



FACCREI

17

NÚMERO 1

REVISTA DIÁLOGO E INTERAÇÃO

ISSN 1275-3687

<https://revista.faccrei.edu.br>

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A NECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO FACILITADOR DO DIREITO DO PACIENTE

MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY UNDER THE CONSUMER DEFENSE CODE AND THE NEED TO REVERSE THE BURDEN OF PROOF AS A FACILITATOR OF PATIENT LAW

Almir Gallassi*

João Lucas Silva Terra**

Leonardo Cosme Formaio***

Maria Gabrielle Druzini****

RESUMO: Este artigo apresenta a responsabilidade civil médica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e a necessidade da inversão do ônus da prova como um mecanismo utilizado para facilitar a busca pelo direito do paciente, apontando o instituto da responsabilidade civil desde a antiguidade até os tempos contemporâneos, bem como as formas de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico e os seus pressupostos, buscando evidenciar a necessidade da inversão do ônus da prova para trazer isonomia a relação entre o médico e o paciente, e desta forma permitir que o paciente possa buscar seu direito em Juízo. O estudo, utilizando o método dedutivo, com raciocínio lógico, procurou por meio de pesquisas bibliográficas, com ênfase no Código de Defesa do Consumidor e no Direito Civil, bem como jurisprudências e legislações específicas, apresentar a necessidade da inversão do ônus da prova para facilitar a efetivação do direito do paciente em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Culpa; defesa dos direitos em juízo; Inversão do Ônus da Prova; Relação Consumerista; Responsabilidade Civil Médica;

ABSTRACT: This article presents medical civil liability from the perspective of the Consumer Protection Code and the need to reverse the burden of proof as a mechanism used to facilitate the search for the patient's right, pointing to the civil liability institute from antiquity to the times contemporaries, as well as the forms of civil liability existing in the legal system and its assumptions, seeking to highlight the need to reverse the burden of proof to bring the relationship between the doctor and the

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos; Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei (FACCREI); Advogado.

** Mestre em Direito Negocial pela Universidade de Londrina (UEL); Professor do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei (FACCREI); Advogado.

*** Mestre em Direito Negocial pela Universidade de Londrina (UEL); Professor do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei (FACCREI); Advogado.

**** Bacharela em Direito pela Faculdade Cristo Rei (FACCREI).

patient equally, thus allowing the patient to seek his right in court. The study, using the deductive method, with logical reasoning, sought through bibliographic research, with emphasis on the Consumer Protection Code and Civil Law, as well as specific jurisprudence and legislation, to present the need to reverse the burden of proof to facilitate the realization of the patient's right in court.

KEY WORDS: Fault; defense of rights in court; Reversal of the burden of proof; Consumer Relations; Medical Civil Liability;

1. INTRODUÇÃO:

Este artigo decorre de um estudo sobre a responsabilidade civil médica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e a necessidade de inversão do ônus da prova como um meio facilitador do direito do paciente, dentre as perspectivas de análise que o tema propicia.

Apresentando de início apontamentos que dizem respeito ao instituto da responsabilidade civil, desde a antiguidade e visando a reparação do dano causado, no entanto, a reparação do dano naquela época era diferente, pois lidavam com uma justiça mais conhecida como vingança, e atualmente essa justiça se busca na forma da lei, e resulta em uma obrigação pecuniária.

Elencando ainda a suas formas de responsabilidade existentes em nosso ordenamento jurídico, seja ela contratual, extracontratual, objetiva ou subjetiva, além disso, tem-se a apresentação dos pressupostos da responsabilidade civil.

Levando em consideração ainda que a responsabilidade civil do médico por ser considerado um profissional liberal é subjetiva, e com isso, há necessidade da constatação da presença do elemento culpa, seja por meio da imprudência, da negligência ou da imperícia.

E com isso, o presente trabalho busca evidenciar que há necessidade da inversão do ônus da prova para alcançar uma isonomia processual entre as pessoas do paciente, na figura do consumidor, para com o médico, na figura do fornecedor, com o objetivo de permitir a igualdade entre eles, e com isso, por meio da inversão do ônus da prova o médico fique responsável por comprovar que sua ação se deu com

zelo, diligência, e que fez o que esteve ao seu alcance para chegar ao melhor resultado, aplicando ainda as melhores técnicas da medicina para tanto.

Tendo em vista ainda a grande relevância deste tema em decorrência dos impactos gerados pelo erro médico à sociedade, bem como o alto crescimento da busca pela responsabilização que vem sendo reiteradamente apresentada nas decisões dos tribunais.

Além disso, o erro médico é tido como uma das agressões mais graves ao bem jurídico da pessoa e traz algumas dificuldades para a jurisdição, pelo fato de envolver aspectos particulares, levando em conta que na maioria das vezes é restrito a laudos feitos por especialistas, no tocante à verificação do erro médico e a decorrência desta falha na prestação do serviço, gerando então a necessidade da inversão do ônus da prova como um meio facilitador do direito do paciente.

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

A reparação de um dano é preocupação desde a antiguidade, de maneira que aquele que causasse um prejuízo ao outro deveria reparar. Porém, a reparação não era como no mundo contemporâneo, na qual se concretiza numa obrigação pecuniária.

