

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Requer urgência

Pedido de efeito suspensivo

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, tendo em vista o decidido nos autos do processo nº **562.01.2008.046675-0** (nº de ordem **18.327/2008**), em trâmite perante o Juízo da **2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos**, ação indenizatória movida por **SAMARA CARDOSO DA COSTA** E **MARIA APARECIDA DA SILVA CARDOSO**, a primeira menor impúbere representada pela segunda, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, interpor, fundado nas razões em anexo, o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, pleiteando seu regular processamento, independentemente de preparo *ex vi* do disposto no artigo 511, § 1º, do Código de Processo Civil.

Cumprе esclarecer, em relação à tempestividade da presente irresignação, que a decisão recorrida, que determinou a inversão do ônus da prova, carreando ao agravante a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais, foi disponibilizada para publicação no Diário Oficial do dia 10 de setembro do ano em curso.

Assim, o prazo recursal a rigor iniciou-se hoje (primeiro dia útil seguinte ao considerado como o da publicação – art. 184, CPC) e, contado em dobro (art. 188, CPC, e Dec-Lei Federal nº 7659/45), findar-se-ia no ainda vindouro dia 05 de outubro deste ano.

Esclarece que para regular formação do instrumento a agravante anexa às razões as cópias dos seguintes documentos, aqui dispostos conforme encartados nos autos principais: **a)** petição inicial; **b)** instrumento de procuração outorgado pela agravada; **c)** contestação; **d)** réplica; **e)** decisão agravada; **f)** certidão de publicação da decisão.

Atesta o signatário, sob sua responsabilidade pessoal, que todas as cópias ora anexadas são autênticas, extraídas dos autos do processo originário.

Em atenção ao disposto no artigo 524, III, do Código de Processo Civil, informa que as agravadas são representadas pelo **advogado Carlos de Paula Júnior**, inscrito na **OAB/SP nº 164.126**, com escritório à Avenida Adhemar de Barros, 250, Santo Antônio, Guarujá/SP, CEP 11430-000.

Requer, diante da possibilidade de ocorrência de danos de difícil reparação ao próprio interesse público, a **concessão de efeito suspensivo ao presente recurso**, na forma do artigo 527, inciso II e 558, *caput*, ambos do Código de Processo Civil, para suspender o curso do processo e evitar a ocorrência de preclusão na produção da prova, tal como já “advertido” pela decisão recorrida, aí residindo a possibilidade concreta de **danos de difícil reparação**.

Com efeito, a **relevância da fundamentação** deste recurso prende-se justamente no descabimento da inversão do ônus da prova tal como imposta pela decisão recorrida, a demonstrar, salvo melhor juízo, a **presença dos requisitos legais** exigidos para concessão do **efeito suspensivo** ora pleiteado.

Tais requisitos, ademais, apontam para o cabimento do presente recurso na forma instrumental, frisando-se, ademais, que sequer haveria interesse no manejo de agravo retido, uma vez configurada, ao final, a preclusão sobre a produção da prova.

Requer, outrossim, que as intimações referentes a este recurso sejam publicadas também em nome da Procuradora do Estado, **Dra. Rosana Martins Kirsche**, **OAB/SP 120.139**.

Termos em que,
pede deferimento.

Santos, 14 de setembro de 2009.

AMÉRICO ANDRADE PINHO
Procurador do Estado
OAB/SP 228.255

RAZÕES

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara

1. Breve histórico do processo

As recorridas ajuizaram ação de indenização por danos morais invocando a responsabilidade do Estado de São Paulo pelo fato de que, por ocasião do nascimento de Samara, filha de Maria Aparecida, complicações decorrentes de parto realizado no Hospital Guilherme Álvaro teriam redundado em anoxia neonatal grave e microcefalia, com paralisia cerebral.

Argumentaram, em suma, que em razão de atos culposos impingidos à equipe médica do hospital teria sobrevivido o grave problema apresentado pela menor.

Relataram a necessidade de uso de medicamentos e aparelhos especiais, requerendo a procedência do pedido, com a condenação do ora agravante no ressarcimento dos danos materiais (aqui incluída pensão mensal), e no pagamento de indenização vultosa, que estimam em 6.000 salários mínimos.

O ora agravante contestou o pedido, apontando, em apertada síntese, que diante da regularidade do serviço médico prestado às autoras e, mais, da consequente ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e qualquer ato, comissivo ou omissivo, praticado pelos médicos, o pedido não comporta acolhimento, insurgindo-se, igualmente, contra o valor pleiteado.

