

Responsabilidade civil médica

Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica

ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de prova. Verdade material. Visão publicista do processo. 3. Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo. Distribuição do ônus da prova. 4. Teoria da inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor. 5. Teoria da carga probatória dinâmica. Definição. Caracterização. Incidência. Efeitos. 5.1. Sistema de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica. Vantagem. Fundamento jurídico. Advertência de procedimento e regra de julgamento. Limites para sua aplicabilidade. 5.2. Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Introdução

As ações de indenização por culpa médica são entranhadas por questões complexas de direito material e processual de difícil superação e solução. O desafio maior dos operadores do Direito nessa espécie de demanda é operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta profissional do médico no caso concreto. A questão é tormentosa, porque envolve necessariamente uma análise apurada do comportamento profissional do médico e os efeitos daí decorrentes à luz da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento ministrado. Nesse contexto problemático, apresentam-se em juízo as partes litigantes.

De um lado, o paciente lesado que, muitas vezes, não tem conhecimento sequer da técnica empregada pelo médico para o tratamento realizado. É também leigo na ciência médica. É ainda fragilizado pela doença ou pelas consequências do tratamento dispensado. Seus meios probatórios são normalmente insuficientes para a comprovação efetiva da ilicitude

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues é mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade Clássica de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Pós-graduado em Direito Civil. Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso do Sul.

do comportamento do profissional médico e da sua culpabilidade. Além disso, o paciente é a parte processual encarregada legalmente pelo sistema, nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, de comprovar todos os pressupostos fáticos necessários para o acolhimento da sua pretensão indenizatória, tornando a instrução probatória um calvário destinado quase sempre ao insucesso.

Do outro lado da relação processual, o profissional médico tem contra si a imputação de ter provocado um dano no paciente lesado por seu comportamento ilícito e culposo no exercício desta atividade. Ocorre que o médico tem como objeto de atuação profissional o corpo humano e toda a sua decorrente complexidade. Sua atividade sempre está sujeita a riscos que escapam de seu controle, por mais perfeita que seja sua atuação. O resultado de qualquer tratamento é sempre dependente do fator reacional e pessoal do paciente. Diante disso, é injusta a imputação de culpa pela não obtenção do resultado esperado ou almejado.

Nesse quadro, ganha grande destaque a questão do sistema probatório nas ações de responsabilidade civil médica. Por ser a responsabilidade civil por culpa médica um regime especial de reparação dos danos, pela complexidade do direito material litigioso, existe também, como consequência inevitável, um reflexo dessa dificuldade no campo processual, notadamente durante a fase de instrução probatória e, sobretudo, na distribuição do ônus da prova.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar a questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por culpa do médico.

2. Conceito de prova. Verdade material. Visão publicista do processo

Provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado previamente por qualquer das partes, a fim de influenciar na formação da convicção do juiz para a solução do caso concreto e, assim, ver atendida a pretensão ou a resistência formulada em juízo (processo).

Constitui, portanto, nos termos da doutrina de Rui Manuel de Freitas Rangel, a qual se acolhe, um conjunto de atividades destinadas a demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que foram trazidos para o processo pelas partes, e que tem como finalidade a formação da convicção íntima do julgador, portanto, com capacidade de influenciar o julgamento da causa (RANGEL, 2006, p. 20).

No curso do processo, a prova ganha importância porque é a atividade processual destinada a buscar a verdade material dos fatos controvertidos alegados pelas partes. No espaço da responsabilidade civil médica, são

objeto de prova todos os fatos alegados pelas partes que guardam pertinência com os pressupostos legais necessários para a configuração do dever de indenizar – ou seja, com o fato, a ilicitude, a culpabilidade, o nexo de causalidade e o dano, bem como todos os fatos alegados para excluir ou limitar a responsabilidade civil do médico. Não se olvida que a fase instrução probatória de uma ação de indenização por culpa médica é, por excelência, complexa e de difícil realização. Normalmente, os fatos alegados são extremamente técnicos, alheios ao âmbito de conhecimento comum.

Conforme a doutrina de Rute Teixeira Pedro (2008, p. 152-160), os termos e a linguagem utilizada na seara médica são específicos e próprios, e seu conhecimento é restrito normalmente aos profissionais da saúde. A comprovação da infração das regras da ciência médica pelo profissional é de difícil caracterização. A conduta culposa do médico por violação do dever objetivo de cuidado, caracterizadora do pressuposto da culpa necessária para configuração do dano, depende, na grande maioria dos casos, da prova pericial, cuja realização também é problemática dada a falta de profissionais disponíveis para a realização do serviço, o custo de sua realização e o espírito corporativo que impera no âmbito das entidades profissionais de classe.

Toda essa complexidade probatória tem como consequência inevitável a constatação irrefutável de que as ações de responsabilidade civil por culpa médica são demandas que, normalmente, se prolongam no tempo por exigir uma série de atividades instrutórias para a comprovação dos fatos técnicos alegados, tornando espinhoso o caminho traçado até o necessário amadurecimento das questões de fato, imprescindível para a prolação da decisão final pelo magistrado.

Diante disso, o aspecto central da atividade probatória nas ações de responsabilidade civil

por culpa médica guarda pertinência lógica com a questão de saber qual das partes é responsável pela produção da prova de um determinado fato e qual a consequência da falta da prova para o julgamento final da querela. Surge, então, a necessidade de se analisar o instituto jurídico do ônus da prova na ação de responsabilidade civil por culpa médica.

3. Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo. Distribuição do ônus da prova

O ônus consiste num imperativo imposto ao próprio interesse da parte (VALLEJOS, 2008, p. 455). É um poder que atua dentro da esfera de liberdade do indivíduo, cujo exercício é uma faculdade imposta como condição para a obtenção de uma determinada vantagem processual.

Em termos de Direito Probatório, ônus tem o mesmo significado de carga da prova. Para Ivana Maria Airasca (2008, p. 129), a carga da prova pode ser definida como a faculdade que se concede às partes de provar, em seu próprio interesse, os fatos que fundamentam sua pretensão ou exceção. É o poder ou a faculdade de executar livremente um ato previsto em uma norma jurídica em benefício próprio, sem coação, mas cuja inexecução acarreta a perda de um benefício, ou de uma chance. Assim, não se pode obrigar ninguém a fazer a prova. Entretanto, a consequência da falta da prova é a desconsideração, pelo julgador no momento de proferir a sentença, do fato afirmado pela parte que não o comprovou. O risco é, portanto, da parte que tem o interesse na realização da prova.

