela trazida pela teoria estática de distribuição do ônus da prova e pela tradicional inversão do ônus proposta pela linha consumerista da doutrina, atento à aplicação da teoria da carga dinâmica como forma mais razoável de solucionar tais conflitos.

O objetivo da flexibilização das cargas probatórias é a permissão de uma tutela adequada dos direitos e, sobretudo, dos direitos fundamentais processuais. Essa necessidade vem sendo percebida, já há algum tempo, pelo legislador e pelo Poder Judiciário.

Por meio dessa teoria da dinamização, permanece, como regra geral, a distribuição estática. Assim, as partes iniciam o processo tendo conhecimento de quais fatos devem provar. No entanto, sendo verificada grande dificuldade probatória de uma das partes, somada com a facilidade da outra, poderia haver a dinamização do ônus da prova. Que pode atuar do autor para o réu e do réu para o autor – uma via de mão dupla. Ou seja, há dois requisitos limitadores que devem ser observados de forma concomitante: a dificuldade da parte inicialmente encarregada e a possibilidade que o outro litigante o faça.

Não se olvida que toda a demanda encerra a perspectiva do processo justo e a da justa decisão, e tais perspectivas só se vislumbram alcançáveis através do comportamento colaborativo das partes. Restou demonstrado que na aplicação da

teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, juiz exerce papel ativo, muitas vezes protagonizando a relação processual, restando, pois, afastada a visão do juiz neutro no processo, porém sempre imparcial.

A dinamização, no entanto, além de configurar parâmetro de atuação das partes, também se afigura como regra de julgamento, através da aplicação de presunções e imputação do risco de não produção de determinada prova a uma das partes. Assim, deve-se ter em mente que a ciência das partes acerca da aplicação da teoria, com a conseqüente distribuição do ônus da prova de forma diferenciada, deve se dar antes do início da fase de instrução processual.

Desse modo, perfilha-se o entendimento de que a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas é a que melhor se adequa à questão da prova nas demandas de responsabilidade civil por culpa médica, mormente diante da atual positivação pelo Novo Código de Processo Civil. Ora, se antes a própria jurisprudência invocava sua aplicação lastreada em princípios constitucionais e infraconstitucionais, agora existe autorização legislativa expressa. Desnecessário, pois, maiores digressões acerca da possibilidade de aplicação, malgrado não se possa permitir que a decisão do magistrado acerca da distribuição do ônus se dê de forma desfundamentada, apenas com a invocação do dispositivo legal.

Com efeito e em resumo do raciocínio, a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica não precisa mais ser justificada pelo magistrado, porém a fundamentação sobre o motivo da sua aplicação para determinado caso concreto não foi

dispensada.

Vê-se que o Novo Código de Processo Civil, ao positivizar a teoria dinâmica de distribuição do ônus probatório, acaba por concretizar o que já se invocava na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mormente em virtude das peculiaridades que envolvem a prestação de serviços médicos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Produção antecipada de prova no novo CPC**. Migalhas, 9 de setembro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226528,41046-Producao+antecipada+de+prova+no+novo+CPC>> Acesso em 30 de jan. de 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>> Acesso em: fev. de 2017

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm > Acesso em: jan. de 2017

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: jan. de 2017

_____. **Lei Federal 13.105 de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: jan. de 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial 576.387/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Raul Araújo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 08 de abr de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 16 de fev. de 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 69.309/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 26 de ago. de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 de fev. de 2017

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471> Acesso em 07 de fev. de 2017

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016

CAMBI, Eduardo. **O direito à prova no Processo Civil**. Revista da Faculdade de UFPR, v. 34, ano 2000. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/download/1836/1532>>. Acesso em 05 de jan. de 2017

CASTRO, Daniel Penteadado de. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE MARCO, Carolinsk. **O Princípio da Cooperação à luz do Novo Código de Processo Civil.** Disponível em <https://carolinsk.jusbrasil.com.br/artigos/340864907/o-principio-da-cooperacao-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil-ncpc> Acesso em 06 de fev. de 2017

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de direito processual civil.** vol. 2. Salvador: Jus Podium, 2007.

FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro.** 2013.32f. Artigo Científico - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/IzabellaNaccaratti.pdf> Acesso em 18 de fev. de 2017

GAJARDONI, Fernando da Fonseca (org.). **Coleção Repercussões do Novo CPC – Magistratura, v. 1.** Salvador: Juspodium, 2015.

GALVÃO, Bárbara Braga. **Provas no processo civil: iniciativa do juiz.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3575, 15 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24190>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. *A atuação do magistrado no direito às provas no processo civil.* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42191&seo=1>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

_____. **Responsabilidade Civil do Médico.** 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

LEAL, Juliana Marrafon; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. **Teoria Geral das Provas.** Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2156/2215> Acesso em 01 de fev. de 2017

LEÃO, André Felipe Torquato. A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4147, 8 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29976>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC.** São Paulo: Método, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **As Presunções na Teoria da Prova.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento.** 7 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em jan 2014.

OLIVEIRA, Fernando José Vianna. **As Provas no Processo Civil**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32434&seo=1>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

PADILHA, Letícia Marques. **O DIREITO À PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 16, nº 1322, 28 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista> > Acesso em 05 de jan. de 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Desvendando a dinamização do ônus da prova no CPC/2015**. 07 de maio de 2015. Disponível em < <https://blog.ebeji.com.br/desvendando-a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc2015/> > Acesso em 03 de mar. de 2017.

RINALDI, Talita Jaroskievicz; CONSALTER, Zilda Mara. **O erro de diagnóstico médico e a teoria da perda de uma chance: linhas sobre a questão indenitária**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11316&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jan 2014.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Responsabilidade Civil Médica: Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, nº 203, jul./set. de 2014.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a questão da culpa do direito brasileiro**. 2005. 353 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador.

SERUDO, Rodrigo Benayon Pontes. **Responsabilidade civil médica e a impossibilidade de inversão do ônus probatório**. 19 de fev. de 2016. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/responsabilidade-civil-medica-e-a-impossibilidade-de-inversao-do-onus-probatorio/140276/> > Acesso em: 05 de jan. de 2017

SKORKOWSKI, Alan. **A Inversão do Ônus da Prova na Responsabilidade Civil do Médico**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 22 de jun. de 2007. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3889/a_inversao_do_onus_da_prova_na_responsabilidade_civil_do_medico >. Acesso em: 05 de jan. de 2017.

STJ determina novo julgamento devido a valoração errada de provas. Revista **Consultor Jurídico**, 14 de abril de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-14/stj-determina-julgamento-devido-valoracao-errada-provas> . Acesso em 07 de fev. de 2017

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I.** 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **A responsabilidade médica, hospitalar e o ônus da prova sob a ótica da análise econômica do direito.** Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2cd2915e69546904> > Acesso em 05 de jan. de 2017.