Na antiguidade, o homem que devia para outro pagava com o próprio corpo ou então tornava-se escravo do seu credor. Na verdade, não era uma forma de reparar, mas sim de vingança.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 25) elucidada essa responsabilidade nos primórdios:

O dano provocava a reação imediata, instintiva e bruta do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem

talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido. Solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Nessa época a legislação mais importante era a lei de talião, ou chamada de pena de talião, marcada pelo tema de “olho por olho, dente por dente”, o que já demonstra o pensamento da época de que o devedor deveria reparar com seu próprio corpo.

Mas com a evolução do Estado, principalmente do Estado Romano, há a edição da *Lex Aquilia*, formando um conceito geral de responsabilidade civil, na qual o réu só responderia de forma pecuniária e se demonstrado o elemento culpa. Ou seja, deveria ser demonstrado que este agiu com culpa.

Assim, transfere para o Estado a obrigação de punir, fugindo do particular o direito de impor a sanção ao violador de um dano.

Evoluindo mais um pouco, o Direito Francês consagrou a reparação civil como forma de indenização pecuniária e também adotou a culpa como pressuposto para a reparação, tendo o Código Napoleão expressamente previsto a culpa delitual e a culpa contratual, nos art. 1.382 e 1.383, respectivamente.

O direito português caminhou no mesmo sentido da *Lex Aquilia*, do direito Romano, bem como do direito Francês, tendo disposto no art. 483 do Código Civil que quem com dolo ou mera culpa causar dano a alguém fica responsável por reparar. Ou seja, o direito português também previa a regra da responsabilidade mediante culpa do agente causador do dano.

Já no direito brasileiro, a reparação civil tem sua primeira previsão no Código Criminal de 1830, que acabou dispondo tanto de matéria civil e penal, que condicionou a reparação civil a uma condenação criminal.

Mais tarde, com o Código Civil de 1916, uma legislação civil regrou a responsabilidade civil, de maneira que ficou submetida a responsabilidade subjetiva, isto é, só haveria responsabilidade de houve culpa ou dolo.

Assim afirma Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 27): “O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo”

Com a evolução da indústria, do comércio, da tecnologia, enfim, com a revolução que vem ocorrendo na sociedade de modo geral, alguns ordenamentos jurídicos, como o Brasil, passaram a adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil, derivada da teoria do risco, isto é, a reparação sem culpa, independente do agente ter agido com dolo, imprudência, negligência ou imperícia.

A teoria do risco que embasa a responsabilidade civil objetiva, sem culpa, é explicitada por Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 28) como:

Na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Desta maneira, as a Lei de Acidentes do Trabalho, o Código de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Civil de 2002 passaram a adotar a teoria do risco, ou seja, a responsabilidade sem culpa, de modo que a responsabilidade com culpa, ainda presente, é a exceção e aplicável a raros casos.

2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

A responsabilidade contratual, também chamada de responsabilidade negocial, como a sua designação já diz, é aquela derivada em razão de uma violação a um contrato, ou seja, a um negócio jurídico.

Todo contrato gera obrigações, ainda que apenas para uma das partes – considerado contrato unilateral -, de maneira que a violação a esse dever negocial, gerando um dano, seja de natureza estética, material ou moral, implicará numa responsabilidade ao violador do negócio jurídico.

Conforme conceitua Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 305)

Em apertada síntese, responsabilidade contratual é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato. É infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente.

A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico, a cuja observância ficam adstritos.

Cavaliere Filho (2012, p. 307) conclui: “Pois bem, *todas as vezes que o dever jurídico violado tem a sua fonte em um contrato, em um negócio jurídico pelo qual o próprio devedor se obrigado teremos a responsabilidade contratual.*”

A responsabilidade contratual é derivada de um negócio jurídico entabulado entre as partes, de maneira que ocorrendo a inadimplência do contrato, a violação a alguma cláusula prevista, a alguma obrigação, acarretará, desde que tenha um prejuízo, em uma indenização, que por muitas vezes está até prevista no próprio contrato.

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual, como o próprio nome se refere, é a que se origina da violação à lei, ou seja, à um dispositivo legal. Assim, enquanto a contratual se dá em razão do descumprimento ao contrato, a extracontratual se dá diante de uma conduta antijurídica, isto é, por um comportamento contrário a uma regra do ordenamento jurídico.

A responsabilidade extracontratual também é conhecida como responsabilidade Aquilina, em razão da Lex Aquilia, lei do Império Romano, da época de Justiniano, na qual, independente das partes terem qualquer relação jurídica, sempre que ocasionasse algum prejuízo a pessoa, o responsável era punido.

A responsabilidade extracontratual ou extranegocial não deriva de um contrato, e sim na transgressão a um dever legal, ou seja, à lei, ao ordenamento jurídico, estando pautada nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil, abaixo reproduzidos:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesta modalidade de responsabilidade, é desnecessária a existência do vínculo, bastando apenas violação da infração de alguma lei pelo agente responsável, causando danos a vítima, e, dependendo, demonstrar culpa.