A decisão recorrida, de índole saneadora, determinou a produção de prova pericial, mas, apartando-se do modelo previsto pelo Código de Processo Civil, carreou ao Estado de São Paulo a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, invocando, para tanto, a figura da inversão do ônus da prova prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC).

Assim, o agravante, inconformado com tal decisão, interpõe o presente recurso, apontando as razões pelas quais entende ser descabida a inversão do ônus da prova imposta pelo Juízo *a quo*.

2. O descabimento da medida

2.1. A inaplicabilidade do CDC ao caso concreto

Como pressuposto lógico da inversão do ônus da prova, a decisão recorrida deixou assente a aplicação do CDC à relação jurídica havida entre as partes.

Não parece, todavia, que assim seja, uma vez que as agravadas, como é incontroverso, foram tomadoras de serviço público prestado por hospital vinculado à Secretaria de Estado da Saúde.

O fizeram, como é evidente, gratuitamente, a partir da larga via do direito à saúde insculpido na Constituição Federal, em relação típica de cidadão-Estado.

Não houve, como nem poderia haver, relação de consumo típica, tal como prevista pelo CDC.

Embora o artigo 3º, *caput*, do referido diploma torne em tese possível o enquadramento de pessoa jurídica de direito público como *fornecedor*, seu parágrafo 2º reza que *serviço* “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração**”.

Não há, como é evidente, qualquer antinomia entre os dispositivos, até porque pode porventura haver a prestação de serviço público, mas mediante remuneração por **tarifa**, tal como, por exemplo, o fornecimento de água e esgoto realizado por concessionária.

Em que pese o hercúleo esforço hermenêutico da decisão recorrida, parece que a correta interpretação do dispositivo não pode ser aquela constante do excerto doutrinário invocado, até porque concebida em arrepio do brocardo *in claris cessat interpretatio*.

No caso em tela, como é incontroverso, não houve remuneração pelo serviço público bem prestado às agravadas, não havendo, via reflexa, caracterização de relação de consumo a atrair a incidência do CDC.

Foi nesse sentido recentíssimo precedente desse Egrégio Tribunal, colhendo-se do voto condutor o seguinte excerto:

“Frise-se que a situação descrita na petição inicial não caracteriza a prestação de serviço tal como descrita no Código de Defesa do Consumidor. A hipótese não envolve uma relação de consumo porque se trata de uma relação de natureza institucional entre a Prefeitura Municipal de Tatuí (ora agravante) e o cidadão (ora agravado). Não há, no caso em tela, fornecedor nem consumidor. Há prestador e usuário do serviço público de saúde sustentado por tributos. A afirmação não contraria o artigo 22 da

Lei nº 8.078/90 (“os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”). A relação de consumo ocorre no caso dos serviços públicos impróprios, prestados *uti singuli* ou individuais e usualmente remunerados pelo usuário, não quando o serviço for considerado *uti universi* ou próprio do Estado, essencial à coletividade como um todo, como segurança pública, educação, execução de obras públicas, saúde, iluminação pública, calçamento, saneamento (aqui compreendendo-se o serviço de esgoto), limpeza urbana e outros da mesma espécie” (TJSP, 6ª CDirPubl., Ap. 855.025-5/2-00, Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, j. 03.08.2009)

Diversa não foi a conclusão no julgamento de caso concreto bastante similar ao dos autos:

“Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de menor em hospital público – Autor que não comprovou culpa do estabelecimento de saúde – Pretendida inversão do ônus da prova – Inadmissibilidade – Código de Defesa do Consumidor não aplicável – Ação improcedente – Sentença confirmada” (TJSP, 4ª CDirPubl., Ap. 388.254-8/5-00, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 07.08.2008).

Há, no mesmo sentido, emblemático precedente do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado no que interessa:

“2. O conceito de “serviço” previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC). 3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF). 4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido” (STJ, 1ª T., REsp 493181/SP, Rel. Min. Denise Arruda, j. 15.12.2005).