As regras sobre o ônus ou carga da prova estão dirigidas tanto para as partes (ônus da prova subjetivo) quanto para o juiz (ônus da prova objetivo).

Como regra de conduta para as partes, o ônus probatório impõe a faculdade de que as

partes dispõem de provar os pressupostos fáticos que invocam como fundamento de suas respectivas pretensões, defesas ou exceções. Em outras palavras, deve fazer a prova do fato controvertido alegado em juízo para não sofrer o risco de um resultado desfavorável em caso de não formação da convicção do julgador como consequência da prova frustrada ou não realizada. É o aspecto subjetivo (concreto) do ônus da prova; logo, direito processual ligado à atividade probatória das partes.

No tocante ao ônus probatório como regra de julgamento para o juiz, aplica-se a medida como solução para o deslinde da lide nas hipóteses em que o julgador, transcorrida toda a instrução probatória realizada, não se convencer sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes, ante a ausência de produção de provas sobre determinado fato relevante e controvertido ou por sua obscuridade, impondo-se ao juiz o dever de solucionar a lide segundo uma regra de julgamento pré-determinada. Assim, como ao juiz não é permitido escusa no julgamento da causa (*non liquet*), ou seja, o julgador não pode se abster do julgamento por não formação de sua convicção pessoal, restará como medida subsidiária o dever de aplicação da regra abstrata legalmente prevista para solucionar o entrave em desfavor da parte que tinha o encargo da prova do fato alegado e não o fez a contento, com o conseqüente acolhimento da pretensão da parte contrária que estava desincumbida do ônus probatório necessário. É o aspecto objetivo (abstrato) do ônus da prova; assim, direito público ligado à atividade jurisdicional estatal.

No regime jurídico brasileiro, a distribuição do ônus da prova está regulamentada pela regra legal estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil. Trata-se do acolhimento da teoria de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, ao passo que a parte

demandada tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Desse modo, a distribuição do ônus da prova entre autor e demandado é realizada segundo a natureza dos fatos invocados e tem como substrato o princípio da igualdade, pois o encargo de alegar e provar distribui-se entre as partes na medida em que estas adquirem suas respectivas pretensões. Para essa teoria, é imprescindível a classificação dos fatos para a distribuição do ônus da prova. O autor tem a incumbência de fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito. O réu tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

No âmbito da responsabilidade civil médica e segundo a distribuição do ônus da prova estampada pela regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, é de incumbência do paciente lesado a prova de todos os pressupostos fáticos necessários para configuração do dever de indenizar, ou seja, fato, ilicitude, culpabilidade, dano e nexos de causalidade. Esse encargo é penoso e, muitas vezes, conduz à improcedência do pedido.

Logo, o modelo legal para a distribuição do ônus da prova adotado pelo sistema jurídico brasileiro, baseado na natureza dos fatos alegados, como qualquer outro dos critérios legais existentes, mostra-se insuficiente para abarcar adequadamente todos os casos submetidos a julgamento, especialmente, na questão da responsabilidade civil médica.

4. Teoria da inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor

A regra da distribuição do ônus da prova é, em geral, estática. Assim sendo, disciplinada pela lei a distribuição do encargo probatório aos litigantes, impõe-se às partes obediência

ao comando legal, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis que surgem pela falta ou insuficiência de prova para o julgamento da demanda, em especial o não acolhimento da pretensão pelo juízo.

Ocorre que, por alguma disposição legal, essa regra geral da distribuição do ônus probatório pode ser alterada, modificada. É a chamada e conhecida inversão do ônus da prova, que ocorre quando não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do fato o ônus de demonstrar a verdade, mas, sim, sobre a contraparte, que então terá a incumbência de provar o fato contrário (RANGEL, 2006, p. 188).

A inversão do ônus da prova implica, necessariamente, uma presunção legal. Invertido o ônus da prova, presume-se provado o fato que sustenta o pressuposto fático favorável à parte beneficiada pela inversão. Logo, a parte que, em tese (pela regra geral), tinha o ônus da prova, fica desonerada, dispensada desse encargo. De outro lado, a parte que, pela regra geral, não tinha qualquer ônus probatório em relação a esse pressuposto, agora tem o encargo exclusivo de provar o fato contrário.

Segundo Manuel Rosário Nunes (2007, p. 34-35), a inversão do ônus da prova, mais que facilitar o ônus probatório cuja incumbência é do lesado paciente, acarreta uma verdadeira dispensa do encargo de demonstrar a culpa do lesante, recaindo sobre este (lesante) a demonstração de que agiu sem culpa, cabendo fazer a prova do contrário.

Só existe legitimidade para inversão do ônus da prova em situações previstas em lei. A inversão do ônus da prova não é uma medida aleatória do juízo. Seu âmbito de incidência é limitado em casos ou hipóteses também previstos pela lei.

No Brasil, a única regra do Código de Processo Civil (BRASIL, 1990) que autoriza a inversão do ônus da prova é a que dispõe sobre a

convenção válida entre as partes, nos termos do parágrafo único do artigo 333. Sistemáticamente, existe também a inversão do ônus da prova por força do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Partilha-se do entendimento de que a mera dificuldade do encargo probatório, por maior que seja para a parte onerada, por si só, não justifica a inversão do ônus da prova por determinação judicial¹.

Em face desse enquadramento da inversão do ônus da prova, pode-se dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe um sedimentado entendimento doutrinário² e jurisprudencial³ que sustentam a aplicabilidade do CDC na relação jurídica mantida entre o médico e o paciente.

Para tanto, considera-se o CDC como o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica. Para essa ilação, o raciocínio é singelo: o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final. A relação jurídica entre ambos, portanto, é de consumo. Ainda, existe uma referência em relação à responsabilidade civil pessoal do profissional liberal, expressa nos termos do § 4º do artigo 14, ao dispor que será apurada mediante a verificação de culpa.

¹No Brasil, existe um movimento doutrinário e jurisprudencial assentado na ideia de inversão do ônus da prova sem autorização legal, amparada pela dificuldade do encargo para a parte onerada. Nesse sentido, ver: MARI-
NONI, 2009. Também: ARENHART, 2009. Em Portugal, é amplamente dominante o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a simples dificuldade probatória não é suficiente para justificar a inversão do ônus da prova.

²TEPEDINO, 2006, p. 117; SANSEVERINO, 2007, p. 201; NUNES, 2007, p. 222-233; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 391; VENOSA, 2003, p. 92; GONÇALVES, 2010, p. 257; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2003, p. 233; RIZZARDO, 2005, p. 337; LOPES, 2004, p. 111; BARBOZA, 2005, p. 79;83.