Cavaliere Filho (2012, p. 307) com muita propriedade, faz a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual:

Na responsabilidade contratual, como já destacado, o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente, certos deveres jurídicos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido da lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 44) arremata:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Ou seja, a responsabilidade extracontratual nasce da violação a um dever legal, a uma infração a lei, a uma conduta antijurídica, enquanto a responsabilidade contratual decorre da inadimplência, isto é, no não cumprimento de uma obrigação presente no negócio jurídico.

2.4. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A reponsabilidade subjetiva é aquela que necessita analisa se o agente tenha agido culposamente. Ou seja, na sua conduta, que se pode dar através de uma ação ou omissão, é necessário verificar se há o ato culposo, qualificado através da culpa lato sensu, genérica ou ampla, que engloba o dolo, ou da culpa *stricto sensu* ou sentido estrito, caracterizado através da negligencia, imprudência ou imperícia.

Nesse sentido, converge Flávio Tartuce (2014, p. 364):

Esclareça-se que, quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, leva-se em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa lato sensu), que engloba o dolo e a culpa estrita (stricto sensu).

Como explica Elpídio Donizetti (2014, p. 402) acerca do ato culposo:

A culpa, como já tivemos a oportunidade de comentar, tomada em sentido amplo, subdivide-se em duas espécies: o dolo, consistente no ato de violação voluntária – intencional – de um dever jurídico; e a culpa em sentido estrito, consistente no ato de violação involuntária – não intencional – de um dever jurídico. Ou seja, o sujeito que age com dolo viola o dever porquanto sua vontade se direciona à violação; o sujeito que age com culpa, por sua vez, viola do dever porquanto pratica o ato, embora sua vontade não se direcionasse à violação.

Cristiano Sobral Pinto (2014, p. 612), por sua vez, além de fazer a divisão apontada anteriormente sobre o ato culposo, vai além e divide dolo em direto, necessário e eventual.

Se a culpa for lato sensu irá abranger o dolo (conduta fundamentada em uma vontade). O dolo é a modalidade mais grave da culpa lato sensu, podendo ser:

- a) dolo direto: neste o agente atua para atingir o fim ilícito;
- b) dolo necessário: na modalidade o agente pretende atingir o fim lícito, mas sabe que a sua ação determinará inevitavelmente o resultado ilícito;
- c) dolo eventual: quando o agente atua em vista de um fim lícito, mas com a consciência de que pode eventualmente advir do seu ato um resultado ilícito e quer que este se produza.

No caso de a culpa ser *stricto sensu* (mera culpa), o autor não visa ao resultado, mas pela falta de cuidado pratica a conduta. Sua exteriorização ocorre pela negligência, pela imprudência e pela imperícia: na imprudência, há conduta comissiva; na negligência (desídia), a conduta é omissiva; imperícia (temeridade) é a falta de habilidade no exercício de atividade técnica.

A culpa, lato sensu, se dá através do dolo, mediante a vontade de praticar ou se abster de realizar alguma coisa no intuito de causar um dano a alguém, e se dá também através da culpa *stricto sensu*, configurada através da negligência, imprudência e imperícia.

Novamente se recorre a lição de Elpídio Donizetti (2014, p. 403) que explica e exemplifica a culpa em sentido estrito, enfim, a negligência, imprudência e imperícia:

Age com negligência quem não toma o devido cuidado ao praticar o ato. Tivesse o sujeito agido com maior diligência, o dano não teria sido causado. O dano é causado por uma desatenção, uma falta de zelo do sujeito. É o caso de caio que se aproxima da janela do apartamento comendo uma maçã, e esta escorrega de sua mão e cai sobre o carro de Orlando, causando-lhe uma avaria.

Age com imprudência quem, embora esteja habilitado a praticar o ato, excede os limites do razoável, ousa, atreve., tivesse o sujeito se limitado a praticar o ato observando as barreiras da cautela, o dano teria sido evitado. É o caso de Berenice, que, andando de bicicleta, acelera excessivamente, de modo que não consegue frear a tempo, quando avista um obstáculo à sua frente. Acaba se chocando contra o objeto, e lhe causa um estrago.

Age com imperícia, por sua vez, quem pratica ato para o qual não se encontra devidamente habilitado. O sujeito não teria causado o dano se não tivesse praticado o ato que não sabia realizar. O dano, nesse caso, é o resultado do desempenho imperfeito do ato devido ao desconhecimento técnico de quem o praticou. É o caso de César, que, sem saber dirigir, toma um carro e acelera, e, sem saber frear, vem a acertar um carro estacionado logo à frente, amassando-o.

Flávio Tartuce (2014, 365), de modo bem elucidativo, através de uma tabela, conceitua imperícia, negligência e imprudência da seguinte maneira:

Imprudência	Falta de cuidado + ação (prevista no art. 186 do CC). Exemplo: dirigir em alta velocidade.
-------------	--

Negligência	Falta de cuidado + omissão (também constante do art. 186 do CC). Exemplo: a empresa que não treina o empregado para exercer determinada função.
Imperícia	Falta de qualificação ou treinamento para desempenhar uma determinada função, própria dos profissionais liberais. Consta do art. 951 do CC, para os que atuam na área da saúde. Exemplo: o médico que faz cirurgia sem ter habilitação para tanto.

