

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURICIO PIRES ANASTÁCIO

**A PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR
ERRO MÉDICO**

VITÓRIA
2024

MAURICIO PIRES ANASTÁCIO

**A PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO
POR ERRO MÉDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Vitória, orientado pelo prof. Dr. Carlos Frederico
Bastos Pereira.

VITÓRIA

2024

MAURICIO PIRES ANASTÁCIO

**A PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO
POR ERRO MÉDICO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para graduação no curso de bacharelado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Frederico Bastos Pereira
Faculdade de Direito de Vitória – FDV
Orientador

Prof. (nome)
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

RESUMO

O presente trabalho investiga a prova pericial em ações de indenização por possíveis danos em decorrência dos riscos inerentes à atividade médica. Explora-se a responsabilidade civil dos profissionais de saúde, os critérios para caracterização do erro e a complexidade dos casos médicos. Aborda-se a importância da imparcialidade dos peritos e sua respectiva expertise na área objeto da prova pericial. Conclui-se ressaltando o *standard* probatório utilizado pelo magistrado, nas respectivas ações indenizatórias.

Palavras-chave: Erro médico; danos em em decorrência dos riscos inerentes à atividade médica; responsabilidade civil; prova pericial; *standard* probatório.

ABSTRACT

The present work investigates expert evidence in compensation actions for potential damages resulting from the inherent risks of medical activity. It explores the civil liability of healthcare professionals, criteria for error characterization, and the complexity of medical cases. The importance of the impartiality of experts and their respective expertise in the subject area of expert evidence is addressed. The conclusion highlights the evidentiary standard used by the judge in the respective compensation actions.

Keywords: Medical error; damages resulting from the inherent risks of medical activity; civil liability; expert evidence; evidentiary standard.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 ERRO MÉDICO	09
1.1. CONCEITUAÇÃO E PARTICULARIDADES.....	09
1.1.1. Erro médico x acidente imprevisível.....	10
1.1.2. Erro médico x resultado incontrolável	11
1.2. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ERRO MÉDICO	12
1.2.1. Nexo de causalidade.....	13
1.2.2. Extensão do dano	15
1.2.3. Excludentes da responsabilidade.....	16
1.2.3.1. Responsabilidade exclusiva da vítima ou terceiros	16
1.2.3.2. Força maior e caso fortuito	16
2 PROVA PERICIAL	17
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA PROVA PERICIAL NO	
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	17
2.1.1 Valoração da Prova Pericial.....	19
2.2 PERÍCIA MÉDICA	20
2.2.1. As partes envolvidas na prova pericial médica.....	21
2.2.2. O procedimento para a realização da perícia médica	22
2.3 A PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL	23
2.4. STANDARD PROBATÓRIO.....	24
2.3.1 O que é o Standard Probatório.....	24
2.3.2 Classificações de Standard Probatório.....	25
2.3.3. Standard probatório nas ações de erro médico	27
3. A PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO.....	28
3.1. A PROVA PERICIAL E O CONVENCIMENTO MOTIVADO	29

3.2. ANÁLISE O ART. 375 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	31
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

A intervenção médica vem ganhando extrema relevância nos últimos anos. Seja pelo avanço da medicina no combate às doenças crônicas, o avanço das pesquisas no desenvolvimento de vacinas, ou ainda, no considerável aumento na busca por procedimentos estéticos.

No Brasil, este último ganha ainda mais destaque, isto porque, o país é o terceiro do mundo que mais realiza procedimentos estéticos (G1, 2023). Ainda, somente no ano de 2020, foram realizadas cerca de 13.000 cirurgias plásticas estéticas, segundo levantamento da ABIHPEC (Associação Brasileira da Indústria Brasileira de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos).

No entanto, embora o avanço da medicina tenha trazido progressos significativos para o tratamento e cura de inúmeras doenças, trouxe consigo um aumento na complexidade das intervenções médicas e, conseqüentemente, nos riscos associados a essas práticas.

Ainda que sem culpa do médico, os erros podem acontecer. Isto vem levando a um aumento das demandas relacionadas à responsabilidade civil. Seja por dano material, estético, moral ou até existencial, os pacientes insatisfeitos vêm cada vez mais acionando o judiciário em busca de justiça.

A grande questão é saber quando ocorreu o erro médico ou não. Este questionamento vai muito além das normas de direito ou do conhecimento do homem médico que não é formado em medicina.

A abordagem do erro médico exige uma análise criteriosa não apenas das ações e omissões dos profissionais de saúde, mas também do ambiente e das circunstâncias em que essas práticas ocorrem.

Nesse sentido, as provas periciais vêm ganhando cada vez mais espaço e relevância nestas ações. Juízes têm sido mais dependentes dos laudos periciais elaborados pelos “*experts*”, os quais são decisivos em muitas demandas.

Assim, pode-se chegar a seguinte situação problema: será que a prova pericial, nas

ações envolvendo direito médico, tem um destaque maior sob as demais provas? Isto não feriria o convencimento motivado do Juiz, um dos princípios do código de processo civil brasileiro?

1 ERRO MÉDICO

1.1. CONCEITUAÇÃO E PARTICULARIDADES

O ponto de partida do presente trabalho será analisar o que de fato é o erro médico. Afinal, não é qualquer resultado inesperado que pode ser tratado como “erro”, existem diversas variáveis que possuem o poder de interferir no resultado da medicina. Por isso, faz-se necessário conceituar o “erro médico” e diferenciá-lo de institutos semelhantes, mas que não são sinônimos.

A fim alcançar o objetivo de conceituar o “erro médico”, valiosas são as lições de Genival Veloso de Franca (2020), que em seu livro “Direito Médico” conceituou assim o tema:

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

A partir das lições do autor é possível observar que deverão ser levadas em consideração as condições de atendimento e os meios empregados pelo profissional da área. Assim, poderá atestar se determinada conduta foi negligente, imprudente ou imperita, na hipótese em que veio a causar algum dano à saúde ou vida do paciente.

A fim de deixar mais evidente a explicação, cumpre diferenciar os institutos da negligência, imprudência e imperícia. Para tanto, vale-se dos ensinamentos de Cavalieri Filho (2020, p.49):

A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, por ação. A negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício da atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente.

Ademais, interessantes são as lições de Alessandra Varrone (2022) que enfatiza o

nexo causal a fim de que seja configurada hipótese de erro médico:

Nos casos de maus resultados obtidos com erro médico, deve-se analisar a existência do nexo causal entre o procedimento médico e o dano, o dano em si, além das circunstâncias de atendimento e grau de previsibilidade do médico em produzir o resultado.

Aliás, é questionável até mesmo o uso do termo “erro médico”, isto porque, pode ser considerado até um pré-julgamento ao tratar da matéria. No sentido de que, houve erro de um profissional da medicina, sendo que em determinados casos, o erro se deu por questões alheias à vontade do médico.

Vera Raposo (2013) salienta que nem todo resultado inesperado de um procedimento médico pode ser considerado como falha do profissional de saúde. Assim, a utilização em larga escala do termo “erro médico” muitas vezes pré-julgava negativamente várias situações.