³Entre outras: Superior Tribunal de Justiça (STJ), *Recurso Especial nº 1.216.424-MT*, julgamento em 09.08.2011, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi e *Recurso Especial nº 986.648-PR*, julgamento em 10.05.2011, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Fonte: www.stj.jus.br.

Logo, nos termos do CDC, a responsabilidade pessoal do profissional liberal é subjetiva.

Em relação à distribuição do ônus da prova, o CDC dispõe, como medida de proteção, a tutela geral da inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso VIII.

Com base nessas premissas, conseqüentemente, segundo parte da doutrina⁴ e da jurisprudência brasileira⁵, é possível compatibilizar a regra da responsabilidade civil subjetiva do médico, consubstanciada no pressuposto da culpa (artigo 14, § 4º), com a regra da inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII), presentes os requisitos legais necessários (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência técnico-econômica).

Nesse quadro, o paciente lesado, autor da ação indenizatória, fica excluído do encargo de provar a culpa do médico no caso concreto, ou seja, presume-se que o médico agiu com culpa para a produção do dano objeto de indenização. Durante a instrução processual, o paciente não tem o ônus de produzir prova da culpa do médico, nada contribuindo, nesse sentido, para a formação da convicção do julgador.

De outro lado, o encargo probatório da contraprova é exclusivo do profissional médico. Cabe a ele, portanto, demonstrar, durante a instrução, que não agiu com culpa para a produção do resultado danoso ou que o evento lesivo teve como causa um fator estranho à sua conduta profissional.

A questão que se levanta nessa matéria é analisar, de forma isenta e sem os arroubos de paixão que o CDC provoca na doutrina e jurisprudência brasileira, se o paciente pode realmente ser equiparado a um consumidor para fins de incidência do referido Código.

E, nessa importante problemática, entende-se que não. O CDC foi previsto pela Constituição Federal para a atuação na defesa da ordem econômica no âmbito do mercado de consumo, que se caracteriza por questões de caráter meramente econômico, em que se pressupõe a busca do lucro, amparado em pressuposto de resultado exato e seguro. O empreendedor do livre mercado de consumo assume riscos porque sua atividade é vantajosa. Quem aufera lucros de uma atividade vantajosa assume, em contrapartida, todos os riscos dessa atividade, respondendo integralmente pelos danos eventualmente causados, razão pela qual

⁴LÔBO, 2010, p. 389-398; ZULIANI, 2010, p. 399-432; SANSEVERINO, 2010, p. 203.

⁵Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS): *Apelação 70009752353*, de 14.09.2004, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana. Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE): *Agravo 0183584-9/02*, de 26.08.2009, Relator Desembargador Jovaldo Nunes Gomes. Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR): *Apelação 0703438-0*, de 07.04.2011, Relatora Rosana Amara Girardi Fachin; *Agravo 0746104-3*, de 12.05.2011, Relator Desembargador Arquelau Araújo Ribas. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC): *Agravo 2010.009755-4*, de 30.09.2010, Relator Luiz Carlos Freyesleben.

toda a estrutura da responsabilidade civil no arcabouço jurídico do CDC está centrada na responsabilidade objetiva.

O médico, em contrapartida, é um profissional da saúde. O mercado de atuação é assistencial, ou seja, labora em favor do paciente, tendo em vista a garantia de um direito absoluto à saúde. O serviço médico não se confunde com prestação econômica em sentido estrito. O exercício da medicina não tem, como fim central, a busca do lucro, mas, sim, a cura da doença ou sua prevenção. O risco da atividade médica é decorrência do estado natural e pessoal do paciente, inerente à sua condição de pessoa humana, carente de tratamento profissional. O risco da atividade não se reverte em favor do médico; ao contrário, torna sua atuação muito mais complexa, porque especializada e sujeita a fatos que, naturalmente, são imprevisíveis e incontroláveis. O objeto sobre o qual recai a atividade médica é o próprio corpo das pessoas. Por consequência, a responsabilidade decorrente da atuação do médico é dependente de seu comportamento profissional, de sua conduta. Daí a importância do pressuposto da culpa, caracterizada pelo dolo ou negligência. A responsabilidade, portanto, é subjetiva.

O mercado de consumo existe entre agentes econômicos, que estão subordinados às leis de mercado. O regime jurídico é o do disposto nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal, sob o título “Da Ordem Econômica e Financeira”. O profissional médico está sujeito ao mercado assistencial, subordinado às regras dadas pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, que têm relação com a Ordem Social.

Mercado de consumo não se confunde com mercado assistencial. São ontologicamente distintos. Na relação de mercado de consumo, o fornecedor não pode, por razões legais e situações lícitas, negar a efetuação do negócio na eventualidade de o consumidor

aceitar a oferta do produto ou do serviço oferecido e disponibilizar a retribuição necessária (pagamento). Ou seja, o fornecedor não pode negar a venda do produto ou serviço oferecido ao mercado. Na relação de assistência médico-paciente, o profissional está autorizado, com exceção de casos de urgência e iminente perigo de morte, a negar atendimento por questões de ordem pessoal e profissional. No mercado assistencial, assim, pode ser legítima a negativa do profissional liberal médico em realizar o atendimento, por razões éticas ou por não dominar determinada especialidade, por exemplo.

Também não se confundem pacientes com consumidores, por terem realidades objetivas distintas: os serviços médicos são prestados por necessidade (doença ou prevenção) ou conveniência (estética), gerando obrigação *intuitu personae*, que se diferenciam caso a caso pelos riscos particularizados dos pacientes, pelas distintas expectativas de resultado e pelas circunstâncias subjetivas de cada paciente. O consumidor, ao contrário, adquire o bem ou o serviço por conveniência, de forma voluntária, para satisfação de uma expectativa pessoal (FARAH, 2010, p. 370).

Ainda na mesma linha argumentativa, torna-se imperioso ressaltar, como reforço, que o legislador, ao definir a figura do fornecedor nos termos do artigo 3º do Código, o conceituou como qualquer pessoa, física ou jurídica, que, de forma habitual e mediante desempenho de atividade mercantil ou civil, realiza atos de colocação de produtos ou serviços à disposição do consumidor.

Também nessa linha, no § 2º do artigo 3º, o legislador foi mais longe em relação a certos tipos de serviços representativos de atividades específicas, para expressamente nominá-los como inseridos no mercado de consumo e, portanto, sob a égide de incidência do CDC. Nesse sentido, considerou expressamente como

serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, “inclusive, as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Quer isso dizer, portanto, que o CDC considerou como serviço, de forma genérica, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Além disso, de forma específica, o Código considerou inseridas no mercado de consumo as atividades de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária. Em relação à atividade do profissional liberal, em especial para o médico, o legislador foi totalmente silente na definição legal. E foi silente justamente porque não considerou a atividade específica do médico como inserida no mercado de consumo⁶.