Ou seja, o dolo direito é aquele aonde a parte age com pura intenção no intuito de obter o ato antijurídico, já no dolo necessário o ofensor tem até o intuito de alcançar um ato lícito, mas, no final, indubitavelmente cometerá um ato ilícito, enquanto o dolo eventual a pessoa também busca alcançar um ato lícito, mas tem a ciência que a sua conduta poderá ocasionar um ato ilícito.

Embora se extrai tal classificação do próprio Direito Penal, tal divisão pouco interessa ao Direito Civil, pois, em qualquer modalidade de dolo, este será caracterizador da responsabilidade subjetiva.

Assim aponta Flávio Tartuce (2014, p. 364):

Para o Direito Civil não interessa o estudo da classificação do Direito Penal quanto ao dolo e, conseqüentemente, dos conceitos de dolo eventual, dolo não eventual ou preterdolo. Em todos esses casos, o agente deverá arcar integralmente quanto a todos os prejuízos causados ao ofendido. Em suma, repise-se que, presente o dolo, a indenização a ser paga pelo agente deve ser plena.

Enfim, independente se o ato foi cometido com dolo – seja nas suas especificações –, ou se o ofensor foi negligente, imperito ou imprudente, para que se configure a responsabilidade subjetiva, necessário perquirir a culpa no seu sentido amplo, isto é, se está presente na sua conduta alguma das características acima.

2.5. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

No início da imputação de responsabilidade civil, sempre foi considerada a subjetiva, onde deveria se mostrar a culpa lato sensu ou culpa genérica do ofensor, compreendida como dolo, imprudência, negligência ou imperícia.

Com o passar do tempo, principalmente neste período contemporâneo de relações globalizadas, dinâmicas, do imediatismo, da busca pelo capital, surge a responsabilidade objetiva ou também chamada de teoria do risco, prevê que certas pessoas, certas atividades responderão independentemente de culpa, devendo apenas estar presente o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre estes.

A responsabilidade objetiva veio da teoria do risco, onde aqueles que exercem alguma atividade criam um risco de dano para terceiros. Assim, apenas por desenvolverem essa atividade, estão cientes de que podem causar um prejuízo, deverão responder sem culpa.

Ou seja, a responsabilidade objetiva veio a se opor a subjetiva, inclusive no propósito de efetivar a justiça, já que era difícil comprovar a conduta culposa de alguns agentes, ficando, muito das vezes, impune pela conduta ilícita.

Como menciona Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 48):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê as duas formas de responsabilidade, objetiva e subjetiva, sendo que para determinadas pessoas, determinadas atividades, a própria lei impõe a forma da responsabilidade, onde deverá ou não ser analisada a culpa em sentido genérico.

2.6. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Não obstante haver diversas teorias sobre a responsabilidade civil, a responsabilidade contratual, extracontratual, responsabilidade objetiva ou subjetiva, alguns requisitos ou também chamado de pressupostos, independentemente da qual será adotada, obrigatoriamente devem estar presentes.

O primeiro pressuposto é o ato ilícito. O ato é a conduta do agente, que pode ser através de uma ação ou omissão. Que na responsabilidade contratual está na inadimplência da obrigação e na extracontratual está na violação a um dever legal.

O segundo pressuposto, que está presente apenas na responsabilidade subjetiva, mas podendo estar ou não na contratual ou extracontratual é a culpa do agente em sentido genérico, que como visto, pode-se dividir no dolo, ou seja, na vontade de praticar o ato ilícito e causar um dano, ou na culpa *stricto sensu*, caracterizada através da negligência, imprudência ou imperícia do agente.

Ou seja, na responsabilidade subjetiva, deve haver, necessariamente, o requisito do ato culposos.

Outro requisito da responsabilidade é o dano. Só nasce o dever de reparar civilmente se houver o dano, no qual pode ser um dano material, isto é, a lesão patrimonial que a vítima sofreu.

Com efeito, o ofensor só estará obrigado a indenizar alguém se através da sua conduta causador uma lesão a outra pessoa, seja de cunho material, moral ou estético. Certo é que não existe reparação sem danos, ainda que este seja presumido – *in re ipsa* – em razão da gravidade do ilícito cometido.

O doutrinador Venosa (2003, p. 28) afirma que:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se

corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O dano material divide-se em danos emergentes, considerado o prejuízo imediato e lucros cessantes, considerado aquilo que a vítima deixou de ganhar, lucrar em razão do evento danoso.

Há também o dano moral, qual ocorrerá sempre que houver uma violação aos direitos da personalidade da pessoa que, conseqüentemente, atentará contra a dignidade da pessoa humana, princípio base do ordenamento jurídico. Mas deve ser um dano que, de fato, ofenda a personalidade e não um mero aborrecimento.

Por fim, e não menos importante, é o requisito do liame ou nexos causal, considerando a ligação entre o ato ilícito e o dano. Ora, a lesão sofrida, independente de ser um dano material ou moral, deve ter sido provocado pelo ato ilícito, de modo que não constatada esse vínculo, desaparece o dever de reparar.

Tartuce (2015, p. 369) assim elucida o nexos causal:

O nexos de causalidade ou nexos causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.

