



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

253

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Apelação nº 0282465-73.2009.8.26.0000, da Comarca de
São Paulo, em que são apelantes ANTONIO AUGUSTO DE
SOUZA LIMA e EMMA LUIZA DE SOUZA LIMA sendo apelados
CID CELIO JAYME CARVALHAES e CASA DE SAUDE SANTA RITA
S A.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do
Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte
decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de
conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra
este acórdão.

O julgamento teve a participação dos
Desembargadores CAETANO LAGRASTA (Presidente sem
voto), SALLES ROSSI E THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 19 de janeiro de 2011.

LUIZ AMBRA
RELATOR

253
VOTO Nº 9533

APELAÇÃO CÍVEL Nº 994.09.282465-7 (692.914-4/9-00)

SÃO PAULO

APELANTES: ANTONIO AUGUSTO DE SOUZA LIMA E OUTRA

APELADOS: CID CÉLIO JAYME CARVALHAES E OUTRA


RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização –
Erro médico – Falta de prova a respeito –
Improcedência bem decretada, apelo
improvido.

Trata-se de apelação contra sentença (a fls. 885/896) de improcedência, em ação de indenização por erro médico. Nas razões de irresignação se sustentando o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos (fls. 908/924); requerida conversão do julgamento em diligência, para realização de nova perícia (fl. 923 *in fine*/924).

Recebido o apelo a fl. 948 (tempestivo, cf. fls. 904 e 908), a fls. 951/963 e 965/988 veio a ser contra-arrazado. A fls. 993/994 e 995/995 requerida pelos apelantes a requisição do original do prontuário médico da finada vítima, à vista de fundada suspeita de adulteração. Determinada a fls. 1000/1003, trazido para os autos para conferência e ulteriormente devolvido (fl. 1081), sem que se demonstrasse adulteração nenhuma.

É o relatório.

Meu voto mantém o decreto de improcedência. Não é o caso de conversão do julgamento em diligência para nova perícia, aquela aqui levada a cabo elucidou suficientemente a questão. E para



espancar qualquer dúvida, já que num dos depoimentos colhidos – de magistrado desta Corte – se deixava em aberto a possibilidade de fraude, de adulteração do prontuário médico da finada paciente, tomei a cautela de requisitar tal prontuário. Assim procedi, aliás, a pedido inclusive dos próprios autores (fls. 993/994 e 995/996), para arredar de vez qualquer dúvida acerca da questão. E, chegando o prontuário, verifiquei não ter havido adulteração nenhuma; tanto que, rendendo-se à própria evidência dos fatos, mudaram os autores a linha argumentativa na manifestação que se seguiu, a fls. 1070/1080. O que a parte contrária não deixou de anotar, a fls. 1089/1099.

Justificando a diligência para requisição do prontuário, a fls. 1000/1003 teci as seguintes considerações, ora reafirmadas:

“Para a necessária conferência, a que alude o artigo 385 do Código de Processo Civil, defiro o pedido de requisição do prontuário original da finada *Maria Fernanda de Souza Lima*.

Ouvido a fls. 641/643 o desembargador *Luiz Roberto Sabbato*, afirmou que o prontuário poderia ter sido adulterado. Parece haver incidido em explicável confusão.

Afirmou que o prontuário seria de cor amarela (fl. 641: mais precisamente, “*de cor laranja ou amarelado*”), mas o que lhe foi exibido (cópia integral a fls. 348 e seguintes) não seria. Daí a necessidade de conferência, para aclarar de vez a questão. Efetuado o cotejo, o prontuário será devolvido à *Casa de Saúde Santa Rita*, ré.

Se, do prontuário, veio a ser apresentada cópia *em branco e preto e não a cores*, é óbvio que a cor amarela não poderia ter sido transposta para a cópia. Não custa, entretanto, cotejar a cópia com o original.

