

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão

ARNALDO TEBECHERANE HADDAD FILHO

DA RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL NA APURAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

SÃO PAULO
2012

ARNALDO TEBECHERANE HADDAD FILHO

**DA RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL NA APURAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como requisito parcial para a
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof.^a Ms. Cláudia Aparecida Cimardi

SÃO PAULO

2012

ARNALDO TEBECHERANE HADDAD FILHO

**DA RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL NA APURAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como requisito parcial para a
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

LOCAL: Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

1º examinador: Prof.^a Ms. Cláudia Aparecida Cimardi

2º examinador

3º examinador

Aos meus familiares e à minha
companheira Juliana, as peças que
compõem a minha vida de maneira tão
complementar e essencial.

À Prof.^a Ms. Cláudia Aparecida Cimardi,
pela atenção dispensada na
concretização deste trabalho.

RESUMO

O trabalho enfatiza as demandas judiciais de responsabilidade civil do médico, mencionando a mudança da relação médico-paciente, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor. Discorre sobre o termo *erro médico*. Adentra assunto atinente ao ônus da prova, citando a possibilidade de inversão em determinadas circunstâncias. Aduz acerca dos meios de prova nas ações de *erro médico*, destacando a prova pericial. Esmiúça o procedimento pericial no Direito Processual Civil, trazendo apontamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais. Comenta as principais alterações do procedimento pericial propostas pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010, que propõe a instituição do Novo Código de Processo Civil. Conclui pela imprescindibilidade da prova pericial para a apuração da responsabilidade civil do médico, reputando-se, a sua realização, requisito de validade da decisão judicial.

Palavras-chave: prova, perícia, perito, médico, erro médico, responsabilidade civil, demanda judicial.

ABSTRACT

The work emphasizes the litigation of civil liability of the medical professional, noting the change of the relationship between doctor and patient, after the term of the Consumer Protection Code. Discusses about the term *medical error*. Enters on the burden of proof, citing the possibility of inversion in certain circumstances. Addresses the means of evidence in *medical error* demands, highlighting the expert evidence. Details the procedures performed by the expert on the Civil Procedural Law, bringing notes doctrinal and jurisprudential. Concerns the principal changes on the procedures proposed by Law number 8.046/2010, which establishing the New Code of Civil Procedure. Concludes with the indispensability of expert evidence for the investigation of medical liability, accounting a requirement of validity of the judgment.

Keywords: evidence, expert examination, expert, doctor, medical malpractice, liability, judicial demand.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPITULO I – DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... | 11 |
| 1.1. Da Responsabilidade Civil do Médico..... | 11 |
| 1.2. Do Erro Médico..... | 12 |
| 1.3. Do Ônus da Prova..... | 14 |
| 1.3.1. Da Inversão do Ônus da Prova..... | 15 |
| 1.3.2. Do Momento Processual para a Inversão do Ônus da Prova..... | 17 |
| 1.4. Dos Meios de Prova..... | 19 |
| CAPÍTULO II – DO PERITO..... | 21 |
| 2.1. Da Nomeação..... | 21 |
| 2.2. Dos Conhecimentos Especializados..... | 23 |
| 2.3. Da Nomeação de Mais de um Profissional..... | 25 |
| 2.4. Da Substituição do Profissional..... | 26 |
| 2.5. Dos Direitos e Deveres..... | 27 |
| 2.6. Dos Honorários..... | 29 |
| CAPÍTULO III – DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL..... | 32 |
| 3.1. Da Admissibilidade..... | 32 |
| 3.2. Do Requerimento das Partes e da Designação <i>ex officio</i> | 33 |
| 3.3. Da Formulação de Quesitos e da Nomeação de Assistente Técnico..... | 35 |
| 3.4. Da Data e do Local da Perícia..... | 38 |
| 3.5. Da Perícia Indireta..... | 39 |
| 3.6. Da Realização do Exame Pericial Médico..... | 41 |
| 3.7. Do Laudo Pericial..... | 42 |
| 3.8. Das Manifestações das Partes Sobre o Laudo..... | 45 |
| 3.9. Do Pedido de Esclarecimentos..... | 45 |
| 3.10. Da Segunda Perícia..... | 47 |
| 3.11. Da Aplicabilidade do Art. 191 do CPC ao Procedimento da Perícia..... | 48 |

| | |
|--|----|
| CAPITULO IV – DA PROVA PERICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | 51 |
| 4.1. Honorários Periciais..... | 51 |
| 4.2. Prazo para a Conclusão da Perícia..... | 52 |
| 4.3. Sanções em Caso de Informações Inverídicas..... | 53 |
| 4.4. Apresentação de Proposta de Honorários..... | 54 |
| 4.5. Relação Entre Perito e Assistentes Técnicos..... | 55 |
| 4.6. Quesitos Suplementares..... | 55 |
| 4.7. Prazo do Perito..... | 56 |
| 4.8. Pedido de Esclarecimentos Periciais..... | 57 |
| CONCLUSÃO..... | 59 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 61 |

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, vigente desde 11 de março de 1991, o brasileiro deparou-se com uma série de novos regramentos que instituíam-lhe direitos protetivos até então inéditos. Tal circunstância alterou radicalmente a forma como o consumidor de produtos e serviços enxergava a si próprio, o que o fez adotar uma nova postura nas relações de consumo, passando a exigir informação suficiente, clareza dos termos negociados, qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado, dentre outras prerrogativas revolucionárias trazidas pela lei especial.

Conseqüentemente, houve um significativo crescimento de demandas judiciais contra fornecedores de produtos e serviços, incluindo as grandes companhias, as empresas de pequeno porte, os comerciantes individuais e os profissionais liberais. No tocante a estes últimos, é notório que os profissionais de saúde foram os mais atingidos, com especial enfoque nos médicos.

Inúmeros são os motivos que levaram os médicos a serem os profissionais liberais com uma maior incidência em demandas judiciais, mas é evidente que as peculiaridades da profissão favoreceram tal situação, dentre as quais, o alto risco de danos aos principais bens jurídicos tutelados – a saúde e a vida – e a complexidade que o serviço médico denota, de modo que o consumidor não tem conhecimentos suficientes para entender as razões de insucesso de determinados tratamentos, revelando-se o processo judicial uma ferramenta para esclarecimentos.

Por esses e outros pormenores, o deslinde das causas que questionam o serviço médico depende muito da instrução processual, adquirindo a prova pericial maior relevância no desfecho do caso, visto que esta almeja justamente esclarecer o teor técnico que o litígio demanda, mostrando se realmente houve dano à vida ou à saúde do paciente, se este dano possui liame com o tratamento, e, ainda, se o desfecho danoso decorreu de culpa profissional.

Assim, o presente trabalho realizará um estudo, em quatro capítulos, de todo o procedimento pericial, com enfoque na apuração da responsabilidade civil do médico, com o fito de evidenciar a importância desta prova para o esclarecimento das denominadas ações de *erro médico*.

Por fim, serão apresentadas as principais mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010, em cotejo com o texto legal em vigência.

CAPITULO I

DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

1.1. Da Responsabilidade Civil do Médico

A responsabilidade do médico possui natureza contratual, podendo, no entanto, *existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato*¹, como, por exemplo, em um atendimento médico emergencial prestado às vítimas de um acidente, por profissional que se encontrava de passagem.

O fato de a relação médico-paciente ser contratual poderia cogitar, nos casos de insucesso de um tratamento, a ocorrência de inadimplemento do contrato. Porém, em se tratando da responsabilidade civil do médico, este profissional assume uma obrigação de meio e não de resultado, ou seja, *o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência*².

Como muito bem resumiu Ênio Santarelli Zuliani, *a responsabilidade desses profissionais, portanto, dependerá da análise da sua conduta, e não propriamente da conclusão de seu trabalho*³. Logo, a responsabilidade civil desses profissionais somente será verificada quando presente qualquer das modalidades de culpa – imprudência, negligência ou imperícia⁴.

No tocante aos cirurgões plásticos, tem-se outra perspectiva. A doutrina e a jurisprudência majoritárias asseveram que a obrigação desses profissionais é de resultado, pois *os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, problema estético,*

1 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 360.

3 ZULIANI, Ênio Santarelli. *20 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor – Desafios atuais*. Revista do Advogado, São Paulo. Nº 114. Ano XXXI. Associação dos Advogados de São Paulo. p. 61.

4 GONÇALVES, Carlos Roberto, *ibidem*.

interessando-lhes, pois, o resultado⁵.

Esta mesma corrente majoritária ressalva que, nos casos de cirurgia plástica reparadora, a obrigação será de meio, como, por exemplo, *no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho*⁶.

Deve-se registrar, no entanto, que, para alguns, a cirurgia plástica, assim como qualquer outra especialidade médica, sempre denota obrigação de meio, haja vista a Medicina não ser uma ciência exata, pois se sujeita a todas as adversidades do corpo humano, principalmente nos procedimentos cirúrgicos, até porque muitos resultados indesejados não têm qualquer vínculo com a atuação do médico.

De uma forma ou de outra, a responsabilização do médico pelo insucesso de um tratamento – popularmente chamado de *erro médico* – deve sempre revelar a existência de um dano, que mantenha nexos de causalidade com a atuação do profissional e, não obstante, culpa, por parte deste, seja por negligência, imprudência ou imperícia. Trata-se, portanto, da responsabilidade subjetiva, tal como ocorre com os demais profissionais liberais (§ 4º do art. 14, CDC), excetuando-se, desta forma, da regra geral do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade objetiva – prescindindo da aferição de culpa para configurar a responsabilização – dos fornecedores de produtos e serviços.

1.2. Do Erro Médico

Entende-se por *erro médico* *todo o ato realizado pelo profissional médico, que, devido a um falso juízo, engano, incorreção, inexatidão da realidade, ou ainda, em virtude de uma decisão desacertada, resulta em prejuízo para a vida ou a saúde de seu paciente*⁷. Abrange esta nomenclatura os casos de erro de

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, *op. cit.*, p. 366.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, *op. cit.*, p. 367.

7 HADDAD FILHO, Arnaldo Tebecherane. *A Relativização da Culpa no Exercício Regular da Medicina*. 2008. Trabalho de Graduação Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2008. p. 54.

diagnóstico, tratamentos cirúrgicos e clínicos malsucedidos, opções equivocadas de terapêuticas, dentre outras hipóteses de insucessos que podem suscitar a existência de um dano físico, estético ou psicológico, que guarde nexos de causalidade com a conduta adotada e, ainda, em decorrência de negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional que prestou atendimento de saúde.

Deve-se, todavia, salientar que os julgadores brasileiros, em sua grande maioria, mostram um certo rigorismo para concluir pela condenação do médico em ações judiciais, exigindo a evidência de um erro grosseiro e de culpa suficientemente demonstrada, conforme bem ressalta o eminente doutrinador Miguel Kfoury Neto, em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*⁸.

Por tal motivo, cumpre destacar a diferença entre o *erro escusável* e o *erro inescusável*, no qual, na primeira situação, o médico pode cometer um equívoco dentro de uma linha de raciocínio lógica e de acordo com os protocolos científicos, não lhe cabendo, portanto, responsabilização; já na segunda hipótese – *erro inescusável* – afiguram-se os casos de erro grosseiro por parte do profissional, v.g., o cirurgião que extrai cirurgicamente membro sadio no lugar do acometido por patologia grave, situação absolutamente evitável caso o médico fosse mais diligente⁹.

Há, ainda, aqueles que, na mesma toada, distinguem o *erro médico* (erro grosseiro e inescusável) do *erro do médico*¹⁰ (erro escusável do profissional), e, também, quem prefira falar em *culpa profissional* e *culpa ordinária*¹¹, sendo esta última a hipótese de erro grosseiro e indesculpável.

Não se pode olvidar que existe muita divergência àqueles que defendem tal distinção, pois, para os dissidentes deste entendimento, a condenação do médico independe do tipo de erro, seja ele grosseiro ou não.

Porém, é inegável que a Medicina mostra peculiaridades não verificadas em outras categorias profissionais, devendo-se levar em consideração que esta profissão está sempre ligada a um risco à vida e à saúde do paciente, cujos

8 KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade Civil do Médico*, *op. cit.*, p. 82.

9 HADDAD FILHO, Arnaldo Tebecherane. *op. cit.*, p. 55-56.

10 HADDAD, Arnaldo Tebecherane. *A reconvenção nas ações por imputação de erro médico*. 2002. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Santos, 2002. p. 28.

11 KFOURI NETO, Miguel, *op. cit.*, p. 79, *apud*, MAZEUD, Henry; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, p. 431-432.

resultados sujeitam-se à complexidade do organismo humano.

Portanto, ao investigar um atendimento de saúde na procura de um *erro médico*, não basta ler o desfecho do caso para analisar as condutas tomadas pelo profissional durante o tratamento, afinal é fácil fazer juízo de uma história quando já se sabe o seu final. Assim, a averiguação de erro profissional deve ser feita sob o ponto de vista do médico, no momento da sua atuação, levando-se em conta todas as circunstâncias do atendimento – podendo ser emergencial ou eletivo, denotar gravidade maior ou menor, demandar procedimento terapêutico complexo etc. – considerando-se, ainda, que o médico, até então, desconhece o desdobrar dos fatos.