Portanto, a responsabilidade civil deverá sempre verificar se houve uma conduta ilícita, seja pela violação a um contrato ou a uma norma legal, bem como se houve dano, seja estético, material ou moral. O dano obrigatoriamente deve ter sido originado do ato ilícito. E não menos importante, verificar se trata de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva, já que conforme sua natureza, deverá ser demonstrado o elemento culpa, expressado pelo evento dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

3. NECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1. Incidência do Código de Defesa do Consumidor: Relação fornecedor x consumidor

A Constituição Federal elevou os direitos e garantias do consumidor a um direito fundamental, assegurando no art. 5º, inciso XXXII que o Estado promoverá a defesa do consumidor mediante lei própria.

Ademais, a proteção ao consumidor também é um dos pilares da Ordem Econômica, na qual o empreendedor, ao exercer o seu direito à livre iniciativa, proteger o consumidor, conforme art. 170, inciso V da Constituição.

Com isto, em 1990 foi promulgada a Lei n.º 8.078 que dispõe sobre a proteção do consumidor, regulando as relações consumeristas, prevendo desde regras de direito material, penal e processual.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor se condiciona a natureza da relação jurídica que será configurada pelos participantes do negócio, necessitando de um consumidor e um fornecedor.

A figura do fornecedor está disciplinada no art. 3 da Lei Consumerista qual prevê que poderá ser tanto pessoa jurídica ou física, de direito público ou privado, nacional ou estrangeira, que disponibilizam no mercado de consumo bens ou serviços seja mediante comercialização, produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição.

Por sua vez, consumidor, nos termos do art. 2º da Lei n.º 8.078 é toda pessoa física ou jurídica que, como destinatário final, adquire ou utiliza produtos ou serviços.

Com efeito, pela leitura literal do dispositivo acima, constata-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria finalista, isto é, considera-se consumidor todo aquele, independente se é pessoa natural ou jurídica, que toma serviços ou produtos para si.

Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 99), asseveram acerca da teoria finalista:

Para os finalistas, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Essa tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do

art. 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º.

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segunda esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.”

Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 101) ainda apontam outra teoria para identificar o consumidor, a teoria maximalista, na qual consumidor é todo aquele que se relaciona com algum fornecedor, não importando se ele será o destinatário do produto ou se irá comercializar o bem, ou empregar em sua atividade econômica.

Já os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2.º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

Porém, a grande dificuldade ou a confusão gerada por esta teoria é que transformaria o Código de Defesa do Consumidor num Código privado geral aplicando a todos os particulares, inclusive empresários, substituindo, assim, o Código Civil e o Direito Empresarial.

Por esta teoria, poder-se-ia aplicar o Código de Defesa do Consumidor entre empresários, o que não é o espírito da legislação consumerista, já que visa proteger o vulnerável, aquele consumidor que adquire para si bens ou serviços de um fornecedor.

Por fim, nos últimos anos, principalmente com a vigência do Código Civil, surge a teoria do finalismo aprofundado, baseada na ideia de um consumidor final imediato com vulnerabilidade.

Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 103) explica essa teoria:

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

Ou seja, pode-se enquadrar como consumidor aquele que adquire produtos ou serviços para sua atividade econômica, porém não tem expertise sobre aquilo que adquiriu.

Com efeito, pode até não ser o destinatário final do bem, o que foi adquirido será empregado em sua atividade, mas não tem conhecimento técnico, jurídico e fático sobre o produto ou serviço, e, assim, é vulnerável perante o fornecedor e, por tal razão, será considerado consumidor por esta teoria.

Não obstante o surgimento de diversas teorias tentando conceituar e enquadrar consumidor, de fato, o que permite aplicar o Código de Defesa do Consumidor é a identificação de um fornecedor de um produto ou serviço e que aquele que adquiriu seja vulnerável, conforme preconiza o art. 4, inciso I do diploma consumerista.

Ou seja, o reconhecimento da vulnerabilidade daquele que adquire produtos ou serviços no mercado de consumo é imprescindível para a configuração da relação consumerista, de modo que vulnerabilidade significa fraqueza, podendo essa inferioridade ser técnica, jurídica e fática sobre o bem.

Portanto, ainda que se estude as diversas teorias de enquadramento do consumidor, se faz indispensável o enquadramento do prestador de serviço ou de quem comercializou o produto como fornecedor e o reconhecimento do adquirente como vulnerável para incidir o Código de Defesa do Consumidor.

3.2. A responsabilidade civil do médico sob a ótica do código de Defesa do Consumidor

Profissional liberal pode ser considerado aquele que exerce sua atividade de forma independente, que tem uma qualidade personalíssima, que presta os serviços em razão de seus próprios atributos pessoais.

Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 192) assim identificam o profissional liberal:

Por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço solitário, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência. É o médico, o engenheiro, o arquiteto, dentista, o advogado.

Já Tarcisio Teixeira (2019, p. 84) reconhece o profissional liberal como: “Profissional liberal é aquele profissional independente que tem curso universitário.”

O presente artigo se limitou a analisar a responsabilidade civil do médico, ou seja, do profissional liberal que atua de forma independente, que

O Código de Defesa do Consumidor, embora tenha previsto a responsabilidade objetiva como regra nos casos de responsabilidade civil, adotou, como exceção, a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, conforme previsão do art. 14, § 4º:

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.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 192) assim define a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais:

O Código, em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Não se introduz sua irresponsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade far-se-á com base no sistema tradicional baseado em culpa. Só nisso são eles beneficiados no mais, submetem-se integralmente, ao traçado do Código.