Por todas as razões anteriormente expostas, acrescidas pelo fato de que, conforme exposto por Miguel Kfoury Neto (2010, p. 43), em nenhuma outra atividade profissional o êxito estará sujeito a tantos fatores que fogem por inteiro do controle quanto na medicina, entende-se que o CDC não se aplica à relação jurídica entre o médico (profissional liberal) e o paciente.

Esse entendimento de inaplicabilidade do CDC na relação médico-paciente é também comungado por Rui Stoco (2011, p. 625), que apresenta um argumento interpretativo lógico de ordem formal – portanto, de significativo valor –, no seguinte sentido: o legislador, ao dispor no artigo 14, § 4º, do CDC, que a responsabilidade pessoal do profissional liberal é apurada mediante culpa e, ao mesmo tempo, no *caput* do artigo 14, prever que o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados, teve o propósito deliberado de retirar da regência do Código os profissionais liberais.

Segundo esse entendimento, o qual se acolhe integralmente, a cabeça do artigo estabeleceu a regra geral a ser seguida no estabelecimento da responsabilidade civil; ou seja: a responsabilidade civil do fornecedor prestador de serviço é objetiva. O parágrafo quarto, entretanto, excluiu dessa regra geral os profissionais liberais, de forma deliberada, ao dispor que a responsabilidade civil nesse caso é subjetiva, de modo a remetê-los a outro sistema normativo que também adote como regra geral a responsabilidade subjetiva, ou seja, o próprio Código Civil.

No mesmo sentido, é o entendimento de Jesús Miguel Lobato Gómez (2004), que ainda acrescenta o caráter *intuitu personae* da responsabilidade civil médica, gerada na confiança pessoal, e segundo o qual a atividade médica não se compadece e se compreende com o “tráfego de massa” consumerista, em que todas as prestações são sempre uniformes e impessoais.

⁶ Nesse sentido o escólio de LOBATO GÓMEZ, 2004.

Enfim, diante de tudo o que foi apresentado, a conclusão extraída é que, definitivamente, o paciente não pode ser equiparado ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser o regime legal matriz da responsabilidade civil do médico, conseqüentemente, não se aplica a regra da inversão do ônus probatório em favor do paciente, nos termos do artigo 6º, inciso VIII⁷.

A solução, portanto, para a questão da distribuição do ônus da prova nas demandas de responsabilidade civil do médico passa, necessariamente, pela aplicação da teoria da carga probatória dinâmica.

5. Teoria da carga probatória dinâmica. Definição. Caracterização. Incidência. Efeitos

A teoria da carga probatória dinâmica foi inspirada e reconhecida originariamente pela jurisprudência da Argentina⁸. Sua sistematização dogmática ficou a cargo do processualista Jorge Walter Peyrano, reconhecido no meio acadêmico portenho como o mentor da teoria⁹.

Pode ser definida a teoria da seguinte forma: instrumento processual destinado a dinamizar a regra processual da distribuição do ônus da prova, para casos excepcionais de difícil solução probatória em que o magistrado atua sem a formação efetiva da convicção da verdade dos fatos controversos, constituindo-se em uma pauta de valoração do julgador sobre o material probatório coletado ao longo da instrução processual, atribuindo, em desfavor da parte que tinha as melhores condições fáticas, profissionais, técnicas e econômicas, o encargo de suportar a falta da prova ou a prova deficiente, desacolhendo sua pretensão.

É a carga da prova dinâmica, portanto, o meio processual que fundamenta um juízo valorativo de deslocação e de flexibilização dos efeitos da distribuição do ônus probatório, na hipótese de ausência ou insuficiência da prova necessária para o deslinde da querela. O efeito da

⁷No mesmo sentido de inaplicabilidade do CDC na relação médico-paciente, ver o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP): *Agravo Regimental 1557/05*, de 13 de dezembro de 2005, Relator Desembargador Luiz Carlos. Fonte: www.tjap.jus.br.

⁸O primeiro caso relatado pela doutrina refere-se a um julgamento da Corte Suprema de Justiça, no ano de 1957, referente a uma ação de enriquecimento ilícito de um funcionário público, conhecido como caso “Perón, Juan Domingo” (WHITE, 2008, p. 71).

⁹A doutrina da carga probatória dinâmica foi lançada pelo autor no artigo *Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”*, republicado na obra coletiva *Cargas probatorias dinámicas* (PEYRANO; WHITE, 2008). A doutrina de Pacífico (2011, p. 222-231), sustenta que doutrinas antigas, entre as quais a de Bentham e Demogue, já utilizavam essa técnica para regular a distribuição do ônus probatório. No mesmo sentido é o entendimento de Grande (2005, p. 45). Em termos de responsabilidade civil por culpa médica, segundo Airasca (2008, p. 135), o primeiro caso de aplicabilidade provém de um julgamento em primeira instância do Distrito da cidade de Rosario, confirmado pela Câmara de Apelação em 1978.

não realização da prova ou da sua insuficiência deixa de recair sobre a parte legalmente destinada a realizar a prova, mas que assim não o fez, no curso da instrução, de forma satisfatória por absoluta impossibilidade de fazê-lo, para incidir sobre a outra parte, que estava em melhores condições fáticas, profissionais, técnicas ou econômicas para sua produção – portanto, com possibilidade de realizá-la –; entretanto, assim não o fez, por mera estratégia processual (inércia enquanto a parte contrária não se desincumbe de seu encargo legal).

A teoria da carga probatória dinâmica tinha a intenção de deslocar a rigidez do ônus probando, na sua versão objetiva, para casos específicos e concretos que se destacam pela peculiar dificuldade de produção de provas pela parte onerada, por razões alheias a sua vontade. Portanto, tem incidência nas situações em que a parte encarregada de produzir a prova de fato empenhe todo o esforço necessário possível para sua realização, que ao cabo se mostra inútil pela dificuldade técnica e fática apresentada.

Essa teoria prega, portanto, para sua caracterização, que, diante da situação de dúvida instaurada pela não formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos controvertidos alegados, a valoração do encargo probatório deve recair sobre a parte que disponha das melhores condições técnicas, fáticas, profissionais ou econômicas para a realização da prova, independentemente da posição assumida na relação jurídica processual (autor ou réu) e independentemente da natureza dos fatos alegados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos).

Portanto, a incidência (aplicação) da teoria da carga probatória dinâmica só tem justificativa em casos extremos, ou seja, para aquelas situações em que a tradicional repartição legal do ônus da prova gera consequências claramente inconvenientes, inócuas, injustas para a parte incumbida do encargo. Logo, é amplamente pacífico, na doutrina autorizada¹⁰, que a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica é realizada de forma excepcional, em apenas alguns casos específicos, e sua interpretação é sempre restritiva. A responsabilidade civil do médico, por certo, na grande maioria dos casos, encaixa-se perfeitamente nessa situação especial.

Apesar de gozar de certa autonomia, a teoria da carga probatória dinâmica não existe por si só. Não se aplica a carga dinâmica da prova de forma isolada. Para sua aplicabilidade, não se exclui a regra legal vigente no ordenamento jurídico sobre distribuição do ônus da prova. Ao contrário, a teoria da carga probatória dinâmica convive e complementa a teoria legal da distribuição do ônus da prova, sendo, na verdade, um comando subsidiário que altera a solução final empregada, fundamen-

¹⁰ Por todos, ver: BARACAT, 2008, p. 272.

tada na busca de um valor de justiça para o caso concreto e da igualdade processual entre as partes.

A teoria da carga probatória dinâmica funciona, ontologicamente, como uma regra de juízo, indicativa de como deve decidir o julgador quando não encontre a prova dos fatos sobre os quais deve basear sua decisão, permitindo o julgamento do mérito e evitando o *non liquet*.

Apoiado sobre todo o conjunto probatório realizado pelas partes durante o curso da instrução processual, e permanecendo o estado de dúvida sobre a veracidade dos fatos controvertidos apresentados, o magistrado prolata sua decisão em desfavor da parte que estava em melhores condições para a realização da prova e, mesmo assim, não foi capaz de demonstrar satisfatoriamente a veracidade dos fatos afirmados em juízo.

Portanto, a solução apresentada independe da posição processual das partes e da natureza dos fatos alegados. Também não guarda nenhuma relação com a inversão ou alteração do ônus da prova, impondo a colaboração efetiva do autor e do réu na instrução processual e na busca da verdade material possível.

Esse ponto é fulcral para a compreensão da teoria da carga probatória dinâmica. A adoção da teoria não significa que a parte autora da demanda indenizatória esteja isenta do encargo de produzir prova sobre a culpa do médico ou nexos de causalidade; ou seja, não lhe confere a vantagem de alegar os fatos que consubstanciam sua pretensão e esperar comodamente que a parte devedora (o profissional médico ou hospital) comprove o fato contrário.

A teoria da carga probatória dinâmica impõe a efetiva contribuição das partes para a busca da verdade real, exigindo um comportamento probatório ativo, sob pena de sofrer os efeitos da falta ou insuficiência da prova, com a sucumbência da pretensão.

Somente serão efetivados os efeitos da teoria da carga probatória dinâmica na estrita e excepcional situação de persistir dúvida sobre a veracidade de algum pressuposto fático necessário para a solução do litígio, não obstante os esforços probatórios de ambas as partes para a comprovação dos fatos, pois, se alguma parte assumir um comportamento passivo na instrução processual, não se desincumbindo do encargo de provar os fatos do modo que lhe for possível, sua pretensão não será acolhida por força da regra tradicional do ônus da prova.

Como os efeitos da falta ou insuficiência da prova dos fatos controvertidos alegados em juízo, recaem sobre a parte que se encontra em melhores condições de provar, a questão que surge é saber qual o critério para definir justamente qual das partes está beneficiada por esta posição de superioridade probatória.

Está em melhores condições de fazer a prova de um determinado fato controvertido quem dispõe da prova dos fatos por razões técnicas, profissionais, econômicas ou jurídicas. Quer dizer, apresenta melhores condições de provar quem detém os meios idôneos para produzir a prova, seja por ter o conhecimento técnico e fático necessário para o esclarecimento dos fatos, seja por ter intervindo de forma direta no fato danoso (BARBERIO, 2008, p. 99-102).

Como sua incidência é restringida para casos especiais em que é evidente a supremacia de uma das partes no tocante à possibilidade de realização da prova dos fatos afirmados em juízo, a definição de qual das partes está em melhores condições acaba por ser normalmente intuitiva, natural, notória e de fácil constatação. Para tanto, basta o magistrado valer-se das regras das máximas de experiência que o caso requer.

5.1. Sistema de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica. Vantagem. Fundamento jurídico. Advertência de procedimento e regra de julgamento. Limites para sua aplicabilidade

A aplicabilidade da teoria no caso concreto deve ser realizada conjuntamente com a norma do sistema responsável pela repartição do ônus da prova e sua sistematização ocorre em duas etapas:

Instaurada a demanda, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, cada parte deverá alegar os fatos e produzir a prova dos pressupostos fáticos que embasam a norma legal invocada em seu benefício. Logo, durante toda a realização da instrução probatória, vige a regra tradicional do ônus subjetivo da prova. Cada parte deverá fornecer a prova suficiente dos pressupostos fáticos que corresponde ao seu interesse, à sua necessidade, sob pena de suportar o risco de sua frustração, perdendo a ação.

Ao curso de toda a regular instrução processual, existindo prova suficiente para a formação da convicção do julgador, é proferida a sentença em conformidade com a prova efetivamente produzida pelas partes. Da mesma forma, existindo um comportamento passivo de qualquer das partes, que simplesmente deixou de fazer qualquer prova dos fatos que lhe sejam favoráveis, não obstante a possibilidade de realizá-la durante a instrução processual, sua pretensão será desacolhida com base na regra tradicional do ônus da prova. Do contrário, ao final de toda a instrução processual, pode ocorrer que as partes não tenham produzido suficientemente as provas necessárias para ilidir qualquer dúvida do julgador e formar sua convicção sobre a veracidade dos fatos. Surge, então, a necessidade de decidir com base em algum critério axiológico normativo.

Como consequência, tem início a segunda etapa do procedimento de aplicabilidade da teoria para incidir no caso concreto a carga probatória dinâmica, que consiste em afastar, deslocar, aliviar, flexibilizar, aperfeiçoar, complementar (expressões usadas pela doutrina específica sobre a matéria) a regra de julgamento objetiva do ônus probatório tradicional, para, então, valorar os efeitos da falta da prova em desfavor da parte que tinha as melhores condições no caso concreto de produzi-la e assim não o fez.

