



Acórdão nº
Secretaria da 4ª Câmara Cível Isolada
Agravado de Instrumento nº 00601197620138140301
Comarca de Belém/PA
Agravante: Gustavo da Silva Nery.
Advogados: Amauri de Macedo Cativo OAB/PA 16.323
Eduardo Suzuki Sizo OAB/PA 7.608
Agravado: Karla Cristina Vilhena Cavalcante
Advogado: Carlos Augusto Vasconcelos OAB/PA 9.360
Relator: Des. Elvina Gemaque Taveira

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ERRO MÉDICO. DECISÃO QUE DEFERIU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE CARACTERIZADA. PRELIMINARES DE NÃO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E DE PERDA DE OBJETO. REJEITADAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminar de perda do objeto pelo exercício do direito de defesa pela apresentação de contestação. Rejeição. A pretensão recursal se mostrar útil e necessária ao processo, uma vez que não houve julgamento na origem e a inversão do ônus da prova impõe regramento jurídico que deverá ser observado até o término da ação principal.
2. Preliminar de não cabimento do agravo de instrumento. Rejeição. Inviabilidade de conversão em agravo retido, uma vez que o instituto não subsiste no ordenamento jurídico em vigor e tratando-se de matéria que traduz regra de julgamento e que define a dinâmica da instrução do processo, gerando efeitos às partes, deve necessariamente ser decidida antes da sentença, sob pena de violação ao contraditório.
3. Mérito. A responsabilidade subjetiva do médico prevista no CDC, art. 14, § 4º, não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, conforme precedentes do STJ. Contudo, a medida não se impõe de forma automática, pois o julgador deve se convencer da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, e a decisão deverá ser fundamentada.
4. Verificada a ausência de motivação, deve ser declarada a nulidade da decisão agravada, por manifesta violação ao art.93, IX da CF/88. Inexistindo prejuízo demonstrado, não há que se falar em reabertura de prazo para apresentação de nova contestação.
5. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido.
6. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça do Pará, à unanimidade, em conhecer dos Agravo de Instrumento e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

36ª Sessão Ordinária - 4ª Câmara Cível Isolada, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 28 de novembro de 2016. Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Desembargador José Maria Teixeira do Rosário.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora



RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo (processo nº 00601197620138140301) interposto por GUSTAVO DA SILVA NERY contra KARLA CRISTINA VILHENA CAVALCANTE, diante de decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Belém/PA, nos autos da Ação de Indenização por erro médico, ajuizada pela agravada contra o agravante.

A decisão recorrida (fl. 10) teve a seguinte conclusão:

“Defiro a Justiça Gratuita.

Defiro a Inversão do Ônus da Prova.

CITE-SE a parte ré, para que, querendo, apresente sua resposta ao presente pedido no prazo legal de 15 (quinze) dias, art. 297 do CPC; sob pena de se presumirem aceitos os fatos alegados pelo autor na inicial nos termos dos artigos 285 e 319 do CPC. Apresentada a contestação, se o Réu alegar preliminares, intime-se a autora para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 327), bem como para dizer se pretende a produção de provas, devendo especificá-las e justificá-las;”.

Em razões recursais, (fls.02/09), o agravante alegou que a decisão que deferiu a inversão do ônus da prova é nula por ausência de fundamentação, asseverando que houve violação ao princípio da motivação das decisões judiciais contido no art.93, IX da CF/88, citando jurisprudência da Suprema Corte.

Sustentou estarem presentes os requisitos autorizadores da tutela recursal, consignando que o fumus boni juris está caracterizado pela manifesta violação à norma constitucional e o periculum in mora na ofensa ao exercício de seu direito de defesa, requerendo a imediata suspensão do processo e a declaração de nulidade da decisão para que o juízo de 1º grau reaprecie a petição inicial e conceda novo prazo para apresentação de contestação. Ao final, pugnou pelo total provimento do recurso, juntando documentos às fls. 10/260.