Em razão das diversas críticas feitas pela doutrina especializada em direito médico, bem como dos órgãos de classe, o CNJ, em janeiro de 2024, alterou a taxonomia da classe “erro médico” para dano moral e/ou material decorrente da prestação de serviço de saúde (Mascarenhas, 2024).

Outro importante lecionador da área de responsabilidade civil, Nelson Rosenvald (2020), já defendia a tipologia aberta do dano extrapatrimonial, de modo que facilitasse o operador jurídico. Do contrário, ao seguir o caminho de definir os diferentes tipos de danos (ex: erro médico), ocasionaria uma verdadeira “guerra de etiquetas”.

Portanto, deve-se ter cautela ao usar o termo “erro médico”, visto que em certos casos a consequência gerada não se deu tão somente em razão da conduta do profissional. Nesse sentido, existem figuras que podem ser semelhantes ao erro médico, mas que guardam diferenças substanciais e não podem ser confundidas.

1.1.1. Erro médico x acidente imprevisível

Para que seja possível atestar a ocorrência do erro médico é preciso atestar que o resultado tenha decorrido da ação do profissional, seja por negligência, imprudência ou imperícia. Tal fato se dissocia do acidente imprevisível, que segundo os

ensinamentos de Genival Veloso (2020):

No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar.

Assim, pode-se diferenciar o erro médico do acidente imprevisível a partir da ocorrência de eventos externos, como o caso fortuito ou a força maior.

Valendo-se outra vez de Cavalieri Filho (2020), o autor diferencia o caso fortuito e a força maior. O primeiro se dá por fatos praticados pelo ser humano, enquanto o segundo é fruto de fenômenos da natureza, ambos os institutos que serão conceituados à frente.

Logo, quando a ocorrência do dano sobrevier de fatos da natureza (força maior) ou eventos humanos (caso fortuito), estará configurado o acidente imprevisível, afastada a culpa do profissional da medicina. Isto porque, não foi sua conduta a responsável pela ocorrência do dano, mas sim fatos externos.

1.1.2. Erro médico x resultado incontrolável

Por outro lado, também se deve diferenciar o erro médico do resultado incontrolável. Valendo-se aqui mais uma vez das lições de Genival Veloso (2020), pode-se assim conceituar tal instituto:

O resultado incontrolável seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução.

Logo, o resultado incontrolável é algo que foge do alcance do médico, que de qualquer forma ocorreria. Em outras palavras, a medicina não se encontrava tão avançada para indicar o tratamento adequado ao paciente.

Cavalieri Filho (2020, p.423) entende ainda que a atividade médica é em sua essência perigosa, trazendo o chamado “risco inerente”. Assim, de forma geral, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes, mas possuem o dever de informar o paciente das possíveis consequências.

A partir desta linha de raciocínio, pode-se até mesmo diferenciar a responsabilização do médico nas ações estéticas. Isto porque, aquele profissional que promete ao seu paciente a construção do “corpo perfeito” deve entregar o resultado, sob pena de incorrer em falha na prestação do serviço.

Do contrário, não se poderia responsabilizar o profissional que alertou o paciente dos riscos do procedimento e das chances de insucesso.

1.2. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ERRO MÉDICO

A partir do momento em que se está definido e conceituado o erro médico, é possível avançar ao tema da responsabilidade civil. Afinal, quando existe um dano proveniente de erro médico, há a ocorrência de um ato ilícito, o qual conseqüentemente gera o dever de indenização, na linha do que preleciona os art. 186 e 927 do Código Civil:

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

Antes de adentrarmos na inteligência do artigo, cumpre salientar que a doutrina traz duas teorias a respeito da responsabilização civil, sendo elas: a subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva, conforme leciona Veloso (2020, p. 309) tem na culpa seu fundamento basilar, enquanto na responsabilidade objetiva se traduz em simples responsabilização, sem analisar a culpa do causador do dano.

Cavaliere Filho (2020, p. 26) também exalta que a diferenciação dos dois institutos se deu a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico da sociedade. Antes, somente era responsabilizado aquele que agiu com culpa, todavia, com novas situações atreladas ao desenvolvimento humano foi desenvolvida a teoria do risco, em que não se precisaria a comprovação do elemento subjetivo para ensejar o dever de indenizar.

Feita a distinção, retomemos o entendimento. A ocorrência do erro médico pode acarretar diversos danos, cumulativos ou não. O dano material surge de uma despesa criada à parte ofendida, por exemplo, o gasto com medicamentos. Há também o dano moral, quando se abala o lado psicológico do paciente.

Cabe destaque a uma modalidade especial de dano e que com frequência se relaciona com o erro médico, o dano estético.

Pamplona e Stolze (2023) ensinam que: “o dano estético aquele que viola a imagem retrato do indivíduo”. Tartuce (2023) ao definir o instituo, optou também por separá-lo do dano moral:

Duas premissas foram utilizadas para essa mudança de paradigma, destacando-se o dano estético do dano moral. A primeira delas é que haveria uma lesão a mais à pessoa humana, nos casos de sua presença. A segunda premissa é a da presença de um dano à imagem que, pelo texto constitucional, tem menção separada do dano moral. Nos termos do art. 5.º, inc. V, do Texto Maior, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Assim, pode-se falar que o dano estético se relaciona à alteração física da pessoa que possa ser sentida externamente. Isto é, o dano deve ser visto, e de fato alterar a composição física original do ofendido. Por exemplo, temos a amputação equivocada de uma perna, a alteração desigual na face de uma pessoa em procedimentos estéticos, entre outras.

menciona-se, por derradeiro, que a possibilidade de ingressar com ações visando a reparação de possíveis danos materiais e morais é fruto da construção do estado democrático de direito, que resguarda o direito do “lesado”. nesse sentido, vejamos o que ensina Camila Vasconcelos (2017, p. 82):

Sendo assim, tomando o poder médico como aquele a partir do qual são emanadas as verdades científicas e o poder judicial como aquele para o qual se recorre em busca do resguardo de direitos lesionados – ou aparentemente lesionados –, este seria um instrumento para o enfrentamento possível.

Uma vez assentada a figura do dano nas ações médicas, passa-se agora a destrinchar a sua extensão, bem como o nexos de causalidade e, por fim neste capítulo, as causas que afastam a responsabilidade (excludentes da responsabilidade).

1.2.1. Nexos de causalidade

Quando tratamos a respeito da teoria subjetiva, na responsabilidade civil subjetiva, um dos precursores apontados foi o “nexos de causalidade” entre o ato causado e o ato

causador.

O indicador mencionado trabalha na medida em que é aferida a lógica de vínculo entre a ação e o resultado. Ou seja, é um verdadeiro indicador entre a conduta e o resultado natural dessa conduta.

Tomemos o seguinte exemplo: a análise de exames no período pré-operatório. Em um primeiro cenário, colocamos um profissional da área da saúde que, por pura imprudência, deixou de verificar de forma acertada um eletrocardiograma, ocasionando a morte de um paciente.

Em outro cenário, colocamos outro profissional da área da saúde para realizar o mesmo procedimento de análise de eletrocardiogramas. Ocorre que, neste exato dia, o aparelho responsável pela realização do eletrocardiograma estava defeituoso, ocasionando a morte de um paciente.

Vejamos o nexos de causalidade entre as duas condutas. Em uma delas, ocorreu um ato ilícito, praticado por um profissional que possuía a responsabilidade de analisar detidamente o documento; neste caso, podemos confirmar um “erro médico” caso tenha causado dano. Já o outro caso, diferente do primeiro, estava em uma seara fora do controle do profissional, entrando em um campo denominado “força maior”, anteriormente delimitado.

Para todos os efeitos, demonstrou-se que, apesar de a causa ser a mesma e o resultado também, possuímos dois nexos de causalidade totalmente distintos, ocasionando em possíveis tipos de responsabilização.

A título de complementação, cita-se Veloso (2020, p. 333):

O nexos de causalidade é portanto de exclusiva competência médico-legal. Assim, para se estabelecer o nexos de causalidade na avaliação do dano corporal é necessário que: a) a lesão seja produzida por determinado traumatismo, portanto, que seja real e apropriada àquelas circunstâncias; b) a lesão tenha efetivamente uma etiologia traumática; c) o local do traumatismo tenha relação com a sede da lesão; d) haja relação de temporalidade (um prazo legal e um prazo clínico), ou seja, exista uma coerência entre a idade da lesão e a ocorrência dos fatos; e) exista uma lógica anatomo-clínica de sinais e sintomas típicos; f) haja exclusão da preexistência de danos relativamente ao traumatismo; g) inexistir uma causa estranha à ação traumática.

Em síntese, o autor leciona o mesmo que foi exemplificado. Vejamos, também, que

Veloso arrola uma série de determinantes para configurar o nexo de causalidade, como “a relação de temporalidade”, entre a conduta e o ocorrido. Nada há de se falar, por exemplo, de vícios de um procedimento, depois de realizado por anos.

Ou até mesmo, “a inexistência de uma causa estranha”, como foi a questão do eletrocardiograma, totalmente afastado de qualquer controle por parte do profissional da saúde.

Assim, pode-se afirmar que o nexo de causalidade é o liame lógico entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Tal instituto é de extrema importância a fim de aferir se realmente houve culpa do médico, ou se tratou de resultado incontrollável, ou ainda, acidente imprevisível, como já delineado acima.

1.2.2. Extensão do dano

Uma vez definida a culpa ou dolo do médico, bem como o nexo causal de sua conduta, é preciso definir as extensões do dano causado. Isto porque não é tão simples nas ações por erro médico definir o *quantum* devido.

Tal fato se relaciona por vezes na chamada culpa concorrente, a qual pode ocorrer quando em paralelo à ação do causador do dano, há também conduta culposa da vítima (CAVALIERI, 2020).

Por isso, mais uma vez, mostra-se de extrema importância a prova pericial. Haja vista que esta não só esclarece o nexo de causalidade, como auxilia o magistrado a sopesar a conduta do profissional com o dano causado.

Até porque, em diversas ações de reparação civil sequer discute-se a ocorrência do dano, mas apenas a sua extensão. Tal fato é frequente em razão dos altos valores pedidos pelas vítimas, que em algumas ocasiões, podem não guardar relação com a conduta médica realizada e se investir em uma hipótese de enriquecimento ilícito.

1.2.3. Excludentes da responsabilidade

Fixados os elementos da responsabilização civil pelos riscos da atividade, a presença de conduta, nexo de causalidade, culpa ou dolo e dano, parte-se para situações em

que estará afastada a responsabilidade civil do profissional. Tratam-se das excludentes de responsabilidade.

São causas que afastam a possibilidade de responsabilização do médico, seja por conduta da própria vítima, pela ausência de nexo causal ou por casos de força maior.

1.2.3.1. Responsabilidade exclusiva da vítima ou terceiros

Podem ocorrer hipóteses em que o tratamento médico também dependa da colaboração do paciente. Realizando a dieta corretamente, tomar as medicações na dosagem e no tempo certo, não abandonar o tratamento; são algumas medidas que devem ser tomadas por aquele que recebe o tratamento.

O descumprimento dessas tarefas, muitas vezes, é substancial para a ocorrência do evento danoso. E, por vezes, indevidamente é imputada a responsabilidade médica.

Tal ocorrência, encaixa-se na hipótese da excludente de responsabilidade por responsabilidade da vítima ou paciente. Sobre o tema, preleciona Genival Veloso (2020) que:

Sendo assim, registram-se situações em que o resultado adverso do tratamento médico teve como causa o descumprimento às recomendações sobre cuidados ou procedimentos que seriam imprescindíveis e incondicionais para a devida cura, que vão desde uma alta por abandono a uma suspensão precoce de remédios, entre outros.

Nessas hipóteses, o nexo causal da conduta do médico é afastado pelas ações e omissões tomadas pela própria vítima, o que impede a responsabilização civil do profissional.

1.2.3.2. Força maior e caso fortuito

Também é um fator que afasta a responsabilidade do médico a razão do resultado ter sido provocado por força maior. Essa pode ser definida como fatos da natureza alheios à vontade do homem que podem interferir nas relações humanas.

É o caso, por exemplo, de um paciente acamado que, em razão das fortes chuvas atípicas, vê o teto do hospital desabar sob o seu próprio corpo, impedindo que a equipe médica possa fazer algo. Ou ainda, aquele indivíduo que durante um

procedimento cirúrgico de alto risco, venha a faltar luz no hospital e o gerador de energia tenha sido queimado em razão de um raio que caiu sob o local.

Em ambos os casos utilizados a título de exemplo, o nexo de causalidade do dano tem a ver com o fato da natureza ocorrido, e não com a conduta médica. Tais situações podem parecer óbvias, como os exemplos utilizados. Todavia, existem casos em que o nexo de causalidade não é tão facilmente apurado, ensejando a produção de prova pericial esclarecedora sobre o ocorrido.

Por fim, outra forma tradicional que afasta a responsabilidade do profissional é a hipótese de ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do médico.

Para efeito práticos, aduz Alessandra Varrone que não há diferença entre os dois institutos. Vejamos:

Quanto à distinção entre caso fortuito e força maior, as expressões são semelhantes e a distinção não é considerada para efeito prático. Assim, no direito brasileiro, não há distinção ou relevância entre caso fortuito ou força maior.

Vejamos, então, que ambos afastarão a responsabilidade do profissional, em nada se diferenciando quanto à aplicabilidade.

A diferença, em si, se faz quanto ao fato que gerou a ocorrência de alguma das excludentes. Enquanto, por um lado, temos uma fato naturalmente ocorrido por fatores da natureza, como apagões decorrentes de fortes chuvas, por outro lado, temos fatos propriamente previsíveis mas, as vezes, inevitáveis, como o cordão umbilical que se enrola ao pescoço de um feto no momento do parto.