Ou seja, o médico, por ser um profissional liberal, terá sua responsabilidade civil apurada de forma subjetiva, isto é, analisando ou demonstrando se agiu de forma culposa, se o seu comportamento omissivo ou comissivo foi negligente, imprudente, imperito, ou até mesmo, se agiu com dolo.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná converge neste sentido:

APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais. Atribuição de erro médico ao requerido e, de consequência, responsabilidade ao nosocômio. **Responsabilidade do profissional que é subjetiva. Inteligência do art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.** Responsabilidade do hospital objetiva. Cadeia de consumo. Responsabilidade solidária. Autora que sofria com arritmia cardíaca e distensão abdominal. Exame que evidenciou massa presente no coração, causando o referido sintoma. Ressecção da massa em intervenção cirúrgica, posteriormente encaminhada à exame anamopatológico. Constatada a presença de fios de algodão. Material que era proveniente de outra cirurgia, feita pelo requerido, no hospital réu, para correção de comunicação interatrial. Utilização do fio de algodão, material cirúrgico, para sustentação do pericárdio. Médico que, podendo retirar o material, não o fez, evidenciando negligência. Reação do tipo corpo estranho que causou danos á autora. Dano material não comprovado. Dano moral. Redução. Adequação aos parâmetros da razoabilidade e aos precedentes desta c.câmara em casos análogos. Apelações 1 e 3 parcialmente providas. Apelação 2 desprovida.

(TJPR; ApCiv 1670117-4; Ponta Grossa; Décima Câmara Cível; Rel^a Des^a Ângela Khury Munhoz da Rocha; Julg. 09/08/2018; DJPR 12/09/2018; Pág. 263)

E mais,

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. ERRO MÉDICO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COM UTILIZAÇÃO DE BISTURI ELÉTRICO. QUEIMADURAS DE 2º E 3º GRAUS NO DORSO AXILAR DIREITO. INTERVENÇÃO QUE DUROU SEGUNDOS. RETIRADA DE VERRUGA. FAÍSCA DO ELETROCAUTÉRIO QUE PODE TER ENTRADO EM CONTATO COM O DEGERMANTE UTILIZADO. NEGLIGÊNCIA EVIDENCIADA. O MÉDICO É RESPONSÁVEL PELAS INTERCORRÊNCIAS DURANTE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DEVER DE INDENIZAR DEMONSTRADO. DANOS MATERIAIS. RESTITUIÇÃO DAS DESPESAS QUE APRESENTAM RELAÇÃO COM O OCORRIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS, POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. TÃO LOGO CONSTATADA A QUEIMADURA, FORAM PROVIDENCIADOS TODOS OS ATENDIMENTOS NECESSÁRIOS À RECUPERAÇÃO DA AUTORA ÀS EXPENSAS DO HOSPITAL. AUSÊNCIA POSTERIOR DE SEQUELAS, À EXCEÇÃO DE CICATRIZ. SENTENÇA REFORMADA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **1. A responsabilidade médica é subjetiva, sendo imprescindível a comprovação da culpa, a teor do art. 14, § 4o, do Código de Defesa do Consumidor, em uma de suas três modalidades (imprudência, negligência ou imperícia).** 2. A responsabilidade dos hospitais e clínicas, bem como os demais estabelecimentos de saúde que são prestadores de serviços, está regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que a lei é expressa no sentido de que a responsabilidade médica empresarial é objetiva, apenas mantendo a regra da culpa para a responsabilidade pessoal do profissional. 3. Caracteriza-se o dano moral como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (CAHALI, Y. S. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 20). 4. É assente na jurisprudência a possibilidade de cumulação de danos morais e estéticos, fixando-se indenizações autônomas para cada um deles, na esteira do que preconiza a Súmula de nº 387, editada pelo

e. Superior Tribunal de Justiça. 5. A indenização por dano moral deve ser arbitrada de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, entre as quais, a natureza da lesão, suas consequências, o grau de culpa, as condições financeiras das partes, devendo, ainda, atender a dupla finalidade, punitiva/educativa e compensatória, porém, sem causar o enriquecimento indevido.

(TJPR; ApCiv 1656251-9; Porecatu; Décima Câmara Cível; Rel^a Des^a Ângela Khury Munhoz da Rocha; Julg. 14/12/2017; DJPR 14/02/2018; Pág. 122)

Ou seja, a responsabilidade civil do médico, justamente por ser um profissional liberal, é subjetiva, imprescindível, portanto, a comprovação da culpa, seja por motivos de imprudência, negligência ou imperícia ou dolo.

Por conseguinte, deverá o consumidor, paciente, demonstrar a culpa do profissional liberal, isto é, comprovar que o médico foi negligente, imprudente, imperito, já que lhe cumpre o ônus constitutivo dos seus direitos, o que nem sempre é tarefa fácil.

3.3. Requisitos autorizadores para Inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova, enorme revolução garantida pelo Código de Defesa do Consumidor, permite ao juiz, constatando os requisitos autorizadores, determinar que cabe ao fornecedor a comprovação ou que as alegações do consumidor não correspondem ao alegado ou que prove em contrário as assertivas do cliente.