Distribuídos os autos, a Exa. Desa. Elena Farag reservou-se a apreciar o pedido de efeito suspensivo após o contraditório. (fl.203).

A agravada apresentou contrarrazões às fls. 265/282 e, em preliminares, suscitou a perda do objeto do recurso, uma vez que já fora apresentada a contestação e exercido o direito de defesa, não cabendo a reabertura de prazo, bem como, pediu pelo não conhecimento do recurso, alegando que não ficou demonstrado o perigo de lesão grave e de difícil reparação a fundamentar o agravo de instrumento, devendo ser convertido em agravo retido.

No mérito, defende o deferimento da inversão do ônus da prova argumentando que preencheu os requisitos para a concessão da medida, por se tratar de relação de consumo e figurar como parte vulnerável da relação, concluindo que demonstrou a negligência e consequente responsabilidade do agravante pela perda total de sua



visão periférica. Diante disto, pediu pelo não provimento do recurso.

Coube-me a relatoria do feito por redistribuição, em razão da aposentadoria da Exma. Des. Elena Farag, conforme Ordem de Serviço 03/2016 –VP DJE 10/06/2016.

É o relato do essencial. Decido.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, passando à apreciação.

No caso em análise, a agravada suscitou preliminares de perda do objeto e de não cabimento do agravo de instrumento, as quais, passarei a analisar.

1. PRELIMINARES

1.1. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO.

Segundo a agravada, esvaziou-se o objeto do presente recurso em razão da apresentação da peça contestatória, não se admitindo a paralisação do processo para reapreciação da peça inicial e reabertura do prazo de defesa.

A tese não merece ser acolhida.

Ocorre perda do objeto quando a pretensão recursal já não se mostra útil e necessária ao processo, o que não se verifica no caso em análise, uma vez que o processo originário ainda não foi julgado e a inversão do ônus da prova impõe regramento jurídico às partes que deverá, necessariamente, ser observado no julgamento da ação principal. Diante disto, rejeito a preliminar.

1.2. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

A agravada alega que não há perigo de lesão grave ou de difícil reparação que fundamente a interposição do agravo na forma de instrumento, sustentando que deve ser convertido em agravo retido. De igual modo não assiste razão a agravada.

A inversão do ônus da prova, conforme já explicitado, é regra de julgamento, de maneira que, não produzida a prova, a parte a quem cabia a incumbência suportará os efeitos jurídicos da omissão.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do , firmou entendimento segundo o qual o momento adequado para se decidir a inversão do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador. No voto, o Ministro Relator manteve a decisão do Tribunal de origem que desconstituiu a sentença na qual foi decidido sobre a distribuição do referido ônus processual, ressaltando a necessidade de conferir-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança. Senão, vejamos o que diz o mencionado julgado.



RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011).

Nestas circunstâncias, imperioso decidir a questão processual antes da sentença, posto que a matéria trata substancialmente de momento instrutório, não havendo que se falar em agravo retido, recurso que sequer subsiste no sistema processual civil vigente.

Assim, rejeito a preliminar de não cabimento do agravo de instrumento.

2. DO MÉRITO.

A controvérsia reside em saber se a decisão que inverteu o ônus da prova contra o agravante viola o princípio processual constitucional da motivação nas decisões judiciais. Diante disto, a análise do presente recurso se limitará tão somente à verificação da validade da decisão agravada.

O art. 93, IX da Constituição Federal assim estabelece:

“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que as decisões judiciais sejam motivadas, de modo que possam ser submetidas a processo racional de controle. Sobre este aspecto, importante frisar, que esta exigência processual e constitucional serve como verdadeiro instrumento de delimitação da discricionariedade do aplicador do direito, sendo que é por meio da exposição das razões de decidir que se torna possível a verificação da legitimidade das decisões (definitivas e interlocutórias) e,



por conseguinte, sua perfeita adequação ao caso concreto.