1.3. Do Ônus da Prova

Como ocorre em todos os feitos que demandam alto teor técnico, a instrução processual, nos casos de acusação de erro médico, ocupa papel de destaque na elucidação dos fatos, cabendo analisar sobre quem recai o ônus da prova.

O artigo 333, *caput*, do Código de Processo Civil¹², reparte o ônus da prova entre os litigantes, cabendo a cada um *provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicada pelo juiz na solução do litígio*¹³.

Logo, quando o réu apresenta defesa negando a existência do fato trazida pelo autor, caberá a este comprovar a veracidade do alegado, sob o risco de sucumbir em sua pretensão.

Por outro lado, quando o demandado contesta por meio de outros fatos que seriam prejudiciais ao pedido do demandante, vê-se situação diversa. Neste caso, o réu estará, implicitamente, admitindo como verdadeiro aquele fato primário aduzido na exordial, cabendo então a si comprovar a existência dos fatos trazidos pela contestação, que seriam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do

12 Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 420.

autor. Relevante assinalar, todavia, que, apresentando o réu versão diversa do fato alegado pelo autor, não se configurará a hipótese prevista no inciso II do artigo 333 do CPC, pois a defesa estará apenas afirmando que aquele mesmo fato ocorreu de outra maneira, não havendo, portanto, a alegação de circunstâncias *impeditivas*, *modificativas* ou *extintivas* da pretensão do autor. Neste caso, o ônus da prova ainda incumbirá ao demandante.

Porém, há situações em que a regra geral do dispositivo em comento não é aplicada, pois, muitas vezes, as circunstâncias da lide necessitam que o ônus da prova seja invertido. Tal hipótese será aferida quando as alegações mostrarem-se verossímeis ou quando houver hipossuficiência da parte a quem incumbiria a produção da prova, conforme será abordado no tópico seguinte.

1.3.1. Da Inversão do Ônus da Prova

A possibilidade de inverter a obrigação probatória foi trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, especificamente no artigo 6º, inciso VIII. Segundo a referida norma, aquele a quem competia a produção da prova poderá desincumbir-se deste ônus quando suas alegações mostrarem-se robustamente persuasivas ou quando se verificar a hipossuficiência para tanto.

E com relação à hipossuficiência, não se pode confundi-la com a vulnerabilidade. Esta é inerente à condição de consumidor na relação, enquanto que aquela é circunstancial, dependendo da situação de cada caso e pessoa¹⁴. Ou seja, todo o consumidor é vulnerável, mas nem sempre será hipossuficiente, dependendo das peculiaridades das relações de consumo, singularmente.

Insta ressaltar observação de James Eduardo de Oliveira, em *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Comentado*, citando José Rogério Cruz e Tucci, no qual este salienta que a hipossuficiência se refere à restrição de informações e/ou conhecimentos técnico-culturais, mas não à limitação financeira¹⁵, o que faz muito sentido, uma vez que a restrição econômica já encontra amparo na

14 OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor Anotado e Comentado Doutrina e Jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 113.

15 OLIVEIRA, James Eduardo, *op. cit.*, p. 113, *apud*, TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e Processo Civil. RT 671/35.

assistência judiciária aos necessitados, prevista na Lei 1.060/50.

Nos casos de litígio em que há acusação de erro médico, o feito trará ao debate matéria afeta à Medicina, revelando, destarte, teor altamente complexo. Por tal motivo, o paciente (autor) não se encontrará em paridade técnica com o médico (réu) para trazer aos autos os elementos necessários para o deslinde da causa, evidenciando, neste detalhe, a sua hipossuficiência. E a solução para tal desequilíbrio será a inversão do ônus probatório, incumbindo o médico de trazer à luz as provas de que a sua atuação fora escorreita ou de que o dano reclamado inexistente ou não encontra liame com o atendimento prestado.

Impende destacar ressalva feita por Humberto Theodoro Junior, o qual afirma que o consumidor não se desincumbe totalmente de provar o fato constitutivo de seu direito, pois não será possível ao juiz avaliar a verossimilhança das alegações ou a sua hipossuficiência sem que haja um *suporte probatório mínimo* sobre o qual possa-se decidir sobre a inversão do *onus probandi*, ou não¹⁶.

O renomado autor acrescenta que, inexistindo provas *do fato constitutivo do direito do consumidor (autor)*, seria *diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa de fato passado fora da sua área de conhecimento e controle*, pois reputar-se-ia uma prova impossível¹⁷.

Portanto, para que o consumidor seja beneficiado com a inversão do ônus da prova, deverá demonstrar cabalmente a sua hipossuficiência para produzi-la ou a verossimilhança das suas alegações, devendo, porém, trazer aos autos todos os elementos ao seu alcance, em observância à boa-fé processual.

Da mesma forma ocorre nas causas em que se apura a existência de um *erro médico*, em que as partes, desapegando-se dessa visão da repartição do ônus da prova, *deverão trazer aos autos todos os subsídios (literatura médica, histórico clínico, laudos científicos, relatos de testemunhas etc.) que possam proporcionar ao julgador a correta reconstituição dos fatos*¹⁸.

16 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 424.

17 *Ibidem*.

18 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

1.3.2. Do Momento Processual para Inversão do Ônus da Prova

Quanto ao momento processual em que a inversão do ônus probatório deve ser determinada, observa-se muita divergência.

Há corrente jurisprudencial que defende a inversão do ônus da prova antes do início da fase instrutória ou durante esta, com o fito de se evitar que as partes sejam surpreendidas no final do processo com a notícia de que a obrigação de provar lhe competia¹⁹.

Contudo, o posicionamento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça é em sentido diverso, asseverando que a inversão do ônus probante é regra de julgamento, cabendo apreciar somente ao final do processo quem tinha o *mister* da produção da prova²⁰.

Interessante observar que este último entendimento ganhou considerável força no STJ, o que acarretou à renúncia de alguns julgadores dissidentes frente ao predomínio deste posicionamento, conforme pode-se notar no voto do Excelentíssimo Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Recurso Especial nº 949.000, de sua relatoria, no qual julgou em desacordo com as suas próprias razões tão somente para *preservar a higidez da jurisprudência* da Corte²¹.

Nota-se, assim, que o assunto é polêmico na jurisprudência, porém fica claro que o posicionamento majoritário prevalece até mesmo sobre os julgadores que não compartilham deste entendimento.

No tocante à doutrina, o assunto também não é pacificado.

Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes, o momento processual mais adequado

19 *A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida* (STJ, REsp 881651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 592).

20 *Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento.* (STJ, REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220).

21 (...) *A meu ver, a tese de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento não é compatível com o devido processo legal. A adoção dessa tese permite que o processo corra sob clima de insegurança jurídica, colocando ao menos uma das partes em dúvida sobre seus encargos processuais. Rendo-me, entretanto, à orientação adotada pela maioria, para preservar a higidez de nossa jurisprudência.* (STJ, REsp 949000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008).

para a decidir quanto à inversão do ônus da prova situa-se entre o pedido inicial e o saneador. O jurista ainda critica a polêmica que envolve o tema, afirmando que *esta é fruto de falta de rigorismo lógico e teleológico do sistema processual instaurado pela Lei 8.078 e ainda resquícios da memória privatista do regime do processo civil tradicional*²². Entende, também, que, no sistema processual que não atine às relações de consumo, as partes têm clareza acerca da distribuição do ônus probatório, consoante regra disposta no artigo 333 do CPC, de modo que *sabem de antemão a quem compete o ônus da produção de prova*²³. Por tal motivo, o renomado professor insurge-se contra a falta de certeza quando a demanda concerne à lei consumerista.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, por outro lado, sustentam que *não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6.º VIII), porque não se trata de regra de procedimento, mas sim regra de juízo*, devendo ser manifestada na sentença. Os eminentes doutrinadores ainda afirmam que *o sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza*²⁴.

Verifica-se, portanto, um debate acalorado sobre o tema, em que ambas as correntes apresentam argumentos fortes e ponderados. Contudo, parece mais razoável o entendimento que defende a inversão do ônus probatório como regra de julgamento.

Embora possa alvitrar questionamentos, visto que somente ao final do processo as partes teriam conhecimento das provas que deveriam ter produzido, não se pode olvidar que a inversão do encargo probatório somente no julgamento evita com que a parte beneficiária desta medida acomode-se a ponto de apresentar postura inerte, aguardando tão somente a atuação do *ex adverso* na instrução processual.

Portanto, sem a certeza de que haverá ou não a inversão do ônus da prova, demandante e demandado trarão ao processo todos os elementos que estiverem ao seu alcance, independentemente de haver prévia obrigação nesse

22 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 2ª ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 741.

23 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, *op. cit.*, p. 742.

24 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. Código de processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 8ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 798.

sentido. Deste modo, as partes atuarão com verdadeira lealdade processual, proporcionando ao juízo uma riqueza de dados para o julgamento.

Aliás, analisando com olhos mais rigorosos, não se vislumbra motivos para a parte saber de antemão se haverá ou não a inversão da obrigação probatória, uma vez que estas já têm conhecimento da regra geral preconizada pelo artigo 333 do CPC, bem como da possibilidade de ocorrer a exceção prevista pelo artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Logo, não há que se falar em surpresas processuais.

Até porque eventual argumento da parte de que fora surpreendida com a inversão do ônus probatório no julgamento, revela que esta, durante todo o processo, teve a chance de produzir a prova mas não o fez porque aguardava decisão judicial que assim a desincumbisse, ou seja, por questões estratégico-processuais – moralmente questionáveis, diga-se de passagem – a parte preferiu assumir postura passiva.

Ademais, ao final do processo o juiz terá uma visão muito mais aprofundada da demanda, podendo decidir com firmeza a quem deveria ter recaído a incumbência de provar. E tal verificação não é possível antes de encerrada a instrução processual, uma vez que a análise do magistrado, no início do processo, incontestavelmente é perfunctória, podendo proferir decisão precipitada e prejudicial às partes.

1.4. Dos Meios de Prova

Consoante aduzido alhures, a fase instrutória é parte essencial do processo nos feitos em que se investiga a responsabilidade civil do médico.

Os meios de prova são diversos, sendo que, aqueles que tem por finalidade a elucidação técnica, assumem papel de destaque, sobressaindo aos demais.

Dentre tais provas que objetivam o esclarecimento técnico, as mais utilizadas são: literatura doutrinária médica, prontuários de atendimento, fichas de consulta, trabalhos científicos, protocolos de atendimento, laudos periciais etc..

Todas as provas supracitadas tem função importante para o deslinde da

causa, no entanto é de se considerar que a prova pericial possui uma relevância maior, afinal esta tem por escopo “traduzir”, para o leigo julgador, o conteúdo técnico que atine a demanda, ao contrário das demais (literatura médica, prontuário de atendimento etc.), que, a despeito de enriquecer o processo com mais informações científicas, permanecem em linguagem especializada, revelando-se, destarte, pouco esclarecedoras.

Assim, nas demanda em que se apura a responsabilidade civil do médico, a prova pericial terá por objeto não somente a verificação de dano, nexos de causalidade e culpa médica, mas também deverá esclarecer o teor técnico existente nas demais provas acostadas aos autos do processo, ou seja, apesar de relevantes, estas outras provas também passarão pelo apreço do *expert*, o que mostra a sobrepujança da prova pericial para a resolução da causa.

CAPÍTULO II DO PERITO

Para o seu devido funcionamento, a Justiça conta com auxiliares, como o escrivão, o oficial de justiça, o intérprete judicial, o depositário oficial, o administrador, o perito, entre outros, cujas atribuições estão definidas no Capítulo V do Título IV do primeiro Livro do Código de Processo Civil.

Esses serventuários podem ser divididos em *permanentes*, que são aqueles que atuam com habitualidade *em todo e qualquer processo que tramite pelo juízo*, e *eventuais*, cuja atuação não ocorre em caráter usual, sendo convocados conforme a necessidade de cada processo²⁵.

No caso do perito, este se enquadra dentre os serventuário *eventuais*, sendo chamados para atuar nos processos que demandam matérias técnico-científicas que desbordam dos conhecimentos do juiz, como, por exemplo, em ações de imputação de *erro médico*, cuja apuração dos fatos dependerá de uma compreensão científica não tangível ao magistrado.

2.1. Da Nomeação

Por ser um serventuário de natureza *eventual*, normalmente o perito não se encontra relacionado entre os funcionários fixos da Justiça, de modo que a sua atuação no processo depende de nomeação pelo juiz da causa.

Na escolha do profissional que realizará a diligência pericial, o magistrado poderá optar por pessoa de sua confiança, que, nos casos de perícia médica, poderá ser qualquer profissional médico, devidamente habilitado junto ao respectivo Conselho Regional de Medicina, devendo este profissional não ter ligação pessoal ou profissional com qualquer das partes, seja em situação presente ou em passado recente. Por exemplo, o magistrado não deve nomear como perito alguém que atue como médico da família de um dos litigantes ou que mantenha alguma relação próxima a estes. Da mesma forma, o magistrado deve

25 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 210.

evitar a nomeação de profissional que, comumente, sirva de assistente técnico a uma das partes em outra ações, embora não haja vedação expressa assim coibindo, havendo, inclusive, precedente jurisprudencial em sentido contrário²⁶.