E os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova são a verossimilhança das alegações do Autor e a hipossuficiência, não necessitando a cumulatividade dos requisitos, bastando a constatação apenas de um desses dois requisitos, conforme leitura do art. 6º, inciso VIII, abaixo reproduzido:

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;

Por verossimilhança, entende-se que há plausibilidade nas alegações do consumidor, que os fatos narrados pelo cliente, no caso médico o paciente, está revestido de uma certa razoabilidade, autenticidade está corroborada com os documentos trazidos no processo.

Humberto Theodoro Junior (2017, p. 441) assim define o requisito de Verossimilhança:

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias da experiência” (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor.

A hipossuficiência indicada pelo Código de Defesa do Consumidor refere-se a questões técnicas, isto é, o consumidor é hipossuficiente, carente tecnicamente em relação ao fornecedor.

Não possui as mesmas condições, não é especialista, não é perito no assunto igual ao fornecedor, por isso a inversão para que se tenha igualdade entre as partes envolvidas.

Rizzatto Nunes (2018, p, 870) aponta que a hipossuficiência abrigada pela lei Consumerista é a técnica, conforme ensinamento:

Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço de sua propriedade, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e do dano, das características do vício etc.

Rizzatto Nunes (2018, p, 870) ainda conclui: “Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais ‘pobre’.”

Se não uma pessoa abastada, que tenha um bom padrão de vida, ainda que esteja na qualidade de consumidor, tenha adquirido produtos ou serviços de um fornecedor, não poderá ter a facilitação da inversão do ônus da prova simplesmente porque possui condições financeiras. Ou seja, o Código protege o consumidor, e não a capacidade econômica do cliente.

Verificada a presença de um dos requisitos ou de ambos, verossimilhança ou hipossuficiência, deverá o juiz inverter o ônus da prova. Ou seja, é uma imposição do Código Consumerista, e não uma mera faculdade.

Assim converge Rizzatto Nunes (2018, p. 869)

Vale dizer, *deverá* o magistrado determinara inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

O posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná é neste caminho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de indenização por danos morais e estéticos. Erro no procedimento odontológico. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva do hospital. Responsabilidade subjetiva do médico/profissional liberal. Inversão do ônus da prova. Hipossuficiência técnica da autora. Presença de verossimilhança das alegações. Redistribuição do onus probandi também autorizada pelo art. 373, §1º do cpc/15. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR; Ag Instr 1737203-3; Londrina; Décima Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Carlos Henrique Licheski Klein; Julg. 01/03/2018; DJPR 12/03/2018; Pág. 130)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SANEADOR. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO SUBJETIVA E DO HOSPITAL OBJETIVA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. O médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Do mais, a responsabilidade da clínica/hospital é objetiva, logo, não se confunde com a do médico profissional liberal. Isso Agravo de Instrumento nº 1.666.081-0 fls. 2ESTADO DO PARANÁ PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA porque a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais não pode ser estendida a outros prestadores de serviços, afinal decorre de uma exceção prevista no regramento consumerista, devendo ser interpretada restritivamente. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR; Ag Instr 1666081-0; Curitiba; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Coimbra de Moura; Julg. 03/08/2017; DJPR 10/08/2017; Pág. 212)

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Erro médico. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva do hospital. Responsabilidade subjetiva do médico/profissional liberal. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Hipossuficiência técnica da autora. Presença de verossimilhança dos fatos alegados. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJPR; Ag Instr 1597338-5; Curitiba; Décima Câmara Cível; Relª Juíza Conv. Luciane Bortoleto; Julg. 27/04/2017; DJPR 12/06/2017; Pág. 355)

Nas relações médicas, a inversão do ônus da prova é de suma importância, imprescindível para que o paciente, no caso consumidor, possa defender seus direitos em juízo e, com isto, alcançar uma eventual reparação civil por um ato ilícito cometido pelo médico, prestador de um serviço.

A inversão do ônus da prova visa assegurar uma paridade de armas, assentar uma igualdade processual entre os litigantes a fim de facilitar a defesa dos direitos do consumidor em juízo.

Constatada a presença dos requisitos, o juiz inverte o ônus da prova justamente para permitir uma isonomia entre consumidor e fornecedor, que, por si só, está em posição desigual, justamente por sua vulnerabilidade.

Diversas ações médicas são julgadas improcedentes por não conseguirem demonstrar a culpa do profissional da saúde, por não conseguir comprovar a imprudência, imperícia ou negligência do prestador de serviço.

Por sua vez, a inversão do ônus da prova não pretende desincumbir a parte de constituir a sua prova, de demonstrar suas alegações, mas de impor ao prestador de serviço, no caso o médico, de que agiu com diligência, que foi prestativo, agiu com zelo, adotou as boas técnicas da medicina, que fez aquilo que estava ao seu alcance.

É isto que a inversão do ônus da prova pretende nas reparações civis médicas, de que o profissional também tenha que comprovar o seu comportamento correto e lícito.

Não obstante o presente trabalho analisar a responsabilidade do profissional da saúde a luz do Código de Defesa do Consumidor, cumpre registrar que o atual Código de Processo Civil prevê a distribuição do ônus da prova pelo magistrado.