Consoante o desembargador, mais, no prontuário original teria sido inserido o horário em que a segunda dose – todo o tema de fundo gira em torno disso; a perícia nega, do exame desse documento, isso tenha ocorrido – do medicamento *Nubain* teria sido ministrado. Isso se achando assinalado *do lado direito do prontuário*, em campo próprio. Ou, como está no depoimento, a fl. 641:

“*li o documento e me detive, (em) especial, na parte em que havia registro da última medicação; estava anotado, do lado direito deste documento, que, lembro-me perfeitamente, às 23:20 horas*

constava aplicação de um medicamento, cujo o nome estava escrito em letra de imprensa; lembro-me que o nome desse medicamento era Nubain; concluí que fora aplicado em 23:20 da noite do falecimento”.

Novo engano, ao que consta. Basta atentar para os dizeres do documento em questão, a fl. 368. Trata-se, precisamente, da folha onde consta haver sido ministrado o *Nubain*. Do lado direito havendo, realmente, sido assinalado o horário em questão: às 23:10 (e não 23:20) horas. Ocorrendo o óbito minutos depois.

Tal assinalação, entretanto (e isso ficou bem claro na perícia aqui produzida), não corresponde à hora em que o medicamento veio a ser ministrado, nada indica que teria sido. Sim à hora em que a paciente teria pela última vez sido objeto de atendimento, quando seus sinais vitais (veja-se, logo mais à direita, o “PA 12/70” e o “P 58”: Pressão Arterial e Pulso, respectivamente) começaram a cair, a entrar em falência.

Antes do quadro “hora” (23:10), há quadro específico (“horário med.”) relativo aos medicamentos; correspondente à hora em que a medicação veio a ser ministrada. E neste é que consta, prescrita pelo dr. Gerd Henrique Soeber (meia ampola), às 13:40 hs. uma primeira e única aplicação do Nubain. Excretada pela urina após uma *vida útil* de cerca de cinco horas, mormente em se tratando de paciente de elevada massa corporal (150 quilos, um metro e oitenta de altura).

Fora prescrita segunda dose às 18 horas, mas há assinalação expressa (“recusou”, fl. 368, acima do número 18) de que a paciente não a quis tomar, a primeira lhe teria causado reação desfavorável. Havendo observação complementar, bem por isso, de ter o medicamento sido devolvido à farmácia.

Não há, naquele campo próprio preenchido após o nome do medicamento na mesma linha (*Nubain, 1/2 ampola*), indicação nenhuma da tal terceira dose, às onze da noite. O horário 23:10 hs – daí o equívoco aparente da testemunha – não dizendo respeito à nova dose daquele medicamento (ao menos, é o que consta do prontuário), mas à hora do atendimento havido pouco antes do óbito, a que se seguiu a ida da paciente à UTI. Quando os sinais vitais começaram a falhar, havendo na perícia fundada suspeita de ter havido *embolia pulmonar*, decorrente de significativo achado nos pulmões no IML, um *trombo* que poderia explicar também as violentas dores de cabeça que, desde a internação, acometiam a vítima. E a explicar sua morte súbita, com a qual a dose mínima do *Nubain* nada teria a ver. Daí a improcedência que se seguiu.

Para que não paire nenhuma dúvida em aberto, como quer que seja, não custa cotejar a cópia com o original, notadamente da via de fl. 368. Assim, ora se determina venha esta para os autos, por mandado intimado o representante legal da ré à apresentação em exame.”

Quer dizer, cumprida a diligência verificou-se tudo não haver passado de um equívoco; examinado o prontuário pela testemunha logo após a morte da moça, no calor dos fatos, *imaginou* ter visto o que na realidade não vira. Tudo se havendo passado sem que o médico responsável (dr. *Cid Célio Jayme Carvalhaes*; verdadeiro *comerciante* da Medicina, ao menos deixou essa impressão) estivesse presente; preocupado mais com seus honorários do que com a saúde da paciente.

A paciente, entretanto, durante sua ausência continuou a ser atendida pelo corpo clínico do hospital; não havendo evidência nenhuma de imperícia, imprudência ou negligência. Sem as quais, mesmo à égide do Código do Consumidor (artigo 14, § 4º e 17), responsabilidade por suposto erro médico não surge.

O co-réu *Cid* é também advogado, defendeu-se através do próprio escritório (fls. 207, 243), verdadeiramente inusitada sua situação nos autos. Com múltiplos afazeres, envolvido na administração de cooperativa médica (cf. fl. 178), logo ao contestar se afirmou **vítima de logro**, teria sido prejudicado por não ter tido pagos os honorários devidos (fl. 209: *"nunca recebeu nenhum valor de nenhuma fonte sobre aqueles adequados e pertinentes atendimentos. Foi explorado em seu trabalho profissional"*). Sua preocupação maior, ao que parece, a percepção destes; tendo feito anotar – item "observações da Enfermagem"; conduta verdadeiramente absurda, convenha-se -, em local (prontuário médico) destinado à observação **médica** da paciente, haver advertido a família sobre a **forma correta de seu pagamento**. Está a fl. 280, com remissão a fl. 51, com todas as letras: *"a mãe e o tio que estavam no quarto foram orientados quanto aos procedimentos com relação ao convênio e contas com o hospital, que serão revistos na Segunda-feira"*.

Teve, até, a “cautela” (?) de formular quesito específico a respeito (fl. 445, nº 13: “*existem provas nos autos de que os autores efetuaram pagamentos ao segundo requerido – Cid Célio Jayme Carvalhaes – sobre qualquer forma e por qualquer razão?*”) para ser respondido pela perícia, mas se tratava de laudo médico e não contábil. Não sendo incivil supor, assim procedendo, pretender-se *armar de prova* para futuro acerto da espoliação de que se dizia vítima.

Assim procedendo, já na contestação procurou deixar bem claro – uma vez que nada recebeu, a não ser a citação para a presente ação - ele próprio ter sido a vítima (“*foi explorado em seu trabalho profissional*”) e não a paciente que morreu. Raciocínio singular, para dizer o mínimo. Insistindo em não ter sido ele (fl. 232) quem prescreveu a droga *Nubain* para a paciente; como realmente não foi, sempre a se dedicar a atividades outras, o atendimento da paciente a cargo de plantonistas – ainda quando não comprometedor, até prova em contrário.

Feitas a *latere* tais colocações, como quer que seja, cumpre assinalar que a finada paciente sofria de obesidade mórbida, pesava nada menos do que cento e cinquenta quilos ao que se tem de fl. 232 (*ex vi* de fl. 74). Tinha asma brônquica e mesmo assim era fumante (fl. 74). Constatando do laudo do IML (a fl. 74, cit.), que padecia de *hipertensão craniana*. E, como se acentuou no despacho antes transcrito e vem lembrado a fl. 234, no pulmão teve constatado um vaso de médio calibre com trombose recente. A propósito o laudo anátomo-patológico mandando elaborar, no item 7 de fl. 80. O do IML fora inconclusivo (fl. 74: “*não foi encontrado subtrato anátomo patológico para explicar o mecanismo letal do caso, ficando do ponto de vista médico legal como morte de causa indeterminada*”), como a perícia a fl. 442 destacou, daí a

realização também deste último. A partir daí, como com propriedade ponderado a fl. 235, sendo razoável supor tivesse o óbito decorrido, sim, disso: de uma *embolia pulmonar* daí resultante; o que, aliás, explicaria (o trombo constatado poderia ter chegado ao cérebro; a fl. 80 constatado o *edema* assim formado, *congestão cerebral e hemorragia focal recente subpial*) as lancinantes dores de cabeça de que a paciente se queixava e haviam levado à sua internação hospitalar. O laudo pericial não descartando essa hipótese, a fl. 451 (*suspeita fundada de morte súbita por embolia pulmonar aguda*).