Por isso, é unânime o entendimento na doutrina argentina no sentido de que a teoria da carga probatória dinâmica é representativa do aspecto objetivo do ônus da prova. Na verdade, a teoria tem, como efeito prático, servir de norte valorativo sobre os efeitos da falta da prova no caso concreto, ao apontar ou indicar a parte que teve as melhores condições de realizar a prova como a prejudicada na resolução final do processo, com o não acolhimento de sua pretensão deduzida em juízo.

A grande vantagem da teoria da carga probatória dinâmica é impedir que a parte que tenha as melhores condições para realização da prova, por possuir o conhecimento fático e técnico para comprovação da verdade real dos fatos controvertidos, assuma, durante o transcurso da instrução processual, uma atividade passiva e inerte em termos probatórios¹¹.

Isso não é incomum nas lides de responsabilidade civil por culpa médica, submetidas e regidas pelo sistema tradicional do ônus da prova, em que o profissional demandado – designadamente em melhores condições probatórias que o paciente lesado – simples e comodamente aguarda todo o desfecho probatório de um caso de difícil solução, sem nada contribuir para o esclarecimento da verdade dos fatos, uma vez que em princípio o encargo probatório de todos os requisitos legais necessários para o dever de indenizar (fato, ilícito, culpa, nexa causal e dano) é de incumbência do paciente lesado, autor da ação, recaindo sobre si as consequências da não realização da prova.

A teoria da carga probatória dinâmica, assim, tem o condão de proporcionar um esforço probatório recíproco entre as partes para o esclarecimento da verdade real dos fatos. Sua base de fundamentação está assentada no princípio da solidariedade e da cooperação processual. As partes têm o dever processual de colaborar entre si para retirar a verdade dos fatos, bem como cooperar com o órgão jurisdicional para que seja proferida uma sentença justa no caso concreto.

Logo, a teoria está amparada também pela boa-fé processual que deve nortear as condutas das partes durante todo o curso procedimental. Da mesma forma, aproxima os litigantes para uma possível situação de igualdade processual, tornando o equilibrado embate instaurado e o processo justo e equânime, sem a desproporcionalidade de forças originárias que seriam capazes de culminar em um processo formalmente válido, entretanto, com a produção de uma sentença materialmente injusta.

O entendimento da teoria ora desenvolvida está relacionado com a questão do momento lançado pelo julgador para o reconhecimento da aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica no caso concreto. Como a solução ventilada pela teoria da carga probatória dinâmica não tem supedâneo legal, aliado ao fato de que sua aplicabilidade é restrita a casos excepcionais, pressupondo, de um lado, conforme Luis Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 228), que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir a prova de determinado fato ou tenha extrema dificuldade para tanto e, de outro, que a parte adversa tenha relativa facilidade para desincumbir-se de seu encargo probatório, é imprescindível que o órgão julgador, necessariamente antes do início da

¹¹ Nesse sentido, ver a doutrina de TEPSICH, 2008, p. 162-166.

fase probatória, advirta as partes sobre a possibilidade de aplicação da teoria da dinamização da carga probatória no caso concreto¹² (PERYANO, 2008, p. 88-92), quando for proferir a sentença.

É importante ressaltar que a advertência judicial sobre a possibilidade de aplicação da teoria tem a finalidade de evitar qualquer surpresa para as partes com a solução final a ser proferida. Implicitamente, ainda, tem o condão de convocar as partes para adotarem uma conduta processual cooperativa, leal, baseada na boa-fé processual e na busca da verdade real processualmente atingível para o caso concreto, tornando a esfera ambiental do processo a mais propícia possível para um julgamento justo e equânime.

A manifestação judicial de advertência da possibilidade de aplicação da teoria não tem o poder de antever, de forma definitiva, qual das partes está em melhores condições de realizar a prova. É fato que essa conclusão somente será possível após a instrução processual e somente será necessária diante do não convencimento do magistrado sobre a verdade dos fatos controvertidos. Por isso, durante a advertência, nenhum juízo de valor pelo órgão julgador deve ser realizado sobre a capacidade probatória das partes. A advertência é realizada, portanto, de forma simples e genérica. Basta enunciar a teoria.

De outro lado, após a realização de toda a instrução processual e colhida toda a prova produzida em juízo pelas partes litigantes, persistindo a dúvida sobre a veracidade dos fatos relevantes controvertidos e não formada a convicção do julgador para a prolação da sentença, a efetiva aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica tem a natureza jurídica de regra de julgamento.

Assim, é na sentença que o julgador deverá efetivar sua aplicabilidade no caso concreto, valendo-se de seus termos para adjudicar os efeitos negativos da falta ou deficiência da prova em desfavor da parte que estava em melhores condições para a sua realização, não acolhendo sua pretensão deduzida em juízo.

Logo, a teoria da carga probatória dinâmica como procedimento é mera advertência judicial e, como base para o julgamento da demanda, é uma regra de valoração dos efeitos da falta ou deficiência da prova.

Como a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica, em termos dogmáticos, tem efeitos de grande repercussão no âmbito do direito material e processual, e por inexistir uma disposição legal autorizadora de sua incidência no caso concreto, há necessidade de limites

¹² Em sentido contrário, dizendo que advertência sobre a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica não pode ser antecipada pelo órgão julgador (BARACAT, 2008, p. 280-281).

objetivos que tenham como finalidade evitar o uso indiscriminado da solução aventada e impedir qualquer arbitrariedade do órgão julgador.

Como consequência, a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica jamais poderá ser realizada de forma indiscriminada pelo julgador e sem critério de incidência. Como já exposto, seu âmbito de vigência é restrito. Somente para casos de difícil solução probatória, em que uma das partes se encontra em posição de superioridade em termos fáticos, profissionais, técnicos e econômicos para a produção da prova em detrimento da outra parte, é que se legitima sua aplicabilidade pelo operador jurídico. Também seu campo de atuação é restrito para aquele caso em que a regra tradicional objetiva da distribuição do ônus da prova provoque uma situação de patente injustiça no caso concreto, diante das suas particularidades.

Também, como elemento delimitante do uso indiscriminado da teoria, é imprescindível que o órgão julgador expressamente justifique, na sentença prolatada, fundamentadamente, as razões fáticas e de direito que o levaram a imputar as melhores condições probatórias em desfavor de parte, que será sucumbente, em detrimento da outra, que terá, por via indireta, acolhida sua pretensão.

A efetividade dos efeitos da teoria da carga probatória dinâmica incide no resultado do julgamento da demanda, acolhendo a pretensão da parte que estava em pior situação fática, profissional, técnica ou econômica para a produção da prova. Como constitui critério valorativo para o resultado do julgamento da causa, essa decisão está submetida a um regime de efetivo duplo grau de jurisdição e é passível, pois, de reapreciação pelo órgão jurisdicional *ad quem*, por força do efeito devolutivo do recurso adequado a ser interposto.

Diante disso, é importante mencionar, ainda, que a teoria da carga probatória dinâmica

não se confunde ou guarda relação com a teoria da inversão do ônus da prova. É absolutamente necessário afirmar que teoria da carga probatória dinâmica não é inversão do ônus da prova.

Na inversão do ônus da prova, como já exposto, a lei (para os casos expressamente previstos) ou o juiz (para quem defende a possibilidade de ocorrência com base na mera dificuldade probatória) opera-se uma presunção em favor da parte beneficiada consistente na veracidade do fato alegado, desobrigando-a do encargo de fazer qualquer prova em relação ao fato ou pressuposto da norma presumido. Dessa forma, incumbe exclusivamente à parte adversária fazer a contraprova para desconsiderar a presunção estabelecida. Assim, na inversão do ônus da prova da culpa do médico, a parte lesada, credora da relação, fica desobrigada de provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia no caso contrário. Presume-se a culpa. É ônus do médico demandado, portanto, a exclusiva atividade probatória para demonstrar que não agiu com culpa no caso. A formação da convicção da veracidade dos fatos alegados, assim, é feita com amparo em uma única base probatória: a do médico. No caso, quem assume uma posição de inércia e passividade probatória é o paciente lesado. Enquanto o médico não se desincumbir do encargo de demonstrar que não agiu com culpa, o paciente lesado não precisa fazer nenhuma prova dessa culpa.

Na teoria da carga probatória dinâmica, o encargo de realizar a prova é partilhado entre os litigantes. Como inexistente inversão do ônus da prova e incide a advertência de acolhimento da teoria, ao paciente lesado incumbirá o ônus da alegação e da prova de todos os elementos fáticos necessários para o acolhimento de sua pretensão (naquilo que for possível, ou pelo menos indício) e, ao médico demandado, o ônus de demonstrar a contraprova desses fatos.

A formação da convicção da veracidade dos fatos alegados controvertidos, desse modo, é feita com amparo em duas bases probatórias: a do autor lesado e a do médico demandado. Por isso, fala-se em cooperação e partilha do encargo probatório. Por consequência, um prisma melhor para a busca da verdade real. O juiz, assim, tem mais subsídios probatórios para formar sua convicção sobre os fatos e decidir a lide. Somente em última razão e diante do não convencimento sobre a verdade dos fatos é que será lançada a teoria da dinamização do ônus probatório como regra de decisão.

5.2. Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Toda a estrutura da teoria da carga probatória dinâmica está centralizada na justiça do caso concreto. É a busca constante, portanto, de um processo justo e equitativo.

A concepção da teoria da carga dinâmica da prova é sedimentada, portanto, pela efetivação dos direitos fundamentais no âmbito processual. O direito de acesso aos Tribunais, representativo da efetivação da jurisdição, somente estará configurado com a adequada tutela do direito material. O direito à jurisdição não se restringe ao âmbito formal, mas se estende, também, ao direito fundamental a um processo equitativo, que é, na verdade, o direito a uma jurisdição efetiva que conduza a resultados individual e socialmente justos.

Por consequência, a teoria da carga probatória dinâmica encontra guarida no direito fundamental ao processo justo. Assim, diante da excepcionalidade do caso concreto e da injustiça da técnica normativa prevista em lei para a solução do resultado material almejado, o juiz dimensiona o dispositivo legal inadequado à luz dos direitos fundamentais para suprimir ou atenuar sua aplicabilidade, impondo uma

nova técnica que garanta às partes a observância do processo justo. O direito fundamental ao processo justo, equitativo, encontra base constitucional no artigo 5º, XXXV, LIV e LV.

Aliado ao direito fundamental de acesso a um processo justo, ainda na seara constitucional, é importante destacar o valor do direito fundamental do contraditório¹³ e da igualdade substancial entre as partes¹⁴, como supedâneo de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica no sistema jurídico brasileiro.

Nessa esteira, acolhe-se a concepção moderna de contraditório processual, entendida, consoante José Lebre de Freitas (2009, p. 108-109), como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, com a possibilidade real de influenciarem amplamente todos os elementos (fatos, provas, questões de direito) que tenham ligação com o objeto da causa e que sejam, em qualquer fase do processo, potencialmente relevantes para a decisão final. O escopo principal do contraditório deixa de ser a defesa, no sentido de resistência à pretensão alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo do direito, de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

Esse sentido mais lato de contrariedade, representado pelo princípio do contraditório, que expressa participação efetiva dos litigantes no desenvolvimento do processo, também é campo de apoio para a sustentação da teoria da carga probatória dinâmica. Basta perceber que a advertência judicial às partes sobre a teoria tem o efeito indireto de proporcionar um comportamento probatório ativo da parte litigiosa que dispõe das melhores condições para a produção da prova.

¹³No Brasil, o princípio contraditório está positivado na Constituição Federal (artigo 5º, LV).

¹⁴Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

No campo da responsabilidade civil médica, é assente, pelo sistema tradicional do ônus probatório, que o profissional pode assumir uma estratégia processual passiva, permanecendo inerte no tocante à produção da prova, já que, em princípio, o encargo probatório da ilicitude, culpabilidade e nexa de causalidade é do paciente autor.

Assim, não obstante portar as melhores condições para o esclarecimento dos fatos, por dispor dos meios probatórios necessários para a demonstração dos fatos que consubstanciam sua defesa, o profissional médico, simples e comodamente, pode assumir a estratégia defensiva de omitir qualquer meio probatório que lhe é apto realizar, no aguardo de que a parte contrária faça a prova necessária dos pressupostos fáticos para o acolhimento do seu pedido. Esta conduta, não obstante legítima, é processualmente nociva para a busca da verdade material e, por consequência, para o alcance de um resultado substancial justo e equânime para a boa solução do litígio.

Contrariamente, uma vez realizada a advertência sobre a teoria em momento processual anterior à efetiva produção probatória, o profissional médico adquire a incumbência de participar efetivamente da busca da verdade material possível, aportando para os autos todos os elementos probatórios de que dispõe para demonstrar a veracidade das afirmações contidas na sua petição de defesa, contribuindo efetivamente por meio de uma conduta probatória ativa que seja capaz de influenciar decisivamente na solução justa da causa, sob pena de sofrer os efeitos da sucumbência diante do estado de dúvida do julgador acerca da verdade dos fatos.

Em termos infraconstitucionais, o sistema processual não diverge e também encontra substrato normativo apto a acolher a teoria da carga probatória dinâmica.

O artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil é expresso em determinar que, no desenvolvimento do processo, compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento” (BRASIL, 1973). Como já exposto, um dos pilares da teoria da carga probatória dinâmica é justamente a busca pela igualdade substancial entre as partes litigantes.

Nos mesmos termos relacionados aos poderes conferidos ao juiz para o desenvolvimento do processo, é curial consignar, também, a positivação do princípio da livre apreciação das provas, conforme o exposto no artigo 131.

Ainda é imprescindível mencionar que o Código de Processo Civil considera, nos termos do artigo 14, como deveres das partes, expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I) e proceder com lealdade e com boa-fé (inciso II). O poder instrutório do juiz de intervir na produção das provas para a busca da verdade real tem apoio legal na norma do artigo 131 do Código de Processo Civil.

Como a dinamização do ônus probatório somente ocorre no momento de se proferir a sentença, diante da não formação da convicção do juiz sobre a realidade dos fatos e, ainda, por ser um juízo axiológico de apuração da conduta das partes durante a fase instrutória realizada, é imprescindível que as partes sejam advertidas sobre essa dinamização antes da realização da fase processual de instrução do feito. Por conseguinte, no sistema brasileiro, a advertência deverá ser feita no momento da realização da audiência preliminar para saneamento do feito, nos termos do artigo 331, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, com a convocação das partes para um comportamento probatório ativo e cooperativo que busque a efetivação da melhor justiça diante do caso apresentado.

Como regra de julgamento, da mesma forma, a dinamização se opera no momento de prolação da sentença e desde que persista a dúvida sobre a veracidade do fato controvertido imprescindível para a solução da lide.

Em conclusão, perfilha-se do entendimento, salvo melhor juízo, de que a teoria da carga probatória dinâmica é a que melhor enquadra a questão da prova nas demandas de responsabilidade civil por culpa do médico, bem como que referida teoria tem amparo normativo no sistema processual civil brasileiro, por razões constitucionais ou infraconstitucionais, sendo perfeitamente possível e desejável sua incidência e aplicabilidade para os casos de responsabilidade civil por erro médico, desde que preenchidos os pressupostos dogmáticos anteriormente expostos no desenvolvimento do presente trabalho.

A teoria da carga probatória dinâmica representa uma eficaz alternativa dogmática para solucionar a problemática questão da distribuição do ônus da prova nas demandas de responsabilidade civil do profissional médico, pois sua aplicabilidade tem o condão de conferir um tratamento equânime entre as partes litigantes e proporcionar um maior potencial de captação de elementos probatórios aptos a formar o convencimento do magistrado. Por conseguinte, tem como efeito fomentar a justa solução do litígio.

Referências

AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal Culzoni, 2008. p. 125-152.

ALEGRE, Juan Carlos. Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de danos. In: In: _____, _____. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 441-454.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 329-365.

BARACAT, Edgar J. Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y la materia juzgada. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 267-319.

BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinámicas. Qué debe probar el que no puede probar?. In: _____. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 99-107.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. In: _____. *Responsabilidade Civil do Médico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 11.

BRASIL. Lei n. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

_____. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 09-18. dez. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente: reflexões sobre obrigações básicas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 349-387.

FARIA, Jorge Ribeiro de. A prova na responsabilidade civil médica: reflexos em torno do direito alemão. *Revista da FDUP*. Porto: Coimbra Editora, 2004. p. 115-195.

FAURE, Miryam Balestro. La dinámica de las cargas probatorias. Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 321-365.

FERREYRA, Roberto Antonio Vázquez. *Prueba de la culpa médica*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Hammulabi, 1993.

_____. *La responsabilidad civil de los médicos*. Artigo doutrinário retirado do sítio jurídico da Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico – SIDEME. Disponível em: <www.sideme.org>. Acesso: 8 ago. 2014.

FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *A ação declarativa comum à luz do código revisto*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. Reimpressão.

_____. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. Reimpressão.

_____. *Código de processo civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. 2v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 3

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*. 3. ed. Pamplona: Editora Civitas/Thomson Reuters, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil, responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Editorial Juris, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Responsabilidade civil dos hospitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A responsabilidade civil do médico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 607-644. v. 5

LEGUISAMÓN, Héctor E. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 109-124.

LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 387, jul./2004. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/5507>. Acesso em: 5 de mar. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 389-398. v. 5.

LOPES, Teresa Ancona. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef (Coord.). *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____. *O dano estético. Responsabilidade Civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Formação da convicção e inversão do ônus das provas segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 255-268.

MARQUES, Silvina Pereira. La carga de la prueba de la culpa profesional médica. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 479-505.

MARTINS, Joana Graeff. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *Revista de Direito Privado*. ano 10, n. 37, jan./mar, 2009. p. 115.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa. Editora Lisboa, 1961.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 677-724. v. 5.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Pamplona: Editora Civitas /Thompson Reuters, 2011.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Editora Lex Lisboa, 2000.

NUNES, Manuel Rosário. *O ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por actos médicos*. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

_____. *Da responsabilidade civil por atos médicos: alguns aspectos*. Lisboa: Editora Lisboa, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora/Centro de Direito Biomédico, 2008.

PEYRANO, Jorge Walter. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: _____. WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 13-18.

_____. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: _____. _____. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 19-24.

_____. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica. In: _____. _____. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 75-97.

_____. De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa. In: _____. _____. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 169-173.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico. In: _____. _____. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 25-34.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

_____. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência)*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: responsabilidade médica*. Capítulo XXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. v. 4.

RUZAFÁ, Beatriz S. Las cargas probatorias dinámicas en juicio ejecutivo. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 367-403.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova por presunção no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica. In: DIREITO da Saúde e Bioética. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa – Editora Lex, 1996. p. 121-143.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Introgenia e responsabilidade civil do médico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 645-654. v. 5.

_____. Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 815-826.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil. - Direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Método, 2005. v. 2.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Editora Marcial Pons, 2008.

_____. *La prueba de los hechos*. Bologna: Editorial Trotta, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea: temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 153-167.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista dos Tribunais* n. 760, fev. 1999. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 40-48.

VALLEJOS, Juan Carlos. Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales: especial referencia a la culpa médica. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 455-478.

VÁZQUEZ BARROS, Sérgio. *Responsabilidad civil de los médicos*. Valência: Editora Tirant to Blanc, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v. 4.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 35-73.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 399-432. v. 5