Fica claro, entretanto, que, em ambos os casos, a proximidade pessoal ou profissional poderá afetar a imparcialidade com a qual o experto deve realizar os seus trabalhos, valendo lembrar que os motivos de impedimento e suspeição aplicáveis aos juízes também servem aos peritos, consoante alude artigo 138, inciso III da lei processual civil.

Ocorre que, em muitas cidades de pequeno porte, a seleção de um profissional isento de vínculos pode se tornar uma árdua missão, pois a maioria dos habitantes normalmente se conhece ou mantém algum tipo de relação que poderia comprometer a livre opinião do *expert*.

Desta forma, a nomeação de um perito profissional vinculado a algum órgão oficial pode ser a solução. Muitos Estados, mantêm instituições que realizam perícias médicas gratuitamente – *v.g.*, no Estado de São Paulo, há o Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC) –, podendo o juiz, como alternativa à nomeação direta, solicitar, através de ofício, a realização de exame pericial médico, ocasião em que a instituição requisitada, por meio de seu diretor, designará um dos peritos inscritos em seus quadros.

Importante destacar que a realização do exame por perito designado pelo diretor do órgão oficial não representa qualquer ofensa ao artigo 421, *caput*²⁷, do Código de Processo Civil, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 38.839, pois, segundo voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando precedente do Supremo Tribunal Federal, não há delegação de função do magistrado ao diretor da instituição, mas, sim, *confiança do juiz em todos os componentes do quadro*²⁸.

26 *PROCESSUAL - ASSISTENTE TECNICO - IMPEDIMENTO ASSISTENTE TECNICO DE UMA DAS PARTES NÃO ESTA IMPEDIDO DE FUNCIONAR COMO PERITO DO JUIZO EM OUTRO PROCESSO, ENVOLVENDO AQUELA PARTE.* (REsp 40.116/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/1994, DJ 22/08/1994, p. 21216)

27 *Art. 421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo:*

28 *PROCESSO CIVIL. PERICIA MEDICO LEGAL. NOMEAÇÃO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL SEM INDIVIDUAÇÃO DO PERITO. ADMISSIBILIDADE. INOCORRENCIA DE VULNERAÇÃO AO ART. 421, CPC. INTELIGENCIA DO ART. 434 DA LEI PROCESSUAL. AGRAVO DESPROVIDO. - A NOMEAÇÃO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL PARA A REALIZAÇÃO DE PERICIA MEDICO-OFICIAL, SEM INDIVIDUAÇÃO DO PERITO, NÃO VIOLA O ART. 421, CPC, E ENCONTRA SUPORTE LEGAL NO ART. 434 DA LEI PROCESSUAL, SUPONDO A CONFIANÇA DO JUIZ EM TODOS OS INTEGRANTES DO QUADRO, BEM COMO NO CRITERIO DE SEU DIRETOR.* (AgRg no Ag

Ademais, o artigo 434, *caput*²⁹, do mesmo diploma legal, preceitua que, nos casos de perícia de natureza médico-legal, deve-se, preferencialmente, optar pela realização da prova por meio desses estabelecimentos oficiais, não retirando, contudo, a discricionariedade do magistrado, que, ainda assim, poderá escolher livremente a forma que lhe parecer mais benéfica ao processo³⁰, até porque, em algumas ocasiões, a realização da perícia por esses órgãos demandam longo tempo de espera em razão do grande número de requisições, podendo protelar, em muito, o regular andamento do feito.

Por fim, cita-se disposição normativa da Resolução nº 126/2005, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a qual determina que o profissional nomeado para uma perícia deverá declinar do encargo nos casos em que o periciando for seu colega ou ex-colega de trabalho (art. 2.º, § 1.º) ou, ainda, paciente ou ex-paciente (art. 2.º, § 3.º), constituindo infração ética a inobservância destas regras³¹.

2.2. Dos Conhecimentos Especializados

Além dos requisitos acima mencionados, o perito designado para realização do trabalho pericial deve comprovar o seu conhecimento especializado

38.839/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/1995, DJ 20/03/1995, p. 6121)

29 Art. 434. *Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.*

30 AÇÃO ACIDENTARIA. PERICIA DE NATUREZA MEDICA-LEGAL. ART. 434 DO CPC. INEXISTENCIA DE VIOLAÇÃO. O FATO DA LEI DISPOR QUE O PERITO SERA ESCOLHIDO DE PREFERENCIA ENTRE OS TECNICOS DOS ESTABELECIMENTOS OFICIAIS ESPECIALIZADOS, NÃO IMPEDE QUE O MAGISTRADO NOMEIE MEDICO PARTICULAR TECNICAMENTE HABILITADO E DE SUA CONFIANÇA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 19.062/SP, Rel. MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1993, DJ 13/12/1993, p. 27431)

31 Art. 2º - *As causas de impedimentos e suspeição aplicáveis aos auxiliares da Justiça se aplicam plenamente aos peritos médicos.*

§ 1º - *É vedado ao médico do trabalho de empresa/instituição atuar como perito ou assistente técnico em processo judicial ou procedimento administrativo envolvendo empregado/funcionário ou ex-empregado/funcionário da mesma empresa.*

§ 2º - *É vedado ao médico, qualquer que seja a especialidade, atuar como perito em face de servidores da mesma instituição e mesmo local de trabalho, exceto se compuser corpo de peritos exclusivos para esta função ou na função de assistente técnico.*

§ 3º - *Constitui infração ética expressa no art. 120 do Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.246/88, o médico ser perito ou assistente técnico em processo judicial ou procedimento administrativo, envolvendo seu paciente ou ex-paciente.*

na área objeto do exame, não sendo suficiente a formação generalista em Medicina, ou especialização em área médica alheia ao caso em litígio, pois é necessário que a sua formação acadêmica seja condizente com o grau técnico que o feito exige. Tal necessidade está inserida no § 2.^{o32} do artigo 145 do CPC.

Logo, a nomeação do perito não pode recair sobre qualquer médico, tão somente por ser pessoa de confiança do magistrado, o que, infelizmente é muito comum, pois frequentemente nos deparamos com trabalhos periciais realizados por profissionais sem formação especializada na área médica atinente à demanda (v.g., perícia afeta à cirurgia plástica, cujo profissional designado para a diligência possui formação em ortopedia).

É igualmente condenável a realização de perícia por médico que tenha formação em especialidade coligada mas não exatamente naquela que concerne ao feito, como, por exemplo, quando um neurologista clínico realiza perícia que demandaria conhecimento de um neurocirurgião. É evidente que a falta de contato com a especialidade cirúrgica prejudicará a análise do clínico, por mais que este tenha, em sua formação, residência em cirurgia geral e neurologia clínica, afinal cada especialidade médica mantém verdadeiros abismos de conhecimentos entre si.

Portanto, *não basta a qualidade de médico para a realização de perícia que exija conhecimentos de especialista* devendo o profissional escolhido enquadrar-se *dentre os que se valem de conhecimento especial sobre o tema*³³, sob pena de tornar imprestável a prova, e, por conseguinte, a decisão, que, inevitavelmente, embasar-se-á nesta³⁴.

Porém, impende salientar que o grau de especialidade do perito deve atender às peculiaridades da demanda, pois, em algumas circunstâncias, a nomeação de um profissional com menos graduação, ou até de um generalista, pode servir melhor para uma correta análise do trabalho médico objeto da

32 § 2.^o Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.

33 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Op. Cit.*, p. 620.

34 *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO-DOENÇA - PERÍCIA - IMPRESTABILIDADE – NULIDADE. Certo é que, para a realização da perícia, há de ser nomeado profissional com formação pertinente ao caso, sob pena de ser imprestável como prova embasadora da convicção do magistrado, mormente na Comarca de Belo Horizonte, em que há muitos especialistas à disposição do juízo.* (TJMG, Apel. n.º 426317-8, Des. Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 3ª Câm. Cível, j. 18.08.2004, DJ 04.09.2004)

contenda.

Isso porque, em muitos casos, os atendimentos de saúde são realizados, *a priori*, por médicos clínicos gerais (p. ex., em postos de pronto atendimento) e justamente por possuírem uma formação generalista, podem não ser capazes de identificar certos sinais e sintomas de uma doença rara ou complexa, visíveis somente pelos olhos de um especialista. E o fato de o médico generalista não ter diagnosticado esta doença não significará que ele tenha incorrido em culpa (imperícia), posto que não se poderia exigir conhecimentos especializados de um médico que detenha tal graduação avançada³⁵.

Nesse caso, a análise pericial deve ser realizada por perito com formação técnica equivalente à do profissional cujo serviço se avalia, e não por um especialista com conhecimentos aprofundados sobre aquela patologia, pois o que se pretende é verificar se a atuação daquele médico generalista foi escoreta, dentro de um raciocínio clínico em consonância com os ditames médicos gerais, ou seja, analisando se aquela doença poderia ser diagnosticada por qualquer médico ou somente por um especialista. E a aferição do limite entre os conhecimentos gerais e os especializados apenas pode ser determinada, de maneira fiel, por aquele que não detenha a graduação continuada, pois, para um especialista é muito difícil separar a sua especialidade do seu saber comum.

2.3. Da Nomeação de Mais de um Profissional

Partindo do preceito de que o perito deve ter conhecimento especializado sobre a matéria objeto do exame (art. 145, § 2.º, CPC), a lei processual civil, em seu artigo 431-B³⁶, dispõe sobre a possibilidade de nomeação de mais de um profissional para realização da diligência quando se tratar de perícia complexa, que

35 Importante deixar claro que a situação mencionada não se relaciona às hipóteses em que o médico, sabedor de que o atendimento demanda conhecimentos especializados, assume o risco e decide, por si próprio, atuar no caso, aventurando-se em especialidade médica que não lhe compete. Estes casos, supõem a ocorrência de imperícia (p.ex., médico sanitário que, voluntariamente, decide realizar uma cirurgia plástica sem qualquer formação nesse sentido), ao contrário daquela outra descrita no texto, em que o médico prestando o seu atendimento comum, depara-se com uma situação que somente um especialista identificaria.

36 Art. 431-B. *Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico.*

contemple mais de uma área de conhecimento³⁷, podendo as partes, de igual modo, nomear mais de um assistente técnico.

Nos casos de perícia médica, a aludida norma poderá ser de extrema pertinência, pois é muito comum haver situações que demandam a atuação multiprofissional, abrangendo mais de uma especialidade médica. Por exemplo, em um atendimento emergencial à vítima de acidente automobilístico, ocasião em que poderá haver politraumas em diversas áreas do corpo, sendo necessário o desempenho de mais de um profissional, cada qual com a sua especialidade.

Importante ressaltar que a nomeação de mais de um *expert* deve partir do juiz da causa, seja por determinação *ex officio* ou por provocação da partes, mas jamais por decisão exclusiva do perito³⁸, pois não tem ele o poder para nomear auxiliares. Assim, caso o experto nomeado entenda ser imprescindível a designação de mais de um profissional para realização do exame, deve ele comunicar o juiz sobre tal necessidade, justificando os motivos que assim ensejam. Em seguida, o magistrado dará ciência às partes, para que se manifestem sobre este pormenor, visto que a nomeação adicional implicará gastos suplementares.

2.4. Da Substituição do Profissional

O artigo 424, *caput*³⁹, do CPC aduz acerca da possibilidade de o perito ser substituído, caso ele não disponha dos conhecimentos técnicos ou científicos necessário para elucidação da causa, ou, ainda, na hipótese de, sem justo motivo, deixar de cumprir o prazo estipulado para conclusão do laudo.

Quanto à hipótese prevista no inciso I, fica claro tratar-se de preceito derivado do § 2.º do artigo 145, de modo que, não preenchendo os requisitos de

37 O termo “mais de área de conhecimento” mencionado pelo artigo 431-B do CPC, refere-se tanto a diferentes campos profissionais (medicina e engenharia, v.g.) quanto a especialidades distintas dentro de uma mesma área (p. ex., ortopedia e neurocirurgia).

38 *PROCESSUAL CIVIL. PERÍCIA REALIZADA POR CONTADOR NÃO NOMEADO PELO JUÍZO. ART. 431-B DO CPC. 1. O artigo 431-B do CPC autoriza a nomeação pelo magistrado de mais de um expert nos casos em que, em razão da complexidade e abrangência de várias áreas técnicas, haja necessidade da participação de mais de um profissional especializado. 2. A nomeação é ato privativo da autoridade judicial, vedando-se a escolha pelo perito nomeado pelo juízo. 3. Recurso especial improvido. (REsp 866240/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 08/08/2007, p. 366).*

39 Art. 424. O perito poderá ser substituído quando: I – carecer de conhecimento técnico ou científico; II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

conhecimento, a substituição do perito mostra-se medida de rigor, pois evitará a imprestabilidade da prova, e, conseqüentemente, preservará a integridade da sentença.

No tocante ao inciso II, refere-se à situação decorrente de eventual desídia por parte do *expert*, que, sem motivo legítimo, não cumpriu o prazo estipulado para entrega do laudo. Assim ocorrendo, o juiz poderá representar o profissional junto ao seu órgão de classe, facultando-lhe, ainda, condená-lo ao pagamento de *multa arbitrada em cotejo ao valor da causa e do possível prejuízo decorrente do atraso do processo*⁴⁰, tal como dispõe o parágrafo único⁴¹ do artigo 424.

Além das situações descritas pela norma em comento, o perito também poderá ser substituído quando cessar a relação de confiança depositada pelo magistrado, independentemente de processo administrativo – posto que não se reputa um servidor público, mas um auxiliar da justiça – ou direito ao contraditório e ampla defesa. Saliencia-se que a destituição pode ocorrer a pedido das partes ou determinada de ofício⁴².

2.5. Dos Direitos e Deveres

O perito possui algumas prerrogativas que viabilizam a realização do seu

40 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil – processo de conhecimento*. Vol. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 526-527.

41 Art. 424. (...) Parágrafo único. No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso do processo.

42 PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DESTITUIÇÃO DE PERITO JUDICIAL - QUEBRA DE CONFIANÇA - SUBSTITUIÇÃO - AFASTAMENTO EX OFFICIO E AD NUTUM - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1 - O perito judicial é um auxiliar do Juízo e não um servidor público. Logo, sua desconstituição dispensa a instauração de qualquer processo administrativo ou arguição por parte do magistrado que o nomeou, não lhe sendo facultado a ampla defesa ou o contraditório nestes casos, pois seu afastamento da função pode se dar ex officio e ad nutum, quando não houver mais o elo de confiança. Isto pode ocorrer em razão da precariedade do vínculo entre ele e o poder público, já que seu auxílio é eventual. Além desta hipótese, sua desconstituição poderá ocorrer naquelas elencadas no art. 424, do CPC (“O perito pode ser substituído quando: I – carecer de conhecimento técnico ou científico; II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado”). Estas são espécies expressas no texto da lei. Porém, a quebra da confiança entre o auxiliar e o magistrado é espécie intrínseca do elo, que se baseia no critério personalíssimo da escolha do profissional para a função. Assim com pode o juiz nomeá-lo, pode removê-lo a qualquer momento. 2 - Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão na via mandamental. 3 - Recurso desprovido. (RMS 12963/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 311).

trabalho, e, por outro lado, obrigações que devem ser precisamente atendidas para que a prova se conclua isenta de irregularidades⁴³.

Além do dever de imparcialidade, o perito tem a obrigação de lealdade, competindo-lhe prestar informações verídicas e corretas, de modo que, assim não procedendo, seja por dolo ou culpa, *responderá pelo prejuízo que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer* (art. 147, CPC).

Tem, ainda, o perito, a obrigação de aceitar o encargo, condicionando-se a recusa a um justo motivo⁴⁴, que deverá ser apresentada no prazo de cinco dias contados da sua intimação ou do impedimento superveniente, sob pena considerar-se renunciada tal faculdade (parágrafo único, art. 146⁴⁵).

Por outro lado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam que esta renúncia tácita deve ser observada com parcimônia quando os motivos forem de impedimento, pois a admissão de um *expert* impedido pode comprometer a prova pericial⁴⁶.

Outro ônus do experto trazido pelo artigo 146 é o de concluir o seu trabalho dentro do prazo legal ou outro estipulado pelo juiz⁴⁷, podendo, tal inobservância, implicar a sua destituição, assim como representação junto ao seu órgão de classe e condenação ao pagamento de multa, conforme já estudado no tópico anterior.

Há, outrossim, o dever de comparecimento à audiência de instrução e julgamento, para prestar esclarecimentos nos moldes do artigo 435⁴⁸ do Código de

43 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 485-487.

44 O *justo motivo* mencionado pela lei refere-se a qualquer situação que comprometa a realização da perícia, seja por faltar imparcialidade ao perito, seja por não deter os conhecimentos especializados necessários ou, até mesmo, em razão de compromisso inadiável, previamente assumido.

45 Art. 146. *O perito tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo justo.*

Parágrafo Único. A escusa será apresentada dentro de 5 (cinco) dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de reputar renunciado o direito a alegá-la.

46 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 621.

47 *Quanto à entrega do laudo, o art. 146 alude a que o perito deve entregá-lo no prazo “que lhe assina a lei”. No entanto, esse prazo legal do art. 146 colide com o prazo judicial previsto, doravante, no art. 421, caput, que é fixado pelo juiz já quando da nomeação do perito. Atendendo à sistemática do Código, há de procura fazer prevalecer o prazo judicial, como regra geral de conduta para o Judiciário (...) (ALVIM, Arruda. *Op. Cit.*, p. 526).*

48 Art. 435. *A parte que desejar esclarecimentos do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas sob forma de quesito. Parágrafo único. O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados 5 (cinco) dias antes da audiência.*

Processo Civil. Tal obrigação somente será efetivada caso a intimação para o ato ocorra até cinco dias antes da audiência (p. único, art. 435), servindo a mesma regra para os assistente técnicos.

Não obstante as obrigações mencionadas, em se tratando de perícia médica, o profissional deve seguir os ditames do Código de Ética Médica e Resoluções dos Conselhos Federal e Regional, sujeitando-se às penas administrativas em caso de falta disciplinar.

No que tange às prerrogativas, destaca-se o teor do artigo 429, que estabelece o direito de o perito, para o exercício de sua função, *utilizar de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças*, aplicando-se igualmente estes direitos aos assistentes técnicos.

Analisando a referida norma, pode-se dizer que, no atinente à perícia médica, o perito pode acessar e requerer todos os documentos que entender pertinentes para o estudo do caso, podendo, ainda, realizar diligências, como examinar o periciando, solicitar a realização de outros exames de imagem e laboratoriais não existentes nos autos do processo, entrevistar o paciente, entre outros atos típicos do ofício médico.

Por fim, não podemos esquecer que o *expert* tem direito de ser remunerado pelo trabalho realizado, cujo tema é objeto do próximo ponto.

2.6. Dos Honorários

Os honorários do profissional responsável pela realização da perícia será arbitrado pelo juiz em quantia compatível às circunstâncias do encargo (complexidade, tempo de trabalho despendido, número de diligências etc.), podendo o magistrado, previamente, instar o perito a se manifestar acerca de sua pretensão honorária.

O ônus do pagamento dessa verba encontra-se inserido do artigo 33 do CPC, estatuinto que os honorários periciais serão pagos *pela parte que houver*

requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

A forma de pagamento é prevista no parágrafo único do aludido artigo, exigindo-se o *depósito prévio em juízo, que ficará sujeito à correção monetária e será entregue ao técnico somente após a apresentação do laudo*⁴⁹.

Ressalva Humberto Theodoro Junior, que *nos casos de trabalho que exigem gastos de grande monta o juiz poderá autorizar liberações parciais da verba depositada, na proporção das necessidades*⁵⁰.

Cassio Scapinella Bueno pondera que os honorários podem ser fixados em dois tempos distintos, sendo o primeiro logo após a nomeação do *expert* que apresentará estimativa do valor de seus honorários e das despesas provenientes do exame (*honorários provisórios*); e o segundo, quando da apresentação do laudo, momento em que o perito poderá *rever a sua estimativa inicial, adaptando-a para as reais necessidades de seu trabalho (honorários definitivos)*⁵¹.

O renomado autor ainda assevera que o inadimplemento dos honorários periciais deve ser analisado sob duas perspectivas: se o não pagamento referir-se aos *honorários provisórios*, deve-se interpretar a omissão da parte como desistência da prova, mesmo nos casos em que a esta é determinada de ofício; tratando-se, porém, de recusa de pagamento dos *honorários definitivos*, a prova, por já estar concluída, permanecerá válida, devendo-se, todavia, certificar-se nos autos a quantia correspondente a esta verba inadimplida, servindo tal documento como título executivo extrajudicial (art. 585, VI⁵²), legitimando o perito à cobrança desses valores⁵³.

Quanto à obrigação de pagamento disposta pelo artigo 33, verifica-se notável polêmica nos casos que tratam de relação de consumo, com aplicação da inversão do ônus da prova.

Isso porque, para muitos, a inversão do ônus probatório implica, também, transposição das despesas correlacionadas às provas, de forma que, o artigo 33

49 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 212.

50 *Ibidem*.

51 BUENO, Cassio Scapinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – procedimento comum: ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 338.

52 Art. 585. *São títulos executivos extrajudiciais: (...) VI – o crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor; quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial.*

53 *Op. cit.*, p. 339.

do CPC não seria aplicável nessa conjuntura.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento de que *a inversão do ônus não acarreta o efeito de obrigar a parte contrária a pagar a produção da prova, embora deva arcar com as conseqüências processuais de sua não-produção*⁵⁴. Logo, é menos arriscado, à parte incumbida à produção da prova, custeá-la e aguardar o desfecho da demanda para valer-se de eventual direito de reembolso, caso seja vencedora.

Em se tratando de litigante tutelado pela gratuidade de justiça, os honorários do perito não podem simplesmente ser transferidos à parte contrária⁵⁵, tão somente por não ser beneficiária da Lei 1.060/50, pois, segundo o artigo 11, *caput*⁵⁶, da lei, a obrigação de pagamento apenas recairá sobre o não assistido em caso de sucumbência deste.

Desta forma, se o beneficiário da justiça gratuita for derrotado na ação a despesa não poderá ser cobrada dos querelantes, devendo, assim, o Estado colaborar com o Poder Judiciário, pois, embora não esteja obrigado a suportar os dispêndios dos processos em que não é parte⁵⁷, deve prestar assistência aos hipossuficientes, proporcionando, assim, a produção da prova técnica por meio de profissional ligado a algum estabelecimento oficial ou à repartição administrativa do ente público⁵⁸.

54 STJ, REsp 666458/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2005, DJ 14/08/2006, p. 278

55 (...) *O fato de o beneficiário da gratuidade de justiça não ostentar o poder de arcar com o adiantamento das despesas, não autoriza o juízo a inverter o ônus de seu pagamento* (STJ, Resp 1116139/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.10.2009).

56 *Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciais serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário da assistência for vencedor da causa.*

57 *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME "FINGER PRINTS – DNA". PROVA PERICIAL. CUSTEIO. INDEVIDA ATRIBUIÇÃO AO ESTADO. I. O benefício da assistência judiciária não comporta a atribuição ao Estado do custeio das despesas com a realização de exame "Finger Prints – DNA", em ação de investigação de paternidade. II. Recurso especial conhecido e provido.* (REsp 101.760/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2001, DJ 11/06/2001, p. 221).

58 *PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ARTS. 3º, V, E 11 DA LEI 1.060/50, 19 E 33 DO CPC. HONORÁRIOS PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO PELO ESTADO, QUANDO O EXAME FOR REQUERIDO POR BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DESCABIMENTO. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM COLABORAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO. 1. A controvérsia posta em debate diz respeito ao ônus pela antecipação dos honorários do perito em ação em que o autor da demanda, postulante da perícia, é beneficiário da justiça gratuita. 2. O fato de o beneficiário da justiça gratuita não ostentar, momentaneamente, capacidade econômica de arcar com o adiantamento das despesas da perícia por ele requerida, não autoriza, por si só, a inversão do ônus de seu pagamento. 3. Tendo em vista que o perito nomeado não é obrigado a realizar o seu trabalho gratuitamente, incumbe ao magistrado requisitar ao Estado, a quem foi conferido o dever constitucional de prestar assistência judiciária aos hipossuficientes, o ônus de promover a realização da prova técnica,*

CAPÍTULO III

DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

3.1. Da Admissibilidade

Consoante reza o já mencionado artigo 145, *caput*, do CPC, *quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, com o fito de portar ao magistrado elementos não jurídicos que, de uma forma mais ou menos intensa, fazem-se absolutamente indispensáveis para o julgamento da causa*⁵⁹.

Curial realçar que a prova pericial deve ser realizada, ainda que o juiz detenha os mesmos conhecimentos técnico-científicos ostentados pelo perito, pois deve permitir que as partes *possam criticar o laudo, por meio da atividade dos seus assistentes técnicos*. Logo, não deve o magistrado *valer-se de conhecimentos pessoais de natureza técnica para dispensar a perícia*⁶⁰.

Portanto, o objeto da perícia são os fatos alheios ao conhecimento do homem médio e não apenas aos do julgador.

Entretanto, a prova técnica deve ser indeferida nas hipóteses descritas no parágrafo único do artigo 420, isto é: quando *a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico* (inciso I); na situações em que se mostra *desnecessária em vista de outras provas produzidas* (inciso II); ou na hipótese desta ser impraticável, em razão da extinção de elementos que pudessem ser examinados (inciso III).

O artigo 427, em complemento à regra disposta pelo inciso II do parágrafo único do artigo 420, preconiza que o magistrado pode dispensar a perícia quando as partes – conjuntamente com a inicial, contestação ou reconvenção – apresentarem pareceres técnicos ou documentos suficientemente elucidativos.

por meio de profissional de estabelecimento oficial especializado ou de repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da produção da prova, o que deve ocorrer em colaboração com o Poder Judiciário. 4. Recurso especial provido. (REsp 1245684/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 16/09/2011).

59 BUENO, Cassio Sarpinella, *op. cit.*, p. 333.

60 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery, *op. cit.*, p. 620.

Há, ainda, a possibilidade de o juiz, em substituição ao procedimento comum da perícia (exame, laudo, manifestação das partes etc.), ouvir o perito e os assistentes técnicos em audiência de instrução e julgamento, desde que as circunstâncias da causa autorizem tal procedimento simplificado e não impliquem prejuízo às partes (art. 421, § 2.º).

No caso específico da perícia cujo objeto é a apuração da responsabilidade civil do médico, a sua produção é imprescindível para que o juiz consiga proferir um julgamento adequado⁶¹, sendo raros os casos em que se poderá descartá-la ou optar pelo procedimento mais simples.

3.2. Do Requerimento das Partes e da Designação *ex officio*

Havendo interesse na produção da prova pericial, as partes poderão manifestar-se nesse sentido, requerendo ao juiz o seu deferimento. É praxe que o pleito seja registrado ainda na fase postulatória do processo, ao final da petição inicial, contestação e reconvenção, ocasião em que as partes protestam pela produção genérica de provas.

Mesmo assim, quando do saneador, o magistrado poderá determinar aos litigantes que especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando a sua pertinência, com o fito de evitar procedimentos probatórios desnecessários ou pouco produtivos. Desta feita, aquele que pretender a produção de prova pericial, poderá fundamentar o seu requerimento na necessidade de esclarecimentos técnicos.

Contudo, o juiz não está adstrito ao requerimento das partes, pois, entendendo que alguma prova seja crucial para o esclarecimento da causa, pode

⁶¹ *PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LAUDO PERICIAL. PERITO SUSPEITO. ERRO MÉDICO. IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA. ANULAÇÃO DO PROCESSO. 1. Nos termos do art. 400, II, do CPC, não é possível produzir prova exclusivamente testemunhal a respeito de fatos que 'só por documento ou por exame pericial podem ser provados'. A existência de erro médico cometido em cirurgia de hérnia inguinal em recém-nascido, por suas peculiaridades técnicas, é questão que só pode ser aferida mediante perícia. 2. A reconhecida suspeição do perito que trabalhou no processo, por sua íntima relação com o hospital-réu declarada no processo, obriga a repetição da perícia. Não é possível considerar inexistente a obrigação de indenizar com base na prova testemunhal, a despeito da suspeição. 3. Recurso especial conhecido e provido para o fim de anular a sentença prolatada, determinando-se a repetição do laudo pericial. (REsp 1135150/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 26/04/2011)*

ele determinar, de ofício, a sua realização.

Este poder instrutório do magistrado é previsto no artigo 130 do CPC, afirmando que *cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Como bem ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, verificando-se que os fatos ainda comportam esclarecimentos, o juiz não só pode como deve determinar a produção de provas para sanar tal padecimento, e, somente depois, julgar com fundamento na regra do ônus da prova. Acrescentam os renomados juristas que, *se o juiz tem o dever de esclarecer a situação fática, julgando o mais próximo possível daquilo que realmente ocorreu, não há como se negar a possibilidade dele determinar a prova de ofício*, pois o magistrado apenas estará assumindo a posição que dele se espera⁶².

Todavia, adverte Arruda Alvim que a atividade probatória do juiz deve sempre ser subsidiária, tomando o cuidado para nunca agir em favor de uma das partes, atendo-se à determinação das provas indispensáveis para a prolação da sentença ou quando o material probatório oferecido pelas partes mostrar-se confuso ou insuficiente⁶³.

A realização das provas *ex officio* é possível, inclusive, em grau recursal, facultando ao relator do recurso converter o julgamento em diligência e determinar a produção das provas necessárias para o julgamento⁶⁴.

Portanto, a realização da prova pericial por determinação *ex officio* mostra-se absolutamente pertinente, mormente nas ações que tratam de *erro médico*, pois a sua produção é essencial para os esclarecimentos técnicos inerentes ao feito, possibilitando que o juiz profira o seu julgamento.

62 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 316-317.

63 ALVIM, Arruda, *op. cit.*, p. 419-420.

64 *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. JUIZ QUE DETERMINA A BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E DA VERDADE REAL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 130 do CPC permite ao julgador, em qualquer fase do processo, ainda que em sede de julgamento da apelação no âmbito do Tribunal local, determinar a realização das provas necessárias à formação de seu convencimento, mesmo existente anterior perícia produzida nos autos. 2. Contudo, não é possível ao Julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante da dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 906794/CE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2010, Dje 13/10/2010)*

3.3. Da Formulação de Quesitos e da Nomeação de Assistente Técnico

Consoante estabelece o artigo 421, § 1.º, do CPC, tão logo a prova pericial seja deferida pelo juiz, com a conseqüente nomeação do profissional que a realizará, às partes caberão, pelo prazo comum de cinco dias, a formulação de quesitos e a nomeação dos respectivos assistentes técnicos. Cumpre assinalar, no entanto, que o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o referido prazo não é peremptório, autorizando-se a realização do ato até o início dos trabalhos periciais⁶⁵.

Os quesitos consistem nos questionamentos das partes dirigidos ao perito, o qual deverá respondê-los adequadamente, integrando o laudo pericial a ser confeccionado.

Não existe uma quantidade definida ou limitada de quesitos, podendo os litigantes formularem tantos quanto entenderem necessários para o esclarecimento da demanda, facultando-lhes, inclusive, o oferecimento de suplementares⁶⁶ antes ou durante a diligência, mas antes da apresentação do laudo⁶⁷. Deverá o juiz, todavia, analisar a pertinência dos quesitos, podendo indeferi-los caso representem óbice à regular marcha do processo⁶⁸.

Com relação aos quesitos suplementares, importante ressaltar que, se estes representarem, na realidade, a realização de uma nova perícia, os

65 *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMARCATÓRIA. INCABÍVEL NA ESPÉCIE. PERÍCIA. QUESITOS E ASSISTENTE TÉCNICO. PRAZO. ARTS. 421, § 1º, DO CPC. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. 1 - Não é cabível a ação demarcatória na espécie, diante da ausência de controvérsia sobre os limites da propriedade objeto do litígio. 2 - É possível a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos de perícia, além do quinquídio previsto no art. 421, § 1º, do Código de Processo Civil (prazo não-preclusivo), desde que não dado início aos trabalhos da prova pericial. Precedentes. 3 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 796960/MS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 26/04/2010)*

66 *Art. 425. Poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos, dará o escrivão ciência à parte contrária.*

67 *PROCESSUAL CIVIL. PERÍCIA. QUESITOS SUPLEMENTARES. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO. E TARDIA A APRESENTAÇÃO DE QUESITOS SUPLEMENTARES DEPOIS DO LAUDO TER SIDO APRESENTADO, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 425 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 110784/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/1997, DJ 13/10/1997, p. 51596)*

68 *PROCESSUAL CIVIL. PERÍCIA. QUESITOS SUPLEMENTARES. INDEFERIMENTO. ART. 425 DO CPC. "Conquanto seja assegurado à parte apresentar quesitos suplementares, essa faculdade deve ser apreciada com atenção, a fim de se evitar ações procrastinatórias, que retardem a marcha processual" (REsp n. 36.471/SP, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 02.05.2000). Recurso*

honorários do perito deverão ser reajustados e adiantados por aquele que os formulou⁶⁹.

Além dos quesitos ofertados pelas partes, ao juiz também será facultada a apresentação destes questionamentos (art. 426, II, CPC), que deverão ser igualmente respondidos pelo *expert*. Outrossim, desfrutarão deste direito o Ministério Público (nas causas em que este atue) e os terceiros intervenientes do processo (denunciado, oponente etc.).

Quanto aos assistentes técnicos, estes são os profissionais respectivamente indicados pelas partes com o fito de prestar-lhes auxílio técnico-científico acerca da matéria objeto da perícia. Para tanto, é permitida a sua participação direta no exame pericial, sendo-lhes assegurados os mesmos direitos concedidos ao perito, tais como *utilizar de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças* (art. 429, CPC).

Segundo o Mestre Gildo dos Santos, *o trabalho do assistente, do ponto de vista técnico, é igual ao do perito judicial* distinguindo-se no fato deste ser nomeado pelo juiz, podendo ser rejeitado por impedimento ou suspeição (art. 138, III), e aquele ser indicado pelas partes, não se sujeitando às causas de recusa acima mencionadas, posto que são profissionais de confiança dos litigantes⁷⁰ (art. 422, *in fine*).

Destarte, a nomeação dos assistentes técnicos não passa pelo crivo do magistrado⁷¹, uma vez que a lei limita o apreço do juiz aos quesitos apresentados⁷². Porém, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez nomeado o assistente técnico, este somente poderá ser substituído por motivo de força

especial não conhecido. (REsp 697.446/AM, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 24/09/2007, p. 313)

69 *PROCESSUAL CIVIL. ADIANTAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS DE PERITO. QUESITOS SUPLEMENTARES. I - Os honorários periciais relativos a quesitos suplementares que, como no caso dos autos, configuram em realidade uma nova perícia, devem ser adiantados pela parte que os formula. II - Essa orientação, além de respeitar a real natureza da nova quesitação ainda impede eventual comportamento processual malicioso. III - Recurso Especial improvido*. (REsp 842.316/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 18/06/2010)

70 SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 112-113.

71 BUENO, Scapinella Cassio, *Op. cit.*, p. 333.

72 Art. 426. *Compete ao juiz: I – indeferir quesitos impertinentes; (...)*

maior⁷³.

Ousamos, entretanto, discordar deste posicionamento, pois, se o assistente técnico é a pessoa de confiança da parte, cuja nomeação advém de decisão exclusiva desta, eventual intenção de substituí-lo, por qualquer que seja o motivo, será um direito igualmente inquestionável, não cabendo nem mesmo ao juiz ponderar sobre o assunto. Até porque, a simples intenção do litigante de trocar o seu braço técnico é suficiente para justificar o ato, pois indica que houve a quebra de confiança, elemento essencial desta relação, ainda que o motivo seja a simples conclusão de que um outro profissional desempenhará o cargo de melhor maneira⁷⁴.

Ademais, relevante destacar que inexistente previsão legal que autorize o juiz a indeferir a substituição do assistente técnico. Na verdade, o precedente jurisprudencial supracitado embasa-se no artigo 424 do CPC, que diz respeito, exclusivamente, às causas de substituição do perito. Portanto, em que pese o entendimento do E. STJ, este mostra-se equivocado e desprovido de fundamento legal, representando nítido cerceamento de defesa⁷⁵.

Conclui-se, deste modo, que se a nomeação do assistente técnico independe de aprovação do juízo, a sua substituição tampouco necessitará.

No tocante à graduação do assistente técnico, a lei processual civil nada menciona a respeito, o que nos faz inferir que, ao contrário do perito, aquele não

73 *PROCESSUAL CIVIL. SUBSTITUIÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. ART. 424 DO CPC. MOTIVO DE FORÇA MAIOR NÃO RECONHECIDO. I. Após a redação dada ao art. 424 do CPC pela Lei n. 8.445/1992, somente por motivo de força maior é permitida a substituição de assistente técnico nomeado pela parte. II. Recurso especial não conhecido. (REsp 655.363/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 02/02/2009)*

74 *Substituição de assistente técnico. Dilação do prazo para manifestação ao laudo apresentado. Possibilidade. A substituição do profissional em nada prejudica a parte contrária e ao andamento do processo. Assim, como pode a parte a qualquer momento da demanda, substituir o advogado que lhe patrocina a causa, deve poder, igualmente substituir o assistente técnico que não mais confie, sem declinar os motivos expressamente ou até mesmo por estar impossibilitado o perito de continuar prestando a assistência por problemas de foro íntimo, porquanto, inexistente qualquer razão de conveniência ou de ordem legal a tolher a liberdade da parte na substituição de seu assessor sob pena de configurar cerceamento de defesa. Recurso provido. (TJSP, AI nº 0293362-63.2009.8.26.0000, Des. Rel. Júlio Vidal, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 09/02/2010, DJ 01/03/2010)*

75 *Agravo de Instrumento. Decisão que indefere o pedido de substituição do assistente técnico da parte. Ausência de óbice para o acolhimento do pleito já que ainda não sobreveio o encerramento da fase instrutória. Ausência de prejuízo. Cerceamento de defesa configurado. Art. 5ºm LV, da CF. Recurso provido. (TJSP, AI nº 0011970-80.2012.8.26.0000, Des. Rel. Mello Pinto, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 03/04/2012, DJ 14/04/2012)*

está obrigado a comprovar a sua formação especializada no assunto técnico que ensejou a realização da prova. Até porque a nomeação de assistente técnico não é obrigatória, e a sua função também é a de simplesmente fiscalizar os trabalhos do perito. Logo, poderá a parte indicar pessoa de sua confiança tão somente para acompanhar a perícia.

Entretanto, não se pode ignorar que algumas profissões, como as da área médica, possuem prerrogativas exclusivas, de modo que a nomeação de assistente técnico não graduado poderá implicar limitações à sua atuação. Por exemplo: em uma perícia médica, não poderá um assistente técnico não graduado em Medicina, examinar o periciando, solicitar exames complementares (laboratoriais, imagem etc.), entre outros atos típicos deste ofício, pois não possui habilitação profissional para tanto. Da mesma forma, não estará obrigado o periciando a tolerar a presença de pessoa estranha à profissão médica durante o exame, pois lhe é assegurado a preservação da sua intimidade.

Nesse sentido, importante citar Parecer nº 9/2006, exarado pelo Conselho Federal de Medicina, em resposta à consulta formulada pela Associação Nacional dos Médicos Peritos da Previdência Social:

*O exame médico-pericial é um ato médico. Como tal, por envolver a interação entre o médico e o periciando, deve o médico perito agir com plena autonomia, decidindo pela presença ou não de pessoas estranhas ao atendimento efetuado, **sendo obrigatórias a preservação da intimidade do paciente e a garantia do sigilo profissional**, não podendo, em nenhuma hipótese, qualquer norma, quer seja administrativa, estatutária ou regimental, violar este princípio ético fundamental. (original sem destaques)*

Portanto, não é defesa a nomeação de assistente técnico leigo no assunto cerne da perícia, porém fica claro o prejuízo à parte que assim decidir, visto que a atuação de seu auxiliar será limitada e o parecer eventualmente oferecido não terá o peso da opinião de um especialista, o que, com certeza, influirá na análise judicial.

3.4. Da Data e do Local da Perícia

O artigo 431-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 10.358 de

27 de dezembro de 2001, preceitua que as partes deverão ser intimadas *da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova*.

Acentua Humberto Theodoro Junior que a preocupação da norma é a de *evitar perícias levadas a efeito em segredo e sem condições de acompanhamento pelas partes e seus assistentes*⁷⁶.

Sendo assim, a inobservância da regra contida no dispositivo em questão poderá acarretar a nulidade do ato, ressaltando-se que a prova de que o vício formal não trouxe danos cabe ao adversário daquele cuja intimação foi omitida, posto que *o desatendimento à forma prescrita em lei traz, em si, presunção de prejuízo*⁷⁷.

3.5. Da Perícia Indireta

Quando a perícia não puder se realizar diretamente sobre o seu elemento fulcral, deverá o perito focar a sua análise nos documentos, objetos ou quaisquer outros dados que dizem respeito ao caso, procedendo-se, assim, à denominada perícia indireta.

Nas demandas em que se apuram a responsabilidade civil do médico, é muito comum a perícia ser realizada indiretamente, sobre documentos concernentes ao atendimento médico, como o prontuário, exames radiológicos e laboratoriais, entre outros, pois, muitas vezes, a essência da acusação é justamente o falecimento do paciente, tornando impossível a realização da perícia direta.

Nesses casos, a intimação das partes sobre a data e a hora do exame

76 THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 14ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 370.

77 PERÍCIA. ART. 431-A DO CPC. NOTIFICAÇÃO DAS PARTES. NECESSIDADE. FALTA. NULIDADE. 1. É nula a perícia produzida sem intimação das partes quanto ao dia e local de realização da prova (Art. 431-A, CPC). 2. O ônus de provar que o vício formal do processo não trouxe prejuízos não é da parte a quem aproveita a declaração de nulidade, mas de seu adversário. 3. A realização de ato processual em desatendimento à forma prescrita em lei traz, em si, presunção de prejuízo. 4. A nulidade da perícia contamina todos os atos processuais anteriores. (REsp 806266/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 31/10/2007, p. 323)

mostra-se despicienda (art. 431-A), haja vista o trabalho meramente intelectual do *expert* e dos assistentes técnicos⁷⁸.

Entretanto, em observância artigo 7.º da Resolução nº 126/2005 do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo⁷⁹, deve o experto manter um canal de comunicação com os assistentes técnicos, facultando eventual agendamento de “reunião” entre os especialistas com o fito de possibilitar-lhes a discussão do caso, trocando ideias e informações. A fim de se evitar arguições de nulidade, recomenda-se que a pretensão de realizar este encontro entre perito e assistentes técnicos seja informada nos autos do processo, cientificando-se o juiz, as partes e os demais interessados.

Embora a perícia indireta foque-se, essencialmente, na análise de documentos constantes nos autos do processo, nada impede que o perito solicite outros, como, por exemplo, exames médicos progressos, prontuários de atendimentos em serviços públicos ou privados, podendo, ainda, ouvir testemunhas, familiares do paciente, médicos que lhe prestaram atendimentos anteriores, tudo com o objetivo de obter informações que possam se mostrar úteis para o desempenho de sua função, tal como preceitua o já estudado artigo 429 da lei processual civil.

Nesses casos em que a perícia indireta demandar outras atividades além do trabalho meramente intelectual, mister sejam as partes comunicadas, com antecedência, acerca do ato que será realizado (artigo 431-A, CPC), a fim de que possam acompanhá-lo por meio de seus assistentes técnicos, evitando-se que a perícia realize-se individualmente pelo *expert*.

Por fim, não se pode deixar de anotar que as perícia indiretas, muitas vezes, esbarram na insuficiência de informações, justamente pela impossibilidade de se avaliar diretamente o paciente, de modo que a inconclusividade do laudo é

78 CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL E MATERIAL. ALEGADA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA INDIRETA. PERÍCIA QUE CONSISTIU EM TRABALHO MERAMENTE INTELECTUAL. DETERMINAÇÃO, ADEMAIS, PARA QUE FOSSE ANALISADO O HISTÓRICO E OS DOCUMENTOS ENCARTADOS NOS AUTOS. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. PRELIMINAR REJEITADA. (TJSP, Apelação Cível nº 9220387-21.2008.8.26.0000, Rel. Des. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/12/2008, DJ 29/12/2008)

79 Art. 7º - O assistente técnico tem o direito de estar presente e participar de todos os atos periciais. § 1º - É dever do perito judicial e dos assistentes técnicos conferenciarem e discutirem o caso sub judice, disponibilizando, um ao outro, todos os documentos sobre a matéria em discussão após o término dos procedimentos periciais e antes de protocolizarem os respectivos laudos ou pareceres.

um resultado absolutamente plausível, não indicando, de forma alguma, o descumprimento do ofício por parte do perito⁸⁰.

3.6. Da Realização do Exame Pericial Médico

No dia e hora agendados para realização da diligência, deverão, aqueles que se submeterão ao exame, comparecer munidos de documentos de identificação.

O perito poderá impedir a entrada de pessoas estranhas à perícia, como acompanhantes do periciando, advogados, representante do Ministério Público, demais partes do processo, e todos aqueles que não se sujeitarão ao exame, com exceção dos assistentes técnicos, cuja participação deverá, obrigatoriamente, ser tolerada⁸¹.

O perito realizará o exame físico geral (exame geral do paciente) e especial (exames de cada órgão do paciente), exames específicos ao assunto central da perícia (v.g., exame das mamas, em um caso em que discute câncer mamário) e colherá outras informações por meio da anamnese (entrevista do paciente pelo médico), como descrição de sinais e sintomas, histórico clínico do periciando e de seus familiares, entre outros dados. Poderá, ainda, avaliar eventuais documentos médicos e exames complementares (laboratoriais, de imagem etc.) levados pelos paciente ou existentes nos autos do processo⁸².

Entendendo que o caso prescinde de informações, facultará ao *expert* solicitar todo e qualquer documento que julgue importante para o esclarecimento dos fatos, podendo, ainda, determinar a realização de novos exames. Ser-lhe-á permitido, ainda, fotografar o paciente, entrevistar os seus familiares e pessoas de

80 *AGRAVO DE INSTRUMENTO - Exibição de documento - Prontuário Médico - Prova requerida pela autora - Ausência de documentos essenciais - Perícia Médica Inconclusiva - Preclusão não caracterizada - Norma de ordem pública - Ré que não pode ser compelida a juntar os documentos, entretanto deverá arcar com o ônus de sua não produção - Esclarecimentos em audiência ? Indeferimento de provas requeridas expressamente - Cerceamento de Defesa - Recurso provido.* (TJSP, Apelação Cível nº 990100147730, Relator: Viviani Nicolau, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 03/08/2010, DJ 03/09/2010)

81 Salvo os casos de o assistente técnico não ser graduado em Medicina, conforme exposto no tópico nº 3 deste capítulo.

82 O juiz poderá remeter os autos originais ao perito ou determinar a extração de cópias para envio. No caso de haver fotografias, é recomendável sejam enviadas ao experto as originais, podendo-se manter cópias destas junto ao ofício ou secretaria do juízo.

seu convívio íntimo ou realizar qualquer ato que objetive o esclarecimento do caso (art. 429, CPC).

Aos assistentes técnicos será garantida a mesma atuação, desde que estejam devidamente habilitados como médicos, sob pena de incorrer em exercício irregular da profissão médica, tal como já manifestou o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, na Consulta nº 100.545/2010⁸³.

Realizadas as diligências e verificando-se não haver a necessidade de outras providências, deverão o perito e os assistente técnicos, antes do encerramento dos trabalhos e da entrega dos respectivos laudo e pareceres, discutir o caso em conjunto, disponibilizando uns aos outros documentos e informações (art. 7.º da Resolução n.º 126/2005 do CREMESP).

3.7. Do Laudo Pericial

Findada a diligência, o perito deverá confeccionar o laudo pericial, que é o documento pelo qual o *expert* expressará a sua opinião e impressões sobre o caso, abordando todos os pormenores relevantes, preferencialmente em linguagem simplificada e acessível ao magistrado, às partes e aos demais interessados. Não sendo possível, porém, discorrer sobre o caso sem mencionar termos técnicos, deve o experto explicar suficientemente os seus significados, afinal o objetivo da perícia é esclarecer o conteúdo técnico-científico da demanda, de modo que um vocabulário excessivamente rebuscado e/ou especializado não atenderá às necessidades aguardadas para o deslinde do feito.

O laudo não possui forma predeterminada, podendo o perito escolher livremente a formatação que lhe parecer mais didática, comprometendo-se apenas com a fiel descrição daquilo que foi observado e o suficiente esclarecimento dos fatos levados ao seu apreço, não se olvidando jamais os quesitos formulados, uma vez que estes são parte integrante do documento, de modo que a sua omissão torna o laudo incompleto e, por conseguinte, nulo⁸⁴.

⁸³ O assistente técnico “não médico” pode ser denunciado por exercício irregular da profissão médica.

⁸⁴ Erro médico – Despacho que determina a realização de nova perícia médica – Imprescindibilidade da realização da prova técnica para a análise da controvérsia central da lide Laudo elaborado pelo IMESC que deixou de responder a diversos quesitos formulados pelas partes – Necessidade da busca da verdade

No caso específico do laudo pericial médico, além dos esclarecimentos pretendidos, exige-se que o perito registre todos os dados colhidos com os exames físicos geral e especial, anamnese, entre outros, tal como ocorre em qualquer consulta médica, ocasião em que são anotados todos os dados do paciente no prontuário de atendimento. Tal regra é prevista no Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina), podendo configurar infração disciplinar a sua inobservância⁸⁵.

O prazo para entrega do laudo é aquele estipulado pelo juiz, podendo, em casos justificados, ser prorrogado, uma única vez, por prudente arbítrio do magistrado (art. 432, CPC). Porém, segundo o artigo 433, *caput*, do CPC, sempre deverá respeitar uma antecedência mínima de 20 (vinte) dias da data designada para a audiência de instrução e julgamento.

Com a entrega do laudo, o juiz estará diante dos esclarecimentos técnico-científicos pertinentes ao feito, elementos que o auxiliarão na prolação da sentença. Conforme brilhante lição do já citado jurista Gildo dos Santos, *ao juiz é dado valer-se da perícia na medida em que ela o esclarece e o convence*⁸⁶.

Segundo o artigo 436 do CPC, *o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos*, apreciando-os livremente (art. 131).

Por outro lado, o artigo 145, *caput*, do CPC, determina que o juiz seja assistido por um perito quando a prova do fato depender de conhecimentos especializados, não se tratando de uma opção.

Desta forma, o artigo 436 deve ser interpretado nos limites asseverados pelo artigo 145, *caput*.

Sendo assim, entendendo o juiz que o laudo não se mostra totalmente correto, não estará ele obrigado a acatar as ponderações do *expert*, mas deverá

para prolação de solução mais justa à causa – Não provimento. (TJSP, AI 0059751-35.2011.8.26.0000, Des. Rel. Ênio Zuliani, 4ª Turma Dir. Priv., j. 26/05/2011, DJ 27/05/2011)

85 *Capítulo X*

DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1.º O prontuário deverá conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica, com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

86 SANTOS, Gildo do. *Opus cit.*, p. 131.

justificar os motivos que o levaram a rejeitar a perícia⁸⁷ (art. 131, *in fine*, e art. 458, II, ambos do CPC), e, para tanto, necessitará do auxílio de um outro perito a fim de confirmar se a sua oposição possui ou não amparo técnico, pois, como leigo, o magistrado jamais será capaz de afirmar, com absoluta certeza, que o laudo encontra-se equivocado.

Além do mais, se, por algum motivo, as colocações do *expert* não parecem corretas, infere-se que a matéria técnica não fora devidamente esclarecida⁸⁸, ensejando, da mesma forma, a realização de outra perícia nos moldes do artigo 437.

De outra banda, havendo elementos nos autos que justifiquem objetivamente o repúdio ao laudo (*v.g.*, em se verificando que o médico réu jamais realizou o procedimento cirúrgico, cerne da demanda), não se fará necessário o auxílio de um experto, pois não dependerá de interpretação, mas de mera observação.

Por fim, não podemos deixar de anotar que quando o parecer de um dos assistentes técnicos parecer mais esclarecedor ou correto do que as ponderações do perito, poderá o juiz rejeitar o laudo com base nas colocações daquele⁸⁹, desde que, é claro, o assistente da parte realmente possua conhecimentos especializados – não se enquadrando, nesses casos, a figura do “assistente leigo”, mencionado no item 3.3 deste Capítulo.

87 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ACÓRDÃO CONTRÁRIO À CONCLUSÃO DA PERÍCIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 131 DO CPC. OCORRÊNCIA. 1. Determina o art. 131 do CPC que o “juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (grifo) 2. Na hipótese em que a ação proposta tem fundamento na existência de erro médico, uma vez que realizada perícia, deve o julgador indicar os motivos pelos quais resolve concluir pela obrigação de indenizar, tomando posição oposta às conclusões do perito. 3. “In casu”, o acórdão recorrido não se manifestou a respeito da prova pericial realizada, pautando-se apenas nas provas testemunhais e documentais. 4. Violação do art. 131 do CPC ocorrida, pois o agravante foi condenado sem a análise da prova pericial, o que acarreta a nulidade do acórdão recorrido, por não ter indicado integralmente os motivos que lhe formaram o convencimento. Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 14705/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011)

88 SANTOS, Gildo do. *Opus cit.*, p. 130.

89 SANTOS, Gildo do. *Opus cit.*, p. 131-132.

3.8. Das Manifestações das Partes Sobre o Laudo

Tão logo o laudo pericial seja entregue, as partes deverão ser intimadas – sob pena de nulidade do ato⁹⁰ – para, no prazo comum de dez dias, oferecerem os seus pareceres, manifestando a sua concordância ou irresignação com os apontamentos do perito.

Havendo acatamento ao laudo, este é homologado, encerrando-se a produção da prova, ocasião em que o juiz analisará a necessidade de outras.

No entanto, havendo impugnação ao trabalho do perito, caberá ao insatisfeito apontar especificamente os motivos de sua discordância, podendo instruir a sua manifestação com documentos ou quaisquer outros elementos que atestem as suas alegações (doutrina, fotos, declarações de testemunhas etc.).

Nota-se que a juntada de documentos neste momento processual não implicará ofensa ao artigo 396⁹¹ do CPC, uma vez que o artigo 397 do mesmo diploma legal autoriza à parte, em qualquer momento do processo, trazer aos autos documentos novos *quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos*. Ou seja, a juntada de novos documentos, neste caso, servirão para contrapor as ponderações da perícia.

3.9. Do Pedido de Esclarecimentos

Segundo o artigo 435 do Código de Processo Civil, a parte *que desejar*

⁹⁰ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROVA PERICIAL. INTIMAÇÃO DAS PARTES. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PREVISÃO EXPRESSA NO CPC. NULIDADE. PREJUÍZO DA PARTE RECONHECIDO. 1. Nos termos do art. 421, § 1º, do Código de Processo Civil, após a nomeação do perito responsável pela produção da prova pericial, deve o juiz intimar as partes para indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos, em observância ao princípio do contraditório. 2. As partes têm direito de contraditar o laudo produzido pelo expert, refutar suas conclusões e requerer esclarecimentos acerca da prova técnica, sendo certo que tais providências só podem ser adotadas se forem elas intimadas da produção da prova pericial. 3. Eventual discussão sobre a necessidade de comprovação do prejuízo, para o reconhecimento da nulidade suscitada, não encontra ressonância no caso em tela, pois o juízo de primeiro grau, ao julgar improcedente o pedido formulado nos embargos à execução, expressamente embasou sua decisão na prova pericial produzida sem a ciência das partes, circunstância que evidencia o prejuízo suportado. 4. Recurso especial provido. (REsp 812.027/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

⁹¹ Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art.297), com documentos destinados a provar-lhe as alegações.

esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo à comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos, esclarecimento este que também poderá ser ordenado, de ofício, pelo juiz.

Eis um dos motivos de o artigo 433 prescrever prazo mínimo de vinte dias antecedentes à audiência de instrução para a entrega do laudo, pois às partes deve ser possibilitada a ciência do referido documento em tempo hábil, podendo, caso entendam necessário, requerer a presença do experto e do assistente técnico no ato para prestar esclarecimentos. Portanto, inexistindo o laudo nos autos, eventual audiência previamente marcada deverá ser suspensa e redesignada⁹².

Apesar de o diploma processual civil estabelecer que os esclarecimentos devem ser prestados em audiência, é muito comum que os quesitos – apresentados junto com o requerimento a que alude o art. 435 – sejam encaminhados ao perito para que os responda por escrito⁹³. Assim, da juntada aos autos do laudo complementar, as partes serão novamente intimadas para apresentar eventuais manifestações.

Interessante observar que o Código de Processo Civil não estipula prazo para que as partes pleiteiem os esclarecimentos periciais, mas tão somente aduz que o perito e o assistente técnico não estarão obrigados a comparecer à audiência caso não sejam intimados com cinco dias de antecedência (parágrafo único, art. 435).

Sendo assim, mesmo que a parte requeira os esclarecimentos periciais a menos de 5 (cinco) dias da data designada para a audiência, o juiz *tem poderes de iniciativa probatória que lhe permitem adiar a audiência para que os esclarecimentos, reputados indispensáveis, sejam prestados*⁹⁴, pois é de interesse de todos os envolvidos no processo, principalmente do juízo, que o feito conclua-se totalmente aclarado.

Quando da audiência, o perito e os assistentes técnicos serão ouvidos antes das partes e testemunhas, inaugurando a produção das provas (art. 452, I),

92 THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p., p. 476.

93 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. Vol. 2. 6.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 251.

94 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 14ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 372.

ocasião em que responderão os quesitos de esclarecimentos previamente formulados pelas partes (art. 435, *caput*).

No entanto, os esclarecimentos periciais não estão limitados a esses quesitos escritos, podendo a parte, em face das repostas apresentadas pelo perito e/ou assistente técnico, formular perguntas orais a fim de elucidar eventuais dúvidas persistentes⁹⁵. Caberá ao juiz analisar a pertinência desses novos questionamentos, indeferindo-os se for o caso.

3.10. Da Segunda Perícia

O artigo 437 do CPC preconiza que *o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.*

Essa segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos e documentos avaliados pela primeira, e tem por finalidade corrigir e esclarecer inexatidões e/ou omissões deixadas pela prova anterior (art. 438).

As regras procedimentais são as mesmas da primeira perícia (art. 439, *caput*), podendo as partes formularem novos quesitos, ratificar ou substituir o seu assistente técnico, ou até mesmo requerer esclarecimentos periciais, nos moldes do artigo 435 do CPC, no caso de persistirem dúvidas.

A perícia posterior não substitui as já realizadas, devendo o juiz sopesar os dados colhidos por cada qual (parágrafo único, art. 439), podendo utilizar argumentos de uma e complementar com os de outra, justificando tal circunstância.

A lei não especifica o momento processual para a determinação da nova perícia, podendo o magistrado ordená-la tão logo observe a sua necessidade, seja *antes ou no curso da audiência de instrução e julgamento, mesmo depois dos esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos*⁹⁶, ou, ainda, após o oferecimento de memoriais, convertendo-se o julgamento em diligência. Ressalta-se que até mesmo em fase recursal é admitida a realização de outra perícia⁹⁷.

95 SANTOS, Moacyr Amaral. *Opus cit.*, p. 495.

96 SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 496.

97 *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. JUIZ QUE DETERMINA A BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS.*

Com relação à quantidade de perícias, a lei insinua que somente duas provas seriam permitidas, posto que utiliza o termo “segunda perícia” (art. 439, *caput*). Contudo, não há vedação expressa à realização de outras mais, até porque o artigo 130 confere ao juiz a faculdade de determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução do processo. Assim, conquanto útil, sempre será permitida qualquer prova, evitando-se que o feito encerre-se inconclusivo.

Na verdade, a atenção do juiz deve recair principalmente sobre os pleitos dos litigantes quanto à produção de uma terceira ou quarta prova, *indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias* (art. 130, *in fine*).

3.11. Da Aplicabilidade do Art. 191 do CPC ao Procedimento da Perícia

Segundo o artigo 191 do Código de Processo Civil, *quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, falar nos autos*.

O objetivo da norma é facilitar a manifestação dos litisconsortes, pois não lhes será permitida a retirada em carga dos autos para uma análise minudente, haja vista tratar-se de prazo comum.

Assim, como a vista dos autos será feita no balcão do ofício/secretaria ou, fora dele, pelo período de uma hora (art. 40, § 2.º, CPC)⁹⁸, a contagem dos prazos é dobrada em razão do óbice à acessibilidade.

Ocorre que, no procedimento da prova pericial, todos os prazos são comuns (nomeação de assistente técnico, oferecimento de quesitos, manifestação

POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E DA VERDADE REAL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O artigo 130 do CPC permite ao julgador, em qualquer fase do processo, ainda que em sede de julgamento da apelação no âmbito do Tribunal local, determinar a realização das provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo existente anterior perícia produzida nos autos. 2. Contudo, não é possível ao Julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante da dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 906794/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 13/10/2010)

⁹⁸ Art. 40. (...) § 2.º Sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos, poderão só seus procuradores retirar os autos, ressalvada a obtenção de cópias para a qual cada procurador poderá retirá-los pelo prazo de 1 (uma) hora independentemente de ajuste.

ao laudo etc.), não somente aos litisconsortes mas a todas as partes (polo ativo e passivo), de modo que a dificuldade no acesso aos autos será inerente a todos. Por esse detalhe, mostra-se injusto beneficiar com o prazo dobrado somente os litisconsortes representados por procuradores distintos.

Porém, a lei não ressalva os casos em que houver prazo comum para o polo ativo e passivo. Há somente exceções pontuais e expressas a respeito da não aplicabilidade da norma (art. 738, § 3.º, CPC; Súmula 641, STF), mas não se verifica qualquer salvaguarda nos dispositivos que aludem ao procedimento pericial.

Desta forma, entende-se que, não havendo restrição expressa e específica quanto à incidência do artigo 191 ao procedimento pericial, não há que se falar em prazo comum quando preenchido os requisitos das normas⁹⁹, mesmo sendo injusto que parte singular apresente manifestação ao laudo em 10 (dez) dias e que os litisconsortes do polo adverso o façam em 20 (vinte).

Vale anotar, contudo, que há na doutrina e na jurisprudência quem defenda que o prazo para manifestação ao laudo seja comum, pois o *art. 191 prevê dobra para o advogado 'falar nos autos'*, sendo que no procedimento da perícia o advogado não 'fala', mas, sim, limita-se a juntar o parecer técnico a ser elaborado pelo assistente técnico. A rigor, é o consultor técnico que 'fala'.¹⁰⁰

Em que pese o entendimento supracitado, tais argumentos denotam um excesso de formalismo. Afinal, o preceito legal refere-se aos litisconsortes com “procuradores” diferentes e não “advogados”. E o assistente técnico nada mais é do que o procurador da parte para o procedimento pericial, possuindo, inclusive, prerrogativas exclusivas, não desfrutadas pelos advogados (p. ex., participar do exame pericial).

Além do mais, muitas vezes a perícia é realizada sem que haja a nomeação de um assistente técnico, de modo que a manifestação ao laudo será realizada pelo próprio advogado. Logo, seria um contrassenso aceitar que o

⁹⁹ AGRAVO – LITISCONSÓRCIO – PROCURADORES DIVERSOS – PRAZO EM DOBRO – PERÍCIA – PARECER TÉCNICO – JUNTADA TEMPESTIVA – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO – Existindo litisconsórcio, e não estando os réus representados pelos mesmos procuradores, os assistentes técnicos poderão oferecer seus pareceres no prazo comum de vinte dias, contados da intimação das partes da apresentação do laudo pericial. (TJMG, AI nº 1.0702.03.096058-8/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, j. 24/05/2006, DJ 22/07/2006)

¹⁰⁰DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. Cit.*, p. 250.

litisconsorte representado por assistente técnico goze de prazo simples e aquele que esteja apenas assessorado por advogado, de prazo dobrado.

Por fim, não se pode esquecer que a juntada do parecer técnico, será feita, inevitavelmente, pelo advogado, de modo que as palavras do assistente técnico serão as suas. Ou seja, o advogado estará, de uma forma ou de outra, falando nos autos.

CAPITULO IV – DA PROVA PERICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010, que institui o Novo Código de Processo Civil, não representam uma revolução no procedimento da perícia, tanto que grande parte dos artigos sequer sofrerão alterações. Muitas das reformas mais significativas recairão sobre os dispositivos ligados indiretamente à prova pericial, conforme será analisado pontualmente.

Sendo assim, focar-se-á a presente análise às alterações mais relevantes, descartando-se àquelas atinentes a modificações gramaticais ou com pequenas alterações estruturais.

4.1. Honorários Periciais

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|--|---|
| Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz. | Art. 97. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido a perícia, ou será rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. |
| Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo facultada a sua liberação parcial, quando necessária. | § 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. |
| | § 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária. |
| | § 3º Quando se tratar de processo em que o |

| | |
|--|--|
| | Poder Público seja parte ou a prova pericial for requerida por beneficiário da gratuidade de justiça, ela será realizada preferencialmente por instituição pública ou por perito da administração. |
| | § 4º Na hipótese de não existir órgão oficial ou perito da administração pública, o valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago, desde logo, pelo Poder Público. |
| | § 5º Se, ao final, o beneficiário da gratuidade de justiça for vencedor, o Poder Público promoverá a execução para reaver do vencido os valores adiantados para pagamento da perícia. |

O primeiro dispositivo cotejado é o que alude ao pagamento dos honorários do assistente técnico e do perito. Logo no *caput* do artigo nota-se modificação importante, pois, de acordo com o PL 8.046/2010, os honorários do perito deverão ser rateados quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes, sendo que, segundo o texto atual, tal encargo recai exclusivamente sobre o autor da ação.

Além da repartição do parágrafo único em dois, com o fito de organizar o texto, foram acrescentados outros três parágrafos, cujos conteúdos resolverão, definitivamente, polêmica acerca da incumbência de pagamento dos honorários periciais quando a perícia é requerida por beneficiário da gratuidade de justiça.

Segundo o Projeto, nesses casos – e também quando o Poder Público for parte no processo – a perícia deverá ser realizada, preferencialmente, por instituição pública ou perito da administração, ou, assim não sendo possível, o valor dos honorários serão fixados conforme Tabela do Conselho Nacional de Justiça, sendo pago, desde logo, pelo Poder Público, que poderá reaver a quantia paga caso o assistido seja o vencedor.

4.2. Prazo para a Conclusão da Perícia

| | |
|-----------------------------------|------------------------------|
| Código de Processo Civil em Vigor | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|-----------------------------------|------------------------------|

| (CPC/1973) | |
|--|---|
| Art. 146. O perito tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo. | Art. 136. O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe assinar o juiz, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo. |
| Parágrafo único. A escusa será apresentada dentro de 5 (cinco) dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (art. 423). | § 1º A escusa será apresentada dentro de cinco dias contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se considerar renunciado o direito a alegá-la. |
| | § 2º Será organizada lista de peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta dos interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento. |

Com relação ao artigo 146, *caput*, do CPC que vigora, este será renumerado como artigo 136, havendo troca do termo “no prazo que lhe assinala a lei” para “no prazo que lhe assinar o juiz”, extirpando o conflito que existia entre os prazos mencionados pelos artigos 136 (prazo legal) e 421 (prazo estipulado pelo magistrado).

Há, ainda, acréscimo do parágrafo segundo, estabelecendo a criação de uma lista de peritos, a ser disponibilizada na vara ou na secretaria para consulta dos interessados, contendo a qualificação dos profissionais, e os documentos que assim comprovam, de modo que as nomeações sejam efetuadas de modo equitativo e de acordo com a capacidade técnica e área de conhecimento.

4.3. Sanções em Caso de Informações Inverídicas

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|--|---|
| Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a | Art. 137. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado por dois anos para atuar em outras perícias independentemente das |

| | |
|------------------------|---|
| lei penal estabelecer. | demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para a adoção das medidas que entender cabíveis. |
|------------------------|---|

Ao texto do artigo 147 do CPC/73 foi adicionada norma que obriga o juiz a comunicar ao órgão de classe do profissional nomeado para diligência, acerca de informações inverídicas prestadas por este, seja por dolo ou culpa, mantendo-se as sanções já previstas para esta situação.

4.4. Apresentação de Proposta de Honorários

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|--|---|
| Art. 421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo. | Art. 450. O juiz nomeará perito e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. |
| § 1º Incumbe às partes, dentro em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: | § 1º Incumbe às partes, dentro de cinco dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito: |
| I - indicar o assistente técnico; | I - indicar o assistente técnico; |
| II - apresentar quesitos. | II - apresentar quesitos. |
| § 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado. | § 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado. |
| | § 3º Ciente da nomeação, o perito apresentará sua proposta de honorários em cinco dias, e o juiz decidirá depois de ouvidas as partes. |

O artigo 421 do legislação presente foi totalmente mantido, acrescentado-se somente o § 3.º, que determina ao perito, no prazo de cinco dias contados da ciência de sua nomeação, a apresentação de sua proposta de honorários, o qual será informado às partes para eventuais manifestações e, por conseguinte, será decidido pelo juiz.

4.5. Relação Entre Perito e Assistentes Técnicos

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|---|---|
| Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição. | Art. 451. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição. |
| | Parágrafo único. O perito deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de cinco dias. |

O acréscimo do parágrafo único ao artigo 422, que passará a ser artigo 451, apenas deixa ainda mais evidente a equivalência entre o perito e os assistentes técnicos durante as diligências, inexistindo hierarquia, circunstância já expressada pelo artigo 429 do CPC atual.

4.6. Quesitos Suplementares

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|--|--|
| Art. 425. Poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrária. | Art. 454. As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento. |
| | Parágrafo único. O escrivão dará à parte contrária ciência da juntada dos quesitos aos autos. |

No tocante aos quesitos suplementares, o Projeto propõe apenas que estes possam ser respondidos previamente por escrito ou na audiência de instrução, mantendo-se os demais pormenores.

4.7. Prazo do Perito

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|---|--|
| Art. 432. Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz conceder-lhe-á, por uma vez prorrogação, segundo o seu prudente arbítrio. | Art. 460. Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz poderá conceder-lhe, por uma vez, prorrogação pela metade do prazo originalmente fixado. |

Quanto à possibilidade de prorrogação do prazo para entrega do laudo, de acordo com o PL 8.046/2010, será limitado à metade do fixado originalmente pelo juiz, não mais se autorizando a dilação ao livre arbítrio do magistrado.

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|--|--|
| Art. 434. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento. | Art. 462. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame ao diretor do estabelecimento. |
| | § 1º Nas hipóteses de gratuidade de justiça, os órgãos e as repartições oficiais deverão cumprir a determinação judicial com preferência, no prazo estabelecido. |
| | § 2º Descumpridos os prazos do § 1º, poderá o juiz infligir multa ao órgão e a seu dirigente, por cujo pagamento ambos responderão solidariamente. |
| | § 3º A prorrogação desses prazos pode ser requerida motivadamente. |
| Parágrafo único. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa, a quem se atribuir a autoria do documento, lance em folha de papel, por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação. | § 4º Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e da firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação. |

Ainda no mesmo assunto, nota-se a adição de três parágrafos ao atual artigo 434, todos aduzindo sobre o dever de fiel obediência aos prazos judiciais quando a perícia for realizada por profissionais alocados em órgãos ou repartições oficiais, estabelecendo multas à instituição e ao seu diretor em caso de descumprimento, asseverando, ainda, que a prorrogação do prazo somente poderá ser requerida quando motivada.

4.8. Pedido de Esclarecimentos Periciais

| Código de Processo Civil em Vigor (CPC/1973) | Projeto de Lei nº 8.046/2010 |
|---|--|
| Art. 435. A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos. | Art. 463. Caso os quesitos suplementares a que se refere o art. 454 não sejam respondidos por escrito ou se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos. |
| Parágrafo único. O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados 5 (cinco) dias antes da audiência. | Parágrafo único. O perito ou o assistente técnico só estará obrigado a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo quando intimado cinco dias antes da audiência. |

Pecou o Projeto de Lei n.º 8.046/2010 a respeito da revisão do artigo 435 da lei processual em vigor, isso porque a reforma apenas menciona que os esclarecimentos periciais poderão ser solicitados quando o perito deixar de responder por escrito os quesitos suplementares a que alude o artigo 454 (do novo CPC), ou ainda quando persistirem dúvidas.

Porém, não se aproveitou a oportunidade para alterar o preceito no sentido de que os quesitos de esclarecimentos também possam ser respondidos, *a priori*, por escrito, o que, na prática, já ocorre, sendo, o perito e os assistentes técnicos, intimados para comparecer em audiência, somente se as dúvidas persistirem.

Outrossim, desperdiçou-se a chance de reparar o maior problema do artigo em questão ao deixar de introduzir um prazo para que as partes e interessados

pleiteiem os esclarecimentos periciais, mantendo-se a controvérsia acerca do momento para assim postular.

Ainda, não se pode olvidar que a proposta de alteração inaugurará um novo debate, pois se o perito deixar de responder os quesitos suplementares, à parte interessada restará requerer ao juiz que intime o experto para audiência, com o objetivo de que tal omissão seja suprida. Entretanto, estar-se-á tolhendo o direito deste litigante em requerer eventuais esclarecimentos posteriores, posto que não poderá formular os quesitos de antemão, consoante exige a lei, e dificilmente designar-se-á nova audiência somente para este fim. Não obstante, em virtude de serem prestadas em audiência, não será possível submeter as respostas dos quesitos suplementares ao crivo dos assistentes técnicos, ocasionado imenso prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.

CONCLUSÃO

Com o aumento significativo de processos judiciais contra médicos, tendo por objeto a responsabilidade civil desses fornecedores de serviços de saúde, a prova pericial médica tornou-se diligência recorrente no cotidiano forense, haja vista a preponderância desta para o deslinde do feito.

Tal destaque na instrução processual deve-se à complexidade que a causa denota, adentrando assuntos de conteúdo científico e altamente técnicos, conhecimentos que, por serem intangíveis ao homem médio, demandam o auxílio de especialistas para um real entendimento dos pormenores do litígio.

Ademais, a perícia também será importante para que as outras provas existentes nos autos, como prontuários de atendimento, exames de imagem e laboratoriais etc., sejam “traduzidas” para uma linguagem acessível ao juiz e às partes, o que evidencia ainda mais a sua relevância no conjunto probatório.

Os esclarecimentos ofertados pela prova pericial carregam ao juiz os elementos necessários para que este profira uma decisão verdadeiramente fundamentada, pois, apesar de os apontamentos do experto não ditarem os termos da sentença, as ponderações técnicas respaldarão o entendimento prolatado pelo magistrado.

Assim, se de um lado temos o artigo 436 do CPC, que dispõe que *o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos*, de outro temos o artigo 145, *caput*, que obriga o juiz a estar assistido por um perito quando a prova do fato depender de conhecimentos especializados, não sendo, portanto, o auxílio técnico, mera faculdade do julgador. Ou seja, o artigo 436 deve ser interpretado em conjunto com artigo 145, *caput*.

Nota-se, pois, que o juiz, em demandas que contemplem assuntos técnico-científicos, sempre manterá certa dependência dos trabalhos periciais, pelo simples fato de não deter os conhecimentos especializados que ensejaram a realização da prova, caso contrário esta sequer seria determinada.

Desta forma, entende-se que é, sim, permitido ao juiz julgar em desacordo com o laudo pericial, mas, para tanto, deverá alicerçar a sua contrariedade na

opinião de um outro perito, afinal o magistrado prescinde dos conhecimentos especializados para, por conta própria, opor-se ao laudo. Do contrário, estar-se-ia admitindo que a opinião de um leigo (juiz) sobreposse a de um especialista (perito).

Importante acrescentar que, nem mesmo a existência nos autos de documentos, como literaturas médicas, é suficiente para respaldar tecnicamente a decisão judicial em sentido contrário às conclusões do perito, pois, ainda que as informações ali contidas aparentem-se acessíveis, na verdade, sempre tratarão de matérias atinentes à área de conhecimento não permeável ao homem médio, porquanto documentos destinados aos profissionais da Medicina e não aos leigos.

Logo, concluindo o magistrado, em uma análise subjetiva, que o laudo encontra-se dissonante com as informações existentes nos autos (por exemplo, em desacordo com a doutrina médica juntada), deverá, necessariamente, recorrer-se da assistência de um outro perito com o fito de confirmar se as suas ponderações contrárias ao laudo têm ou não fundamento, extirpando, em definitivo, as dúvidas remanescentes.

Conclui-se, destarte, que o parecer do perito não encerra a sentença, mas a decisão do juiz, em causas complexas que demandem a prova pericial, não prospera sem fundamentos técnicos.

Portanto, é notória a imprescindibilidade da prova pericial para a resolução das demandas em que se discute a responsabilidade civil do médico, pois os apontamentos do laudo servirão como elementos para a fundamentação do magistrado, reputando-se, pois, requisito de validade da decisão judicial.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BUENO, Cassio Scapinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – procedimento comum: ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I. 3.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARPES, Artur Thompsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório – Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. Vol. 2. 6.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

HADDAD, Arnaldo Tebecherane. *A reconvenção nas ações por imputação de erro médico*. 2002. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Santos, 2002.

HADDAD FILHO, Arnaldo Tebecherane. *A Relativização da Culpa no Exercício Regular da Medicina*. 2008. Trabalho de Graduação Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, , oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Irazy Novah. *Erro médico e a lei*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Comentado Doutrina e Jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 14ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *20 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor – Desafios atuais*. Revista do Advogado, São Paulo. Nº 114. Ano XXXI. Associação dos Advogados de São Paulo.

<http://www.cremepe.org.br/leitorNews.php?cd_noticia=618>. Acesso em: 6 de março de 2012.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2012.

<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Jurisp/PesquisaResumoEstruturado>> Acesso em: 25 de maio de 2012.

<<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2012.

<<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 17 de março de 2012.

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 19 de abril de 2012.