Também na doutrina encontra ressonância o entendimento ora defendido, tal como se extrai da autorizada lição de José Geraldo Brito Filomeno:

“E, efetivamente, fala o § 2º do art. 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em “serviço” como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os ‘tributos’, em geral, ou ‘taxas’ e ‘contribuições de melhoria’, especialmente, que se inserem no âmbito das relações

de natureza tributária. Não há que se confundir, por outro lado, referidos tributos com as ‘tarifas’, estas, sim, inseridas no contexto de ‘serviços’ prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o ‘contribuinte’ não se confunde com ‘consumidor’, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum”.¹

Ademais, mesmo que o CDC fosse aplicado à relação havida entre as partes, não se pode deixar de considerar que a aplicação da figura da inversão do ônus da prova está sujeita à presença de requisitos bem definidos pelo artigo 6º, VIII, do diploma em questão, qual seja a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

A alegação que consubstancia causa de pedir da demanda, vazada na existência de ato culposo praticado pelos médicos que prestaram atendimento às agravadas até pode ser tida, em termos objetivos, como possível, ou seja, factível.

Não há de ser, todavia, encarada como verossímil, dotada de considerável nível de probabilidade, mormente quando se sabe que o sucesso de qualquer empreitada médica é influenciado por fatores diversos, próprios à álea típica da medicina, tal como exposto em contestação.

Também não se pode falar em hipossuficiência das autoras, uma vez que, além de não ostentarem elas a vulnerabilidade presumida dos consumidores (justamente por não poderem ser tidas como consumidoras), não é o simples fato de serem economicamente menos favorecidas apto, por si só, a induzir tal hipossuficiência, até porque se o conceito desta *“levasse em consideração somente critérios econômicos, bastaria a tutela prevista na Lei 1.060/1950, aos beneficiários da assistência judiciária gratuita, que inclui o pagamento dos honorários periciais (art. 3º, inc. V, Lei 1.060/1950)”*.²

Por isso é que, na linha do antes exposto, entende-se que a inversão do ônus da prova mostrou-se medida descabida no caso em exame, porque a hipótese não se subsume ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como também porque ausente os requisitos autorizadores.

Nem mesmo o argumento de que se trata de demanda fundada na responsabilidade objetiva do Estado pode servir de apoio à inversão do ônus da prova, uma vez que os caracteres próprios de tal espécie de responsabilidade aquiliana

1 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 7. ed., Forense Universitária, p. 44.

2 Eduardo Cambi, *A prova civil*, RT, p. 416.

não induzem, por si só, tal inversão, até porque, em última análise, é mesmo do interessado o ônus de comprovar a alegada *faute du service*, cuja regularidade é inclusive presumida.

Ademais, não se pode deixar de considerar, que a sistemática processual atinente à distribuição dos ônus da prova encontra guarida no Código de Processo Civil, sendo que qualquer inversão há de ser imposta com marcante cautela, até porque a utilização, sempre subsidiária, das protetivas normas da Lei 8.078/90 deve observar a premissa de que estas “*revestem-se desenganadamente de caráter excepcional e, como tal, só podem ser interpretadas restritivamente: exceptiones sunt strictissimae interpretationis*”.³

2.2. A extensão da inversão

Não bastasse o articulado no item anterior, não se pode deixar de considerar, como estabelece Candido Rangel Dinamarco, que “*ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo*”.⁴

Tal ônus, como é curial, recai somente sobre os fatos a serem efetivamente provados, ou seja, sobre o objeto da prova, sendo, nessa medida, decorrente do *ônus de alegar* que também incumbe às partes.

A distribuição do ônus da prova decorre da regra jurídica do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, tida como regra geral a respeito do tema, na exata medida em que “*ali está a definição de que os fatos constitutivos devem ser provados pelo autor; e os extintivos, modificativos ou impeditivos, pelo réu*”.⁵

A exceção a esse princípio, como exposto no item anterior, está atrelada à presença de requisitos objetivos e, mais do que isso, não tem por finalidade meramente inverter o ônus financeiro da produção da prova.

Parece nítido que o móvel único da decisão recorrida foi viabilizar a produção da prova por perito de confiança do Juízo, e não pelo Imesc como, sendo a autora beneficiária da gratuidade de Justiça, seria o caso.

3 Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil*, RT, p. 161.

4 *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, t. III, p. 71.

5 Maristela da Silva Alves, “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, in: Danilo Knijnik (coord.), *Prova judiciária – Estudos sobre o novo direito probatório*, Livraria do Advogado, p. 209.

Não se pode, todavia, prestigiar tal entendimento, que acaba, com o devido acatamento, subvertendo a essência da figura da inversão do ônus da prova.