Em regra, por força do art. 373 do Código de Processo Civil, cabe ao Autor provas os fatos constitutivos de seu direito e ao réu fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Essa previsão é denominada como distribuição estática do ônus da prova.

Contudo, a inovação do § 1º, do art. 373 do diploma processual permite que o juiz, mediante peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o ônus estabelecido no *caput*, ou uma das partes tiver maior facilidade na produção de sua prova, estabeleça o ônus a cada um dos litigantes diversos do previsto da distribuição estática.

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.

Essa permissão ao magistrado estabelecer o ônus da prova a cada uma das partes é denominada por Elpídio Donizetti (2015, p.301) como distribuição dinâmica do ônus da prova.

Acerca deste novo regramento processual de distribuição do ônus da prova, Nelson Nery (2018 p, 1153) leciona:

A regra geral do sistema probatório brasileiro, é a distribuição *legal* do ônus da prova entre o autor (fatos constitutivos de seu direito) e o réu (fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor), consoante determinam o CPC 373 I e II. O texto normativo indicou,

timidamente, tendência em adotar a inversão do ônus da prova pela técnica do *ônus dinâmico da prova*: terá o ônus de provar aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo, conforme inversão determinada por decisão judicial fundamentada. Como se trata de exceção à regra, não se comporta interpretação ampliativa e deve ser aplicada com redobrada cautela.

Luiz Guilherme Marinoni (2018, p, 506) também explica referida previsão, assim doutrinando:

De outro lado, o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo, tal como ocorre na previsão do art. 373, § 1º, CPC. Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro.

Contudo, a inovação do § 1º, do art. 373 do diploma processual permite que o juiz, mediante peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o ônus estabelecido no *caput*, ou uma das partes tiver maior facilidade na produção de sua prova, estabeleça o ônus a cada um dos litigantes diverso do previsto comumente.

Portanto, a inversão do ônus da prova nas ações que envolvam reparações civis por erro médico, é medida de extrema relevância a fim de garantir uma isonomia processual entre fornecedor e consumidor, impondo ao médico que demonstre que agiu com zelo, com prudência, com diligência, pois, em regra, impor a produção da prova apenas ao paciente pode acabar obstando defender seus direitos em juízo.

4. CONCLUSÃO

Fica evidente que o erro médico é um assunto bastante polêmico e que possui o potencial de despertar um grande interesse na sociedade, principalmente por gerar uma alta demanda judicial na busca pela responsabilização do médico que comete o erro, além disso, esse erro traz consigo um dano ao paciente, e é nítido que o paciente sofre dificuldades em provar tal dano, por isso, a necessidade da inversão do ônus da

prova se faz presente, ainda mais que nesta relação entre o binômio médico-paciente é clara a necessidade de um instituto que traga igualdade para esta relação.

E levando em consideração que a responsabilidade civil médica, por se tratar de um profissional liberal, é subjetiva, sendo definida por meio da presença do elemento culpa, ou seja, deve ser constatada a imprudência, imperícia ou a negligência para que seja caracterizada a responsabilidade do médico e com isso o seu dever de indenizar.

No entanto, para um paciente provar algum desses requisitos é difícil, pelo fato de que para apresentar algum documento que possa comprovar tal dano se encontra inacessível, tendo em vista que na maioria dos casos, apenas o médico possui tais documentos. Desta forma, fica evidente a necessidade da inversão do ônus da prova, fazendo com que o médico seja o responsável por apresentar que agiu tomando todas as medidas necessárias para que o dano não ocorresse.

Portanto, é necessário que o juiz faça a inversão do ônus da prova, pois somente assim, o paciente poderá defender os seus direitos em Juízo, justamente por ter uma igualdade processual entre o paciente e o médico, na qual o médico deve demonstrar quais foram as suas ações no caso em Juízo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** / Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 6. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. – 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil.** 22^o ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código civil anotado.** – 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo : Saraiva, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado** (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa dentre o novo CPC e o CPC/73. – São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso didático de direito civil.** – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: responsabilidade civil /** Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Felipe Peixoto Braga Netto – 3. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. – 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, 11^a ed. São Paulo : Forense, 1997.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil.** v. 4., 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil Comentado /** Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado.** – 17. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão.** Disponível em: < <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oupublica.pdf>>. Acesso em: 21 de jan. de 2023.

PIRES, Sandra Regina. **Dignidade da pessoa humana, poder público e pobreza.** <https://sandrapires3.jusbrasil.com.br/artigos/121941293/dignidade-da-pessoa-humana-poder-publico-e-pobreza?ref=serp>. Acesso em: 25 de fev. de 2023.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. – Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil. Responsabilidade Civil**. v.4. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2008

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. – Rio de Janeiro : Forense, 2008.

SOBRAL PINTO, Cristiano Vieira. **Direito civil sistematizado**. – 5.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 2 : direito das obrigações e responsabilidade civil. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado** : doutrina, jurisprudência e prática. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. v. III, t. II. Rio de Janeiro : Forense, 2003

_____. **Direitos do consumidor**. – 9. ed. ref., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Responsabilidade civil**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p. 2-5. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 – 2014.

Recebido em: 22/03/2023.

Aprovado em: 30/04/2023.