2. PROVA PERICIAL

Feita as considerações a respeito do erro médico, ou riscos inerentes à atividade, passamos a destrinchar e entender a produção de provas periciais nas ações por erro médico e, conseqüentemente, a eficácia das provas para a formação do convencimento do magistrado.

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA PROVA PERICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Iniciam-se as considerações afirmando que a prova pericial, assim como qualquer outro meio de produção de prova técnica, é fundamental ao deslinde de processo que demandam um conhecimento técnico específico. Em caso, faz-se menção às provas periciais médicas, que são fundamentais ao deslinde, bem como formação do entendimento do magistrado ao caso.

Vejamos o que expõe Paulo Henrique dos Santos, a respeito da prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Segundo Paulo (2017, p. 212):

É essencial que sejam assegurados, v.g, a possibilidade efetiva de produzir a prova e os meios de prova idôneos à verificação dos fatos disputados. Não se pode ignorar, assim, que o direito à prova tem assento constitucional no processo civil contemporâneo, sendo pressuposto do processo justo. A dinâmica da prova, como se sabe, deixa-se decompor em quatro fases: postulação, admissão, produção e valoração. Assim, delimitado o objeto litigioso pelas partes, estas aportaram ao processo as alegações fáticas relevantes, postulando a produção dos correspondentes elementos probatórios.

Significa dizer, em outros termos, que a produção da prova pericial terá status constitucional, sendo basicamente de difícil sustentação indeferida. Menciona-se, por ocasião, que o magistrado não estará adstrito ao necessário acolhimento da prova pericial, estando em seu poder indeferir, nos termos do artigo 370, p.ú, do Código de Processo Civil. O mesmo aplica-se às provas periciais médicas, principalmente pelo seu cunho técnico e preciso.

Quando tratamos a respeito da admissibilidade da prova, voltamos nossa atenção ao artigo 464, §1º e seus incisos, do Código de Processo Civil. Colacionamos:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:
I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;
II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
III - a verificação for impraticável.

Não são muitos os incisos que delimitam a impossibilidade de produção de prova pericial. Entretanto, ao analisar o “inciso I e II”, chegamos a uma conclusão simples de se constatar. Quais serão os parâmetros adotados para que o magistrado indefira a produção de provas, ou até mesmo julgue-a desnecessária.

Certo é que o trabalho do perito, ao menos médico, não pode ser dispensado por mera liberalidade. Afinal, estaríamos tratando de um parecer técnico, que possuiria o

escopo de preencher as lacunas que o campo jurídico não poderá preencher.

Nesse contexto, ao tratarmos acerca da prova pericial, por si própria e seus requisitos, resume o autor, Genival Veloso de Franca (2014, p.296), que:

Os objetivos essenciais dessa avaliação pericial resumem-se em considerar o dano, estabelecer o nexo causal, considerar a existência de concausas, caracterizar as circunstâncias do ato médico, avaliar o estado anterior da vítima e estabelecer o padrão médico-legal. Já os objetivos essenciais desta avaliação pericial resumem-se em considerar o dano, estabelecer o nexo causal ou concausal e avaliar as circunstâncias e os fatores de risco em que se procedeu o ato médico. Nos casos de morte, é imprescindível a prática de uma necropsia cuidadosa, detalhada e cientificamente subsidiada por exames complementares disponíveis e aplicáveis caso a caso, em que se destaque o de natureza anatomopatológica.

Essa consideração é fundamental, pois ao analisar o *standard probatório* da perícia técnica médica, certo é que sua função será a mesma: preencher essa lacuna de conhecimento que o magistrado não possui.

Alexandre de Freitas Câmara (2022, p. 279), destaca as três modalidades da prova pericial, o exame, a vistoria e a avaliação:

A prova pericial pode ser de três espécies (art. 464): exame (a perícia que tem por objeto pessoas ou bens móveis), vistoria (perícia cujo objeto é um bem imóvel) e avaliação (perícia cujo único objeto é a determinação do valor de mercado de um bem, móvel ou imóvel).

Como o presente trabalho será voltado à perícia médica, o estudo se pautará no exame, vez que possui como objeto as pessoas. Em razão disso, o operador jurídico deve possuir um cuidado extra na valoração da prova pericial.

2.1.1 Valoração da Prova Pericial

Como dito, a lacuna jurídica de desconhecimento de um determinado campo científico leva-nos, necessariamente, a precisar de um profissional para preencher esse espaço. Assim, inclusive, ensina Paulo Lucon (2017, p.220) ao utilizar-se de exemplo preciso de produção de prova pericial em ações de indenização por imperícia médica. Vejamos:

Por exemplo, em uma ação de indenização por erro médico, o magistrado não tem condições na maioria dos casos, de saber se o réu fez uso adequado de todos os recursos conferidos pela medicina para o atendimento do paciente. Logo, baseia-se nas conclusões do perito.

E acrescenta (2017, p.220):

Sem embargo do grande valor atribuído à perícia, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos dos autos, desde que motive sua decisão. O perito não substitui o juiz da causa na apuração do fato *probandum* [...]

Põe-se em voga o entendimento de Humberto Theodoro Junior (2023, p.805), que, ao tratar sobre a valoração da prova pericial no atual Código de Processo Civil, afirma que o sistema adotado foi de persuasão racional, “fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional”.

Acrescenta o doutrinador (2023, p.806) que o Código atual “adota o princípio da efetiva participação das partes [...]. Com isso, estabeleceu-se o dever de apreciar [...] todo conjunto probatório”. É dizer que, as provas, não só a pericial, serão apreciadas ao deslinde do processo o qual, ao ser julgado, deverá ter sido objeto de análise de todo conjunto probatório produzido.

Assim mesmo é possível concluir através da leitura do artigo 371 do Código de Processo Civil.

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

Pois bem. É certo que o perito não possuirá a função de substituição do juízo da causa. Afirmar que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial é afirmar que, a apuração do “*fato probandum*” e a conclusão alcançada, foi feita com a lacuna técnica supramencionada.

Inclusive, Antônio Carlos Marcato (2022) nos ensina que o exame pericial deve ser objetivo e preciso, sem adentrar ao mérito da demanda, e, de forma alguma, atuará de forma vinculante ao juiz, sob pena de lhe subtrair a função jurisdicional.

O ponto será melhor delineado adiante, após apurar a prova pericial médica em si. Desde já, afirma-se que o entendimento, de que o magistrado não estará adstrito às provas técnicas na maioria dos processos, é falho.

2.2 PERÍCIA MÉDICA

Afirmamos, com base no que vem sendo demonstrado, que a perícia médica é uma espécie de prova técnica, a qual dará alicerce à formação do convencimento do magistrado, tendo em vista a limitação/alcance da cognição do julgador em determinadas matérias.

Através do estudo realizado pelo Conselho Federal de Medicina, em específico, do capítulo “Perícia Médica”, desenvolvido por Simone Moraes, Salomão Rodrigues e Iliam Cardoso (2012, p. 26), concluímos que perícia médica é:

Todo e qualquer ato propedêutico ou exame realizado por médico, com a finalidade de contribuir com as autoridades administrativas, policiais ou judiciárias na formação de juízos a que estão obrigadas

A partir desse excerto, já podemos extrair alguns conceitos fundamentais para o desenvolvimento da presente pesquisa, tais como: (1) perícia médica é todo ato propedêutico, ou melhor, todo ato técnico capaz de contribuir com o desenvolver processual; e (2) o ato, apesar de não vincular o magistrado responsável, será um forte vetor de formação de convencimento.

2.2.1. As partes envolvidas na prova pericial médica

Para falar da perícia médica é preciso delimitar todos aqueles envolvidos. Desde que os que produzem e até mesmo os destinatários dela. O primeiro destaque se dá com o responsável pela produção pericial, que na visão do autor deve ser realizada por um médico. Tal requisito se mostra necessário, uma vez que é justamente a visão de outro expert sobre o assunto.

Constatar a ocorrência de um erro médico deve ser feita por profissional da mesma área, o qual consegue compreender os obstáculos empreendidos pelo colega de profissão na ocorrência do evento danoso.

Para dizer, agora, dos destinatários da perícia médica, a resposta está no Código de Processo Civil, e não se trata de resposta específica à prova pericial, mas a todas as provas típicas e atípicas do processo.

Assim, ainda que a prova pericial tenha sido requerida por uma parte e possa ser prejudicial à mesma no deslinde da demanda, ela nada poderá fazer, uma vez que a

prova depois de produzida passa a pertencer ao juízo. Por consectário lógico, poderá a parte exercer seu direito de ampla defesa e contraditório, podendo impugnar o laudo pericial formulado. Há, portanto, a possibilidade de abertura de um novo contraditório, assim como ensina Bruno Bodart (2015, p.11):

Após o protocolo do laudo em juízo, devem as partes ser intimadas para, querendo, manifestarem-se sobre ele no prazo comum de 15 (quinze) dias (art. 477, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Em homenagem ao princípio do contraditório, caso alguma das partes formule quesitos em sua manifestação, deverá ser ouvida a outra parte, no prazo que o juiz assinalar ou, em caso de omissão, em 5 (cinco) dias (art. 218, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Imperioso salientar, por fim, que as partes também serão intimadas para fazer parte da própria produção do laudo pericial.

2.2.2. O procedimento para a realização da perícia médica

A prova pericial está disposta nos art. 464 a 480 do Código de Processo Civil (CPC) e traz todo o procedimento a ser observado em sua produção.

A perícia médica não guarda muitas peculiaridades, razão pela qual seguirá, via de regra, todo o procedimento básico disposto no CPC. A título de complementação, colaciona-se o entendimento de Cassio Bueno Scarpinella (2024, p. 152) sobre o tema:

O caput do art. 464 dá ensejo ao entendimento de que a prova pericial compreende, na verdade, três espécies diversas: o exame, a vistoria e a avaliação.

O exame tem como objeto pessoas ou coisas. A vistoria tem como objeto a constatação de imóveis. A avaliação, por seu turno, é a fixação do valor de determinado bem.

Pelo entendimento exposto e já destacado anteriormente, atesta-se que a perícia médica encaixa-se no “exame”. Isso por um simples e único motivo: as provas periciais médicas recairão, em maioria, sob pessoas.

Tomemos como exemplo um caso de erro médico na obstetrícia. Por consectário lógico, qualquer risco da atividade que venha a acontecer, estará inerentemente ligado ao exame corporal do paciente.

2.3 A PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL

Em primeiro momento, traz-se à baila o entendimento de Afrânio Peixoto (1936, p.5), sobre o conceito de medicina legal. Vejamos:

É a medicina legal a aplicação de conhecimentos científicos aos misteres da justiça [...] não é uma ciência autônoma no sentido exato da expressão, mas o conjunto de aquisições de várias origens para um fim determinado. [...] a função do perito: saber os fatos da prática, conhecê-los pela observação [...] e claramente sem subterfúgios dizer à justiça sua opinião.

Pois bem. Partindo-se do excerto colacionado, chegamos à mais óbvia conclusão: que o perito-médico não poderá exprimir opinião alguma a respeito da “culpabilidade” de determinado caso ou fato.

O perito judicial vai intervir em um determinado procedimento em que haja pontos controvertidos a serem sanados. Isto é: no momento de cognição exauriente, em que um magistrado esteja apurando os fatos lançados às peças, o perito servirá como alicerce ao entendimento consignado pelo juiz.

Traz-se sempre um exemplo, para elucidarmos o entendimento. Imaginemos que o magistrado decida que os pontos controvertidos em uma determinada demanda sejam relativos à má prestação de uma cirurgia plástica, ocasionando deformidades nas cartilagens nasais acessórias, atrapalhando, conseqüentemente, a respiração do paciente.

Veja-se que, o campo de trabalho do perito estará restrito à verificação de um possível bloqueio nasal, em nada se manifestando a respeito da ocorrência de um “erro médico”, ou de uma possível má-prestação do serviço. Sob essas valorações, restará ao magistrado decidir, conforme perícia ofertada sobre os pontos controversos.

Por esse mesmo motivo, afirma Afrânio (1936, p.5) que “não é uma ciência autônoma no sentido da expressão, mas o conjunto de aquisições de várias origens para um fim determinado”. Ora, o fim determinado é o alcance da suposta verdade; ou seja, da obtenção das informações obtidas através da perícia médica realizada.

2.4 STANDARD PROBATÓRIO

Feita as premissas básicas acerca da prova pericial e da perícia médica, passa-se a

analisar o imperioso tema de valoração de provas; em especial, a valoração quanto à sua quantidade mínima para formalizar o entendimento do julgador.

Inicia-se colacionando uma passagem de Ravi Peixoto (2021, p. 588).

Na decisão sobre os fatos, para além da valoração das provas, há um momento posterior e indispensável da decisão relativo à seguinte verificação: se, uma vez avaliadas as provas, elas atingem um nível mínimo de suficiência para que se possa ter como provada uma hipótese fática.

Verifica-se, através do excerto trazido, que essa valoração supramencionada, também conhecida como *standard probatório*, é um parâmetro que o julgador utilizará para saber se as provas produzidas foram suficientes para formar seu entendimento.

Faz-se uma crítica, desde já. Isso pois, essas balizas de valoração, para qualificarmos as provas produzidas como suficientes ou não, não está positivado em nosso ordenamento jurídico. Significa dizer que, estará ao convencimento do magistrado decidir se as provas foram suficientes ou não.

Assim mesmo ensinou Peixoto (2021, p. 588). Vejamos:

Em outros termos, a suficiência da prova será atingida quando o juiz considerar que ela foi alcançada segundo a sua própria concepção, face a ausência de um critério externo que indique esse patamar. A decisão, relativa ao preenchimento do *standard probatório*, passa a pertencer a um campo de ampla discricionariedade de cada juiz, de difícil controle intersubjetivo

Expostas algumas premissas importantes, passamos a destrinchar melhor o significado de *standard probatório*.

2.3.1 O que é o *Standard Probatório*

Diga-se, desde já, que os *standards* probatórios são fruto do atual Código de Processo Civil em que, ao tratar sobre o convencimento do magistrado, revogou o termo “livre”, tratando-se, agora, de um acervo probatório mínimo juntado aos autos do processo, suficiente a ensejar o convencimento do juiz, fundamentando-o sempre. Vejamos que essas balizas não são, necessariamente, aplicáveis unicamente ao direito.

Peixoto (2021, p. 590) faz, inclusive, diferenciações entre *standards* probatório no próprio contexto de uma vida cotidiana. O autor faz menção, para que possamos

entender e distinguir que o contexto em que estará inserido, agirá diametralmente na necessidade da força das provas.

Para melhor entendermos, tomemos o exemplo utilizado pelo autor, em que colocou-se em voga a diferença no grau de relacionamentos interpessoais. Isto é, para que possamos sair em encontro, namorar, noivar e até mesmo casar, será necessário um maior grau de provas (experiências) para a tomada de decisões de cada pessoa.

Assim explicou Peixoto (2021, p. 591):

Tais considerações são importantes para que se compreenda que o estandar probatório é um conceito que exige um grau de corroboração mínimo da hipótese fática para que ela seja considerada provada; esse grau mínimo varia conforme o contexto. No caso do Direito, a variação ocorre de acordo com a regulação do direito aplicável, que pode impor uma maior ou uma menor exigência probatória.

Isto é: o mesmo aplica-se ao processo civil brasileiro. Quanto maior a dificuldade do tema posto em face do julgado, maior terá que ser a força probante para a formação de seu entendimento ao concluir e julgar o caso, em especial, nesse hipótese de acolhimento da prova pericial produzida. Conclui-se, assim, que o *standard* probatório é esse grau de força emanado pela prova produzida, suficiente ou não, para formar o entendimento do magistrado.

2.3.2 Classificações de Standard Probatório

Outra temática que deve ser abordada, antes de adentrarmos ao tema dos *standards* probatórios nas ações por imperícia médica, são as classificações dos *standards* probatórios, de acordo com o momento processual e cognitivo.

Entre as classificações, cita-se o modelo da *probabilidade preponderante* que, conforme ensina Clayton Maranhão (2019, p.224)

Deveras, a regra geral de standard de prova em caso de carga estática do ônus da prova é o da prova preponderante tanto do fato constitutivo do direito do autor quanto dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu. [...] Naturalmente, a regra geral do standard de prova preponderante aqui aventada comporta exceções [...] Portanto, a depender do objeto litigioso, tem-se como possível diferentes standards de prova para cada uma das partes numa mesma relação processual.

Cita-se essa modalidade, em exclusivo, pois ela será responsável por dirimir as

questões corriqueiras no procedimento civil. Isto é: em qualquer hipótese, assim como afirma o autor, o *standard* da prova, nas hipóteses de carga estática do ônus, será do autor, ou seja, de quem alega o fato.

Por consequência, a hipótese objurgada comporta exceções. Tratando-se de casos em que o Autor não tenha capacidade de produzir as provas para pôr fim ao litígio, certo é que existirá uma diferença no peso das provas produzidas. Assim afirma Maranhão (2019, p.237):

Portanto, a depender do objeto litigioso, tem-se como possível diferentes standards de prova para cada uma das partes numa mesma relação processual.

Ousamos afirmar que isso ocorre nas hipóteses em que há uma possível imperícia médica. Há como o Autor pleitear a ação já com algumas provas produzidas, entretanto, as provas não terão o mesmo peso que uma possível perícia produzida pela perito do juízo.

Por outro prisma, tem-se também o *standard* da “prova clara e convincente” o qual, segundo Clarissa Diniz Guedes e Laís Almeida de Souza Lopes (2017, p.98), define-se como:

O standard da “prova clara e convincente” tem natureza intermediária entre os outros dois standards mencionados, e representa a situação em que os fatos são altamente prováveis. Esse modelo de constatação incide sobre os processos civis especiais, ou seja, aqueles que “envolvem um conflito de valores que em muito ultrapassa a simples dimensão patrimonial”.

Vê-se que o *Standard* da prova clara e convincente já não possui tanta aplicabilidade em ações indenizatórias por acidentes provenientes ao risco da atividade. Afirma-se pois, ao contrário do que prevê o próprio *nomen iurius* atribuído à “prova clara e convincente”, as provas produzidas, apesar de claras, demandarão maior ponderação e análise, não bastando a mera apresentação de uma prova.

Para esclarecer, faz-se o seguinte exemplo: imaginemos que, ao momento do parto de uma criança, o cordão umbilical acabe se enrolando ao redor do pescoço do feto, ocasionando sua morte. A prova de óbito da criança é clara e irrefutável. Por outro lado, afirma-se que outras variáveis estavam envolvidas. Por tal razão, por mais clara que a prova seja, outras questões demandam análise.

Por fim, há também o *standard* da “prova além da dúvida razoável”, aplicado às Ações de índole penal. Apesar de não possuir tanta aplicabilidade aos casos narrados, conceitua-se o *standard*, nas balizas colocadas por Clarissa e Laís (2017, p. 99), como àquele postos ao autor o ônus de provar o fato constitutivo, pois diferente das demais hipóteses, o bem da vida tutelado é outro, havendo assim uma mudança de parâmetro do julgamento a partir das provas produzidas.

2.3.3. Standard probatório nas ações de erro médico

De proêmio, cumpre ressaltar que na maioria das ações em que se envolva a discussão sobre erro médico será aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque, nas lições de Alessandro Nilo (2020), dois são os argumentos que corroboram essa tese: i) a subsunção dos conceitos de paciente e médico, aos conceitos de consumidor e fornecedor trazidos pelo artigo 3º do diploma consumerista; e ii) a vulnerabilidade do paciente, cuja proteção encontraria guarida nesse diploma protetivo, em razão do Princípio da Vulnerabilidade, adotado expressamente pelo artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Dito isso, passa-se a outra constatação, a ocorrência da inversão do ônus da prova, insculpida no art. 6º, inciso VIII (BRASIL, 1990), o qual prevê a inversão do ônus quando houver (i) verossimilhança da alegação do consumidor; ou (ii) hipossuficiência do consumidor.

Como dito no primeiro parágrafo deste tópico, há uma hipossuficiência técnica da relação entre médico e paciente. Este não possui os conhecimentos técnicos que aquele, sendo classificado como hipossuficiente técnico. Existe, para todos os efeitos, uma raríssima exceção, quando o próprio paciente for médico com especialidade na área discutida.

Nesse sentido, Clayton Maranhão nos ensina que nas ações de direito do consumidor em que há a inversão do ônus da prova, o *standard* usado será o da presunção, que segundo suas palavras:

Se os direitos do consumidor devem ter facilitada a sua tutela em juízo, então com maior razão cabe reduzir as exigências de prova para que o juiz tenha “p”

como provado. Há uma redução do módulo da prova para o autor, segundo Gherard Walter.

E continua o mesmo autor:

O legislador define que os direitos do consumidor devem ser facilitados, está prevendo uma presunção em favor das alegações deste, incumbindo ao réu fornecedor o ônus da contraprova

Aplicando-se os excertos ao *standard* probatório nas ações de riscos inerentes às atividades médicas, vê-se que, por decorrência da inversão automática do ônus da prova e, até mesmo pela própria hipossuficiência do lesado, afirma-se que a formação do entendimento do magistrado será mais branda e menos criteriosa.

Até porque, se ao contrário fosse, o magistrado não estaria assegurado o direito do hipossuficiente, na eventual relação danosa entre o médico e a parte.

3. A PROVA PERICIAL NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO

Delimitados os dois grandes objetos do presente trabalho, a definição de erro médico e a conceituação da prova pericial, é o momento de inter-relacioná-los e analisar as conclusões alcançadas.

Como desenvolvido acima, a prova pericial é um instrumento essencial para identificar e comprovar a ocorrência do erro médico. Por meio da análise técnica realizada por um perito qualificado, é possível avaliar se o profissional agiu de acordo com os padrões aceitos pela comunidade médica, se houve falhas no diagnóstico ou tratamento, e se essas falhas foram determinantes para os danos causados ao paciente.

No contexto do direito médico, a prova pericial pode incluir exames clínicos, análises laboratoriais, pareceres técnicos e demais elementos que contribuam para a elucidação dos fatos.

Por isso, a prova pericial desempenha um papel crucial na identificação e comprovação do erro médico. Nos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (2017), a perícia técnica é um dos meios de prova mais importantes no processo civil, especialmente em casos complexos que envolvem questões técnicas

específicas.

Reforçando tal entendimento, Câmara (2022) aponta que a perícia médica deve ser realizada pelo *expert* da respectiva área. Assim, não bastará que o perito tenha cursado Medicina, é preciso, por exemplo, que tenha especialidade em ortopedia, caso envolva o objeto da perícia.

Afirmamos, inclusive, que a perícia técnica está intimamente ligada aos próprios direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Isso pois, ao tomarmos como base o entendimento de Adriano Pedra, concluímos que a produção da prova técnica é um direito relacionado à dignidade da pessoa. Afinal, como comprovar algo que não está sob sua alçada de conhecimento ou sabedoria. Vejamos:

Os direitos fundamentais encontram-se pautados na dignidade humana, cujo valor constitucional possui um papel normativo central. A dignidade humana como um valor constitucional é o fato que une os direitos humanos como um todo. Ela garante a unidade normativa dos direitos humanos, que pode ser expressa de três modos: em primeiro lugar, o valor da dignidade humana serve como uma base normativa dos direitos estabelecidos na Constituição [...]

Ocorre que, ao mesmo tempo que se mostra importante nas ações de erro médico, a prova pericial enfrenta desafios adicionais. Humberto Theodoro Junior (2017) destaca que a complexidade técnica envolvida na análise dos fatos pode dificultar a compreensão do juiz e das partes, comprometendo a eficácia da perícia.

Além disso, observa-se que a falta de padronização nos procedimentos periciais e a escassez de profissionais qualificados podem prejudicar a imparcialidade e a qualidade dos laudos periciais, colocando em xeque sua credibilidade no processo judicial.

Por conseguinte, ousa-se analisar a prova pericial além do convencional, instigando até mesmo se tal exame é capaz de colocar em xeque princípios tão sedimentados no processo civil brasileiro, como o “livre” convencimento motivado do Juiz.

3.1. A PROVA PERICIAL E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

No contexto atual do processo civil, o princípio do livre convencimento motivado ganha destaque como um dos pilares fundamentais para a garantia do devido processo legal

e da efetividade da prestação jurisdicional.

Ao tratarmos sobre a livre valoração da prova e o convencimento motivado, afirma-se de pronto a necessária observação aos vetores constitucionais, os quais, sem sua observação, não haverá imparcialidade no momento de apreciação das provas. Assim dispõe Glenio Puziol e Fiammeta Bonfigli (2023, p. 150):

Com efeito, o livre convencimento motivado possibilita ao julgador a formação de sua convicção através da livre apreciação da prova, o que, quando não orientado pelos princípios constitucionais, quebra a necessária separação entre acusador, julgador e defesa que deve perdurar durante todo o processo, principalmente, na consideração das teses das partes na sentença

Nas lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2023), o livre convencimento motivado refere-se à necessidade de o juiz fundamentar suas decisões, expondo de forma clara e objetiva os motivos que o levaram a adotar determinado entendimento.

Dinamarco (2017, p.220) também observa que, acerca da prova pericial:

Sem embargo do grande valor atribuído à perícia, o juiz não está adstrito ao laudopericial, podendo formar sua convicção com outros elementos dos autos, desde que motive sua decisão. O perito não substitui o juiz da causa na apuração do fatoprobandum [...]

O doutrinador na realidade reforça a norma disposta no art. 371 do Código de Processo Civil:

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

Esta indica o princípio do convencimento motivado do Juiz. Isto é, na análise das provas no processo civil brasileiro o juiz não está adstrito a qualquer prova, podendo fazer sua análise “livre” de qualquer hierarquia entre as provas. Mas sempre motivando as suas razões, daí a razão de ser do “livre” convencimento “motivado”.

Relacionando à prova pericial, urge citar as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2021), os quais ponderam que a perícia médica fornece ao magistrado elementos técnicos e especializados para auxiliá-lo na compreensão dos fatos controvertidos, preenchendo lacunas de conhecimento que muitas vezes

escapam à sua formação jurídica.

A prova pericial, portanto, desempenha um papel crucial no processo judicial, especialmente em casos complexos como os relacionados à alegação do erro médico. Não à toa, afirma-se mais uma vez que a prova pericial desempenha esse papel crucial como uma forma de proteção aos próprios direitos fundamentais. Para tanto, basta tomarmos a hipossuficiência/diferença de conhecimento do “paciente” frente ao profissional da saúde. Nelson Camatta nos ensina melhor:

Uma perspectiva possível, portanto - para se focar a importância dos direitos fundamentais, não só para os indivíduos, mas para a manutenção do próprio Estado - está intimamente ligada ao reconhecimento da diferença

Embora seja de grande relevância, Humberto Theodoro Junior (2022) destaca que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com base em outros elementos probatórios constantes dos autos. Essa flexibilidade permite ao magistrado avaliar criticamente as conclusões periciais e considerar outras provas produzidas no processo.

Outros doutrinadores também não consideram a prova pericial superior aos outros meios de prova, mas reconhecem sua importância como um elemento técnico capaz de subsidiar a formação do convencimento do juiz. Conforme ensina Dinamarco (2017), o perito não substitui o juiz na apuração dos fatos, e este pode fundamentar sua decisão com base em outros elementos probatórios, desde que devidamente motivada.

Nesse sentido, é possível concluir que a prova pericial, embora de extrema importância para as demandas complexas, não é considerada superior aos demais meios de prova. O convencimento motivado do juiz exige uma análise crítica e global de todas as provas produzidas nos autos, não somente a pericial, a fim de alcançar uma decisão justa e fundamentada.

3.2. ANÁLISE O ART. 375 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Muito embora o tema possa se mostrar incontroverso, a prova pericial não está hierarquicamente superior aos demais meios de prova. Todavia, existe outra norma processual do mesmo diploma legal que merece devida atenção, trata-se do artigo

375:

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

Este dispositivo autoriza o magistrado a se valer de sua experiência para o julgamento da demanda. Contudo, há uma ressalva acerca da experiência técnica, segundo a qual deve ser ressalvado o laudo pericial.

Uma errônea interpretação do dispositivo pode levar à conclusão de que o laudo pericial se sobressai sob as demais normas, tendo em vista a ressalva expressa no dispositivo.

Contudo, aqui o legislador cuidou de reforçar a prova técnica, não obstante a existência de conhecimento técnico do magistrado. A título de exemplo, em determinada demanda na qual envolva erro médico, e por coincidência o magistrado tenha cursado medicina, não pode o mesmo se valer de seus conhecimentos dispensando a prova técnica.

Nos ensinamentos de Antônio Marcato, tal conduta impediria às partes de participarem do processo decisório, destaca-se:

Doutrina e jurisprudência são pacíficas em reconhecer que o uso de conhecimentos técnicos pessoais pelo julgador deve ser limitado, em nome da garantia do contraditório. Embora seja o juiz o destinatário natural da prova, têm as partes o direito de participar e influir em sua produção (no caso da perícia, por meio da indicação de assistentes técnicos e formulação de quesitos), bem como de discuti-la, de modo a influir no convencimento do julgador. (2022).

Na mesma linha, Humberto Theodoro JR entende que o dispositivo é um permissivo do magistrado determinar a prova pericial de ofício (2022). Assim, em que pese o magistrado ser detentor de conhecimento técnico, não deve abrir mão da produção da prova técnica em que há a participação das partes.

CONCLUSÃO

O cerne principal do presente trabalho foi entender o destaque que as provas periciais

possuem, em ações judiciais, diante de um possível risco inerente à atividade exercida pelo profissional da saúde.

Destacou-se, em primeiro plano, a diferença entre o erro médico e os riscos inerentes à atividade exercida pelo profissional da saúde, compreendendo-se vetores que afetam, direta ou indiretamente, a atividade exercida por aqueles que possuem seu labor na área da saúde.

Em segundo momento, fez-se imperioso tratar sobre a prova pericial em si, voltando-se o entendimento para as provas periciais médicas, que são àquelas exercidas por profissionais/médicos, possuindo o único condão de esclarecer o possível ocorrido, conduzindo o magistrado ao melhor entendimento a respeito do caso.

Por fim, o presente trabalho buscou estudar a “valoração”, ou melhor, o *standard* probatório que essas provas terão diante da formação do convencimento do julgador.

A fim de responder os questionamentos elencados na introdução, chegou-se à conclusão que: nas hipóteses de possíveis erros médicos, não se configurando àqueles riscos inerentes a atividade, o *standard* será o da presunção, reduzindo-se o grau de reprovabilidade de uma prova, para a formação do livre convencimento do julgador.

Isto é, apesar da prova pericial possuir grande impacto para seu convencimento, o magistrado não estará adstrito a ela, podendo ir de encontro com a prova pericial produzida. Além disso, no sistema processual brasileiro, não há que se falar em superioridade hierárquica da prova pericial sob as demais.

Afirma-se também que, a partir do *standard* da presunção, não há muita margem para argumentar violação à qualquer princípio de convencimento motivado do juízo. Afinal, o magistrado não está adstrito à adesão do laudo e, como outrora argumentado, as próprias partes participaram da produção do laudo pericial, formulando seus respectivos quesitos a partir da pertinência de cada caso.

REFERÊNCIAS:

BODART, Bruno. **Ensaio Sobre a Prova Pericial no Código de Processo Civil de 2015**. Thomson Reuters. Rio de Janeiro, 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Acesso: 20/01/2024.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso: 18/01/2024.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Acesso: 22/01/2024.

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. [São Paulo]: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772575/>. Acesso em: 15 mai. 2024.

CARVALHO. Uma breve análise sobre a aplicabilidade do CDC na relação médico-paciente à luz da responsabilidade civil. **Migalhas de Responsabilidade Civil**. Acesso em 20/02/2024.

CAVALIERI, Filho Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2020. P.49.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

FRANCA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Grupo GEN, 2020. E-book. Acesso em: 05/03/2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. v.3**. [São Paulo]: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626645. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626645/>. Acesso em: 09 mai. 2024.

MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do Paraná**. Curitiba : AMAPAR, 2006.

MARCATO, Antonio C. **Código de Processo Civil Interpretado**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772148. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772148/>. Acesso em: 15 mai. 2024. Acesso em: 16 mar. 2024.

MASCARENHAS, Igor. CNJ decreta o fim da expressão "erro médico" como classificação dos temas processuais. **Migalhas de Responsabilidade Civil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade->

civil/403178/fim-do-termo-erro-medico-como-classificacao-dos-temas-processuais.
Acesso em: 06/05/2024.

MOREIRA, Nelson Camatta. **A ambivalência dos direitos fundamentais no Estado democráticode direito.** Disponível em:
<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1687/pdf>. Acesso em 25/04/2024.

NILO, Alessandro Timbó. **Direito Médico: o contrato de Tratamento no Direito Brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2020. Apud: MATOS, Maria Luísa e TITO, Karenina

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **As Diversas Perspectivas dos Direitos Fundamentais.** Disponível em:
<<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1227/pdf>. Acesso em 25/04/2024.

Perícia médica / coordenação Salomão Rodrigues Filho - Brasília: **Conselho Federal de Medicina:** Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás, 2012.

PUZIOL GIUBERTI, G.; BONFIGLI, F. . Do livre convencimento à possibilidade de decisões judiciais discricionárias: estudo de decisões no âmbito da execução penal no contexto da pandemia de Covid-19. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 147–172, 2023. DOI: 10.18759/rdgf.v24i2.2100. Acesso em: 25 março. 2024.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico.** Coimbra: Almedina, 2013.p. 14.

ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. **Migalhas de Responsabilidade Civil.** Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em: 06/05/2024.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida P. **Direito Médico.** (Coleção Método Essencial). Grupo GEN, 2022. Acesso em: 05/03/2024.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** [São Paulo]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647910. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Acesso em: 09 mai. 2024.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VASCONCELOS, C. Judicialização da medicina: diálogos entre os poderes médico e judiciário. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 65–92, 2017. DOI: 10.18759/rdgf.v18i3.1159. Disponível em: Acesso em: 25 março. 2024.