Consoante tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à inversão do ônus da prova não se presta à inversão do *ônus financeiro* do processo:

“Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ônus da prova. Inversão. Conteúdo fático. Súmula 7/STJ. Honorários periciais. Pretensão de atribuir-se o ônus de pagamento à parte contrária. Descabimento. I - A inversão do ônus probatório não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência o que, se concedida, não acarreta, de qualquer modo, o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as consequências jurídicas pertinentes. II - Agravo regimental desprovido” (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 884.407/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.08.2007)

“Processual civil. Ação civil pública. Adiantamento das despesas necessárias à produção de prova pericial. Art. 18 da Lei nº 7.347/85. CPC, art. 19. 1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais” (STJ, 1ª T., REsp 846.529/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.04.2007)

Colhem-se do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentíssimos precedentes nesse sentido, ou seja, afastando a utilização da inversão do ônus da prova como meio de carrear ao réu a responsabilidade pelo pagamento de provas periciais, concebidos, vale ressaltar, no âmbito do Direito Privado, ou seja, ao largo do pãlio da supremacia do interesse público sobre o particular, presente no caso em exame:

“Acidente de veículo. Reparação de danos. Perícia. Remuneração prévia do perito. Determinação de adiantamento dos honorários a cargo da ré e da denunciada. Seguradora, com inversão do ônus da prova pericial em favor do autor, beneficiário da assistência judiciária. Impropriedade. “A inversão do ônus da prova com fulcro no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não desloca para a parte contrária o encargo de adiantamento da remuneração do perito, não competindo ao réu, portanto, adiantar o depósito em prol do auxiliar do juízo, haja vista a norma do artigo 33 do Código de Processo Civil”. Recurso provido para dispensar a ré denunciada do cogitado depósito prévio” (TJSP, 28ª CDirPriv, AI 1240517002, Rel. Des. Júlio Vidal, j. 03.03.2009)

“Agravo de instrumento – Ação de consignação em pagamento – Inversão do ônus da prova – Exegese do artigo 6º, VIII do CDC – Depósito de Honorários Periciais. Decisão

reformada e recurso provido. O réu não tem o dever de adiantar os honorários periciais se a perícia foi requerida exclusivamente pelo autor, mesmo com a inversão do ônus da prova. Inteligência dos arts. 19 e 33 caput do Código de Processo Civil” (TJSP, 29ª CDirPriv, AI 1215190001, Rel. Des. Reinaldo de Oliveira Caldas, j. 10.12.2008)

Por conta de tais circunstâncias é que o recorrente entende ter o Juízo *a quo* cometido *error in procedendo*, contrastado por meio deste recurso.

3. Síntese conclusiva

Em conclusão, tem-se que a manutenção da decisão agravada, com o devido acatamento, acaba por consubstanciar severa injustiça, não tendo sido aplicado o melhor Direito ao caso concreto.

Basta, para tanto, recordar que:

a) o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não se aplica à relação havida entre as partes, até porque não houve a prestação de serviço mediante remuneração;

b) a inversão do ônus da prova pressupõe a presença de requisitos objetivos, notadamente no que diz respeito à hipossuficiência da parte contrária, ausente no caso concreto;

c) tal figura não se presta a viabilizar a inversão do ônus financeiro na produção da prova, tal como levado a efeito pela decisão recorrida.

Diante de todo o exposto, respeitosamente requer o agravante, novamente ressaltada, igualmente, a gravidade da medida imposta e os prejuízos dela decorrentes, seja o recurso recebido, com:

a) a concessão de **efeito suspensivo**, cassando-se a eficácia da decisão recorrida, comunicando-se o Juízo *a quo* para que aguarde o julgamento do recurso;

b) e, ao final, o **provimento** do recurso, confirmando-se a ilegalidade da decisão recorrida⁶.

6 Ementa: Direito do consumidor – Inversão do ônus da prova (Lei 8.078/90). Ação de reparação de danos materiais, morais e estéticos, promovida por mãe e filha atendidas em hospital público. Inexistência, no caso, de relação de consumo, em razão do atendimento gratuito, sem remuneração (§ 2º do art. 3º – art. 22). Inexistência, ainda, de contrato que disciplinasse a prestação de serviços. Os serviços prestados a toda comunidade, custeados pelos tributos que a Administração arrecada, estão fora da disciplina do CDC. Instrução probatória regida, no caso, pelo CPC. Recurso provido. (Agravado de instrumento nº 966.185-5/6-00, Santos, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Urbano Ruiz, 09/11/2009 – Unânime)

Termos em que,
pede deferimento.

Santos, 14 de setembro de 2009.

AMÉRICO ANDRADE PINHO
Procurador do Estado
OAB/SP 228.255