Afirmou-se na inicial, entretanto, a morte se dever a fator outro; haver decorrido da ingestão de *Nubain*, poderoso analgésico que não deve ser ministrado a pessoas asmáticas, pode também levar ao aumento da pressão intracraniana. A bula respectiva a fl. 75, contendo assinalação expressa nesse sentido. Mas aqui a questão há que ser analisada *em termos*.

Ainda quando no recurso se sustente dosagem maior, em mais de uma oportunidade, tivera a paciente prescrita apenas meia ampola desse medicamento, ingerido uma e quarenta da tarde. Não havendo prova nenhuma – não passou bem após a primeira dose, recusou-se a tomar a segunda às seis horas; há assinalação expressa no prontuário (fl. 368) e vem destacado no despacho antes transcrito – de que tivesse ingerido uma outra dose onze e dez da noite, pouco antes de morrer. Insistindo os autores no contrário, aferrando-se a essa última dosagem, que o prontuário não consigna; ao reverso do que testificara (a fls. 641/643) o desembargador que aqui testemunhou. Consigna o prontuário, sim, em outro campo mais à direita (fl. 368, cit., destinado à medição da pressão arterial e temperatura), atendimento médico nesse horário, a pressão então medida (12 x 70).

Foram, é verdade, como está no laudo do IML, encontrados *vestígios* (traços) do Nubain na dosagem sanguínea (fl. 74). Mas decorrentes, ao que é lógico inferir do exame do prontuário, da ingestão primeira à uma e quarenta da tarde. O laudo pericial não deixando de analisar a questão, anotando (fl. 434, pela análise do prontuário), a segunda dose (seis da tarde) não haver sido ministrada; e a outra, alegada (das onze e dez), simplesmente dali não constar. A da uma e quarenta receitada pelo plantonista dr. Gerd (fls. 440, 216, 229), apenas meia ampola. Já transcorrida a *vida útil* do medicamento (cinco horas, fl. 448), a partir daí excretado pela urina. Tratando-se, por outro lado (laudo pericial, fl. 449), de dose pequena, dado o peso e altura da paciente; nesse sentido os quesitos 28 a 34, fls. 448/449.

Com as conclusões periciais os autores não se conformaram, gratuitamente chegaram a argüir a suspeição do perito (apenso ao primeiro volume), mas não havia porquê. E, depois da requisição do prontuário não detectada fraude nenhuma, mudaram o teor da argumentação. Passando a aludir à responsabilização objetiva (em oposição flagrante ao artigo 14 § 4º do Código do Consumidor, antes mencionado), **na França seria assim**, de prova dita “diabólica” não haveria cogitar (fl. 1075). A questão, todavia, ainda uma vez, não é essa.

O contrato de *hospitalização* enseja, se ocorrerem danos ao paciente, responsabilização objetiva, tanto aqui como na França. Mas por danos diretamente daí decorrentes; não daqueles derivados de imperícia, imprudência ou negligência **no atendimento médico**. Assim, se o paciente cair no chão e se machucar; se contrair infecção hospitalar, por exemplo. Se recém nascido for esquecido no berçário aquecido e se queimar. Aí é que haverá violação ao chamado

dever de *incolumidade*, a que José Aguiar Dias fazia, de longa data, remissão.

A regra da inversão do ônus da prova (para evitar, justamente, a prova "*diabólica*"), do mesmo modo, demanda equacionamento "*em termos*". Tratei do tema em outro precedente (Apelação Cível nº 300.758-4/0-00, São José do Rio Preto), quer dizer:

"Público ou privado o serviço prestado, de qualquer modo, em relação aos pacientes sua responsabilidade **sempre será de natureza contratual**; ainda quando se trate de contrato não oneroso ou não formalizado por escrito. Recebendo um paciente, assume **o dever de guarda e vigilância** sobre ele, destinado a **lhe preservar a incolumidade física**.

12) A partir daí, em termos de prova, **invertem-se os papéis**, a vítima pode se dar ao luxo de nada provar. Quanto a isso a doutrina é tranqüila, controverte-se apenas no que diga respeito à falha médica propriamente dita (imperícia no decorrer de uma cirurgia, v.g.); segundo alguns aí a culpa será extracontratual, deverá ser demonstrada pela vítima caso a caso.

Em matéria contratual, o princípio da inversão da prova se evidencia com maior intensidade. José de Aguiar Dias foi quem melhor tratou do tema em nosso direito ("Da Responsabilidade Civil", 4ª ed., 1960, 1º vol, "*responsabilidade derivada do contrato*"), dizendo exatamente isso: no contrato, como regra, ao responsável pelo inadimplemento é que toca o ônus de demonstrar **este não haver decorrido de culpa sua**.

Advertia o jurista, quanto à responsabilidade médica, impropriamente haver sido "*regulada em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana*" (ob. cit., pg. 294). Mas ponderava isso não importar "*em negar a existência de um contrato entre o profissional e o cliente*"; "*de qualquer maneira, esse contrato existe e pode ser discutido em todos os casos*". Via de regra **ao cliente** (isto é, à vítima) incumbindo "*provar a inexecução da obrigação por parte do profissional*" (pg. 296); mas isso devendo ser entendido "*em termos*".

Médico nenhum, evidentemente, **pode garantir a cura**, se o fizesse assumiria obrigação **de resultado** (pg. 297); compromete-se, sim, "*à prestação de cuidados conscienciosos e atentos*", sua obrigação é **de meio**. Mas isso não pode ser levado às últimas

consequências, não impede que, em hipóteses determinadas, o ônus da prova se deva inverter.

Quer dizer (Aguiar Dias, ob. cit., pg. 296), “a existência, no contrato de serviços médicos, de uma **cláusula de incolumidade**, não poderia ser negada. Não alcança, decerto, domínio tão amplo quanto o da obrigação do transportador, que garante ao viajante levá-lo são e salvo ao local do destino, mas **envolve a obrigação geral de prudência e diligência**”. Sob pena de se chegar à irresponsabilidade, pura e simples, para tudo há um limite: “se o erro de diagnóstico, desde que escusável em face do estado da ciência médica” – só que escreveu no final da década de 1940, hoje o estado atual da medicina é bem outro, os métodos de identificação das doenças extremamente avançados – “não induz à responsabilidade do médico, o **engano grosseiro ou manifesto não permite isenta-lo**” (idem, ob. cit., pg. 310). Hodiernamente, “pelo progresso dos aparelhos médicos e hospitalares **que garantem os resultados**, a relação entre paciente e médico perdeu o encanto que a credibilidade insuspeita outorgava” (Ênio Zuliani, RT 811, pg. 52).

13) Em relação ao **contrato de hospitalização**, todavia, Aguiar Dias chega a situação diametralmente oposta: aí a responsabilidade **será contratual**, a necessariamente inverter o ônus da prova; seu descumprimento, ou mau cumprimento, é que precisará ter um motivo explicado e provado. Com arrimo em doutrina estrangeira observando (pg. 297) existirem casos “em que o médico aceita obrigação determinada, obrigação de resultado, **com sentido de cláusula de incolumidade**. É o que sucede **no contrato de hospitalização**, em que o profissional assume o dever de preservar o enfermo de acidentes”.

Insiste nesse ponto à pg. 306: “quanto à **responsabilidade dos donos de casas de saúde ou hospitais**, não há dúvida que inclui um dever de incolumidade, que, naturalmente, **não vai ao ponto de garantir o impossível de restituir a vida ou assegurar a cura, que se fixa, curialmente, na obrigação de resguardar o paciente de quaisquer consequências que um bom serviço poderia evitar**. A relação **contratual** que se estabelece entre o proprietário, a direção ou administração do hospital e o paciente é reconhecida até mesmo em face do tratamento gratuito. A abertura de uma casa de saúde, subordinada como é à licença das autoridades administrativas, que verificam as suas condições de funcionamento, estabelece, em face do cliente eventual, a presunção de que nela encontrará assistência idônea e adequada. É nitidamente contratual a responsabilidade de tais estabelecimentos pela omissão de diligências necessárias à prestação dos serviços hospitalares”. Assim, v.g., se **por razões de economia**, poucos plantonistas permanecerem durante as horas mortas, alunos-residentes a trabalhar praticamente de graça, o risco do “empreendimento” se torna tipicamente contratual.

Tratando da “cláusula de incolumidade” na seção V dessa obra, observa o autor em referência que, num sentido amplo, “a obrigação de segurança aparece, notadamente, nos contratos de transporte, de trabalho, de educação, de diversos públicos, de hospedagem, **de hospitalização**, de compra e venda, e pode referir-se **tanto às pessoas como às coisas**”. Resume-se em que, quem chega a um desses lugares atraído por precedente disposição contratual, tem direito a supor que o atendimento será o melhor possível. Nesse sentido Ênio Zuliani, ob. cit., pg. 54 (“no caso de ocorrer morte, **por infecção hospitalar**, por exemplo, **a responsabilidade do hospital é objetiva**”), mencionando aresto do Ministro Sálvio Teixeira, do STJ (“tratando-se de infecção hospitalar, há **responsabilidade contratual do hospital, relativamente à incolumidade do paciente**”).

Falhas de atendimento graves, como antes se viu, fazem por inverter o ônus da prova até mesmo na responsabilidade aquiliana. Isto é (Aguilar Dias, ob. cit., pg.s 113/114), “o princípio de que ao autor incumbe a prova não é derogado em matéria de responsabilidade civil, mas recebe, nesse domínio, em lugar do seu aparente sentido absoluto, uma significação especial, que por atenção a outra norma (**reus in excipiendo fit actor**), vem a ser esta: “aquele que alega um fato contrário à situação adquirida do adversário é obrigado a estabelecer-lhe a realidade. Ora, quando a situação normal, adquirida, é a ausência de culpa, o autor não pode escapar à obrigação de provar toda vez que, fundadamente, consiga o réu invocá-la. **Mas se, ao contrário, pelas circunstâncias peculiares à causa, outra é a situação-modelo, isto é, se a situação normal faça crer na culpa do réu, já aqui se invertem os papéis: é ao responsável que incumbe provar que, contra essa aparência, que faz surgir a presunção em favor da vítima, não ocorreu culpa de sua parte**”.

Cinquenta anos atrás, já se dizia o que o Código do Consumidor diz hoje: “sem dúvida nenhuma, o que se verifica, em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra **actori incumbit probatio**, no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que **a prova incumbe a quem alega contra a normalidade**, que é válida tanto para a apuração de culpa como para a verificação da causalidade. À noção de **normalidade** se juntam, aperfeiçoando a fórmula, as de **probabilidade** e de **verossimilhança** que, uma vez que se apresentem em grau relevante, justificam a criação das presunções de culpa” (autor e ob. cit., pg. 115).

Observa (idem, pg. 113) que “os autores mais intransigentes na manutenção da doutrina subjetiva reconhecem o fato e, sem abandonar a teoria da culpa, **são unânimes no recurso à inversão da prova**, como fórmula de assegurar ao autor as probabilidades de bom êxito, que de outra forma lhe fugiriam totalmente em muitos casos. Daí

decorrem as presunções de culpa e de causalidade estabelecidas em favor da vítima”.

Tratando do “**actori incumbit probatio**”, pondera não dever ser entendido com rigor absoluto, sob pena de manifesta injustiça: “essa norma, tomada a rigor, em sentido estreito, atribui ao prejudicado um esmagador handicap: impõe-lhe demonstração de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vítima qualquer prova; e isso é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação” (ob. cit., pg. 109).”

Quer dizer, tirante a hospitalização propriamente dita, no plano médico falhas de atendimento podem, perfeitamente, inverter o ônus da prova porque *presuntivas de culpa*. Esquecer, por exemplo, um bisturi ou faixas de gaze no estômago do paciente, o exemplo típico. Aí, o médico operador que se explique, forneça justificativa minimamente razoável para tanto.

Isso não vale apenas para a Ciência Médica, muito menos para a França. Vale para qualquer lugar, decorre da *observação do que usualmente acontece*, das máximas da experiência a que o Código de Processo faz remissão. Daí derivada a chamada presunção do homem (*hominis*), em matéria probatória a valer tanto quanto uma presunção legal, seja *juris tantum* ou mesmo *juris et de jure*.

Trata-se de simples aplicação de princípio geral de prova, insculpido no artigo 335 do Código de Processo Civil; nada mais senão – o que, em última análise, é aquilo a que se denomina “*bom senso*” – “as regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

No exemplo da gaze esquecida, do bisturi deixado na barriga do paciente, isso fica bem evidenciado. Mas não só nisso, a regra possui campo de aplicação dilargado, a presunção representa meio de

prova previsto pelo direito positivo. E o problema da inversão do ônus da prova a nada mais equivale, na realidade, senão a uma aplicação prática do sistema de presunções de que se vale o ordenamento jurídico; tanto civil como penal, em determinadas hipóteses. Exemplos existem, inúmeros.

Em matéria penal, presume-se furtador aquele em cujo poder venha a ser encontrada a "res furtiva", logo após a sua subtração. Deverá, para se forrar aos efeitos de tal presunção – que é meio de prova indireta, indubitavelmente -, demonstrar o modo pelo qual tenha chegado a suas mãos, explicar de quem a recebeu e como. A propósito, de longa data, precedentes nesse sentido.

A jurisprudência, com efeito, parte do pressuposto de que (JUTACRIM 92/248) a apreensão da "res furtiva" em poder do acusado enseja, indubitavelmente, **inversão do ônus da prova**. Do que decorre, para a defesa, a obrigação de "*demonstrar uma convincente versão acusatória de tal circunstância*". Até porque a "res" não terá chegado a suas mãos voando, ou através de um milagre divino, bem se vê.

Tem-se, nessa mesma linha, que "*em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza, por isso mesmo, o desate condenatório*" (JUTACRIM 66/410). Quer dizer, até mesmo no Crime a presunção vale para condenar.

Se até em matéria penal isso ocorre, no Cível não haveria que ser diferente. Aqui, ao que se viu, ao lado das **presunções legais** (derivam da lei, admitindo ou não prova em contrário – quando *juris tantum* ou *juris et de jure*), existem as chamadas **presunções hominis**; fruto do **raciocínio humano, da observação do que ordinariamente acontece**. Situação a que o Código de Processo Civil também faz remissão, no artigo 335 a que se fez remissão.

Num exemplo simples, presume-se haver agido com culpa o motorista, num acidente de trânsito, que venha a **bater por trás**. Porque como regra, em situações dessa ordem, não terá guardado a necessária **distância de segurança** do automotor que o preceda, como determina o Código Nacional de Trânsito. Para se safar, deverá demonstrar (pois aí os papéis se alteram, **toda presunção inverte o ônus da prova**) a ocorrência de **manobra anormal** por quem estivesse à sua frente – parar *ex abrupto* na pista de alta velocidade, por exemplo.

Já se decidiu, nessa linha, que "*quem abalroa um veículo pela traseira age normalmente com culpa*" ("*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*", ed. Lex, vol. 15/135); havendo, em consequência, **que provar** a existência de circunstância suscetível de elidir tal culpabilidade.

Confirmam-se, nesse sentido, acórdãos na "*Revista*" sob exame, vols. 18/140, 16/191, 13/81, 19/166, 42/106.

É que, dentro da normalidade que preside à edição das regras de trânsito, a colisão pela traseira representa **fato anormal**. Ora, "*para que se exculpe o motorista, um acontecimento anormal de trânsito há que ser explicado por uma causa excepcional*". Não

demonstrada esta, é inevitável o decreto condenatório" ("Julgados dos Tribunais de Alçada" 12/201).

Segue-se, nessa linha, que *"demonstrado pelo autor o fato anormal, **cabe ao réu demonstrar a inexistência de culpa** de sua parte"* (Rev. Jurisp. Trib. Just. 18/92). Válido o princípio no Cível como no Crime, em caso similar (*"induz culpa do motorista o fato de o veículo descrever **trajeto anormal**, inteiramente **injustificado** por seu condutor"*) precedente em JUTACRIM 69/298. Assim como colidir **na contramão**; ali derivando por qual razão?

Com a **perda de controle sem motivo aparente**, pela mesma razão de ser, o mesmo princípio há que ser aplicado; trata-se de **fator presuntivo** de culpa. Ao condutor cumprindo alegar **e provar** o tal fato **anormal** antes mencionado. Sendo de jurisprudência defluir a culpa **das só circunstâncias do acidente**, em hipóteses que tais: *"demonstra imperícia o motorista que, pilotando veículo em bom estado de funcionamento, deixa o automotor fugir-lhe ao controle"* (JUTACRIM 31/316).

Vale dizer (JUTACRIM 43/366, rel. Cunha Camargo): *"age com patente imperícia o motorista que, **ante situação comum** de tráfego urbano, atrapalha-se e perde o domínio da direção e velocidade do veículo, dando causa a evento danoso"*.

No mesmo sentido, ainda, JUTACRIM 35/222, rel. Dínio Garcia: *"evidente a culpa de quem, **em face de corriqueiro problema de trânsito, perde o domínio da máquina** e atinge transeunte, que se postara à margem do leito carroçável"*.

Toda presunção, por outro lado, por nada mais é constituída senão por uma série de indícios, a apontar no sentido da culpabilidade daquele contra quem esta atue. Indícios que, evidentemente, sejam unívocos e não equívocos. Isto é, apontem num único sentido e não em outras direções, iguais e contrárias. Sendo equívocos, presunção validamente não se forma; porque o fato poderia ser debitado a uma causa ou outra, que excluísse a primeira.

Aqui, guardadas as devidas proporções, foi o que ocorreu; à vista da equivocidade existente não se podendo falar em presunção, suscetível de inverter o ônus da prova em favor dos autores. Porque os indícios são verdadeiramente equívocos, na esmagadora maioria apontam em direção contrária àquela sinalizada pelos autores.

Vale dizer, foram realmente encontrados *traços de Nubain*; mas, pelo prontuário médico, a droga teria sido aplicada em quantidade pequena (meia ampola, apenas), a uma e quarenta da tarde e depois não mais. Ocorrendo o óbito depois das onze da noite; mais de nove horas depois, quando é certo que a vida útil do medicamento seria de apenas cinco horas. Às onze e dez a pressão da paciente ainda normal, doze por sete.

Tinha esta, por outro lado, no pulmão um vaso de médio calibre com trombose recente, como o exame anátomo-patológico demonstrou. Incivil não sendo concluir, como se assinalou, que as violentas dores de cabeça de que já padecia – e que conduziram à internação, a esta portanto pré-existiram – decorressem de eventual coágulo alojado no cérebro. O cérebro encontrado congesto, com edema e hemorragia interna. Assinalando a perícia perfeitamente possível

(*acrescenta-se, provável*) a morte súbita por força de uma *embolia pulmonar* *havida*.

À vista de tais comemorativos, e bem ao contrário do que na manifestação de fls. 1070/1080 os autores colocam, aqui não havia cogitar de presunção nenhuma, suscetível de inverter o ônus da prova; *diabólica* ou não. Disso se seguindo, pelo meu voto, o improvimento da irresignação recursal. Mantidos os encargos do sucumbimento, a meu ver fixados com a necessária moderação.


Luiz Ambra
Relator