Acerca do princípio da motivação das decisões judiciais o renomado jurista Luigi Ferrajoli assevera:

“(…) compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas (...)

(...) ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor ‘ndoprocessual’ de garantia de defesa e o valor ‘xtraprocessual’ de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerando o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p.420).

Segundo o magistério de Alexandre Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil. São Paulo. Atlas. 2014, p.64 a 66), a exigência da motivação das decisões se fundamenta em dois motivos, o primeiro visa proteger o interesse das partes no sentido da garantia do contraditório e o segundo assenta-se no interesse público de maneira a viabilizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados.

O CPC/73 assim dispunha:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Já o art. 489 do CPC/2015 passou a fixar critérios de controle da atividade judicial, senão vejamos:

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

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Deste modo, o magistrado, ao decidir sobre inversão do ônus da prova, não está alijado do dever de fundamentar. Ademais, o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor não afasta essa regra, senão vejamos:



Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

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

A jurisprudência do STJ possui firme entendimento segundo o qual a inversão não ocorre de forma automática (exceto, os casos previstos em lei), cabendo ao juiz a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência. Neste sentido, colaciona-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA TOMADA PELO JUÍZO DE 1ª INSTÂNCIA. TRIBUNAL DE ORIGEM AFASTA A NULIDADE. REVER TAL ENTENDIMENTO IMPLICARIA REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBANDI EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ 1. [...]. 2. O Tribunal de origem desproveu o Agravo de Instrumento, mantendo a decisão que determinou a inversão do ônus probatório por entender que não houve nulidade por falta de fundamentação. Decidir de forma contrária ao que ficou expressamente consignado no v. acórdão recorrido implicaria o necessário revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ 3. O art. 6º, VIII, do CDC inclui no rol dos direitos básicos do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". 4. A expressão "a critério do juiz" não põe a seu talante a determinação de inversão do ônus probatório; apenas evidencia que a medida será ou não determinada caso a caso, de acordo com a avaliação do julgador quanto à verossimilhança das alegações ou à hipossuficiência do consumidor. 5. A transferência do encargo probatório ao réu não constitui medida automática em todo e qualquer processo judicial, razão pela qual é imprescindível que o magistrado a fundamente, demonstrando seu convencimento acerca da existência de pressuposto legal. Precedentes do STJ. 6. A tese recursal de que a inversão do ônus da prova não pode ser deferida em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública, por faltar a condição de hipossuficiência, não foi debatida na instância ordinária, tampouco foram opostos Embargos de Declaração para esse fim. Aplicação da Súmula 211/STJ, ante a falta de prequestionamento. 7. Ad argumentandum, tal alegação não prospera. A uma, porque a hipossuficiência refere-se à relação material de consumo, e não à parte processual. A duas, porque, conforme esclarecido alhures, tal medida também pode se sustentar no outro pressuposto legal, qual seja, a verossimilhança das alegações. 8. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 655.584/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 05/08/2015).

Em que pese o STJ ter reconhecido no julgamento do AgRg no Ag: 969015 SC 2007/0244421-0, que a responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, § 4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, a decisão deve estar fundamentada na existência dos requisitos previstos no art.6º, VIII do CDC. Contudo, no caso dos autos o Juízo de 1º grau deferiu a medida sem expor qualquer razão de fato ou de direito que justificasse sua decisão.

3. DISPOSITIVO



Ante o exposto, constatada a manifesta ausência de fundamentação e afronta ao art.93, IX da CF/88 e art. 165 do CPC/73, CONHEÇO e dou PARCIAL PROVIMENTO ao presente Agravo de Instrumento, para declarar nula a decisão que deferiu a inversão do ônus da prova. Rejeitando o pedido de reabertura prazo para apresentação de nova contestação, por não verificar necessidade da medida e por não estar evidenciado qualquer prejuízo às partes.

É o voto.

Belém, 28 de novembro de 2016.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora