

A não incidência da responsabilidade civil médica e o CDC

Danilo Fadel de Castro

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

O presente artigo busca traçar algumas linhas acerca de tema complexo e tormentoso que envolve a atuação do médico, profissional liberal, cuja atividade de risco, muitas vezes, por efeito de resultado trágico, fatal, coloca-o, não raro, no banco dos réus. Contudo, apresentam-se algumas situações em que a responsabilidade médica não incidirá, isto é, em que há o rompimento do nexos causal. Para tanto, adotar-se-á, em casos tais, o uso da nomenclatura “não incidência” ao invés de “causas excludentes”.

1. A responsabilidade do médico. O art. 14, § 4º, do CDC

O art. 14, § 4º, do Código do Consumidor dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A esse respeito, bem assinala Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que:

No caso dos profissionais liberais, valorou-se a natureza peculiar das suas atividades, que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva. De um lado, houve a preocupação com a inviabilização da atividade desses profissionais, pois, se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado

e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais. De outro lado, os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. Isso reduz o grau de vulnerabilidade do cliente, enquanto consumidor, frente ao profissional liberal, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo.¹

Tem-se, dessa forma, que, no que se refere aos denominados profissionais liberais, a responsabilidade é subjetiva.

O profissional liberal é aquele que, segundo prossegue ensinando, com maestria, Sanseverino, reúne as seguintes características:

- (A) prestação de serviços técnicos ou científicos especializados;
- (B) formação técnica especializada, normalmente em nível universitário;
- (C) vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*);
- (D) ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou com terceiro;
- (E) exercício permanente da profissão.²

Dentre os diversos profissionais liberais se elege, no presente trabalho, a figura do médico.

O médico é o profissional da área da saúde, que dada a relevância e a indispensabilidade da função exercida, que visa evitar e coibir, é visto, sobretudo, como verdadeiro sacerdote da cura.

O médico muitas vezes depara-se com a morte, evento inevitável, e precisa, de acordo com seus dons, enfrentá-la, e, ao menos naquela situação específica que digladia, vencê-la.

¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 197.

² *Ibidem*, p. 198.

Ocorre que, muitas vezes, o médico não consegue evitar o inevitável. A morte vence. Criam-se, então, os sentimentos afetos aos parentes do falecido que, de angústia, dor, sofrimento e irrisignação transmudam-se em lide cujo principal responsável eleito pelo infortúnio é exatamente o médico.

Contudo, pondere-se que a obrigação do médico é de meio, porquanto seus serviços devem ser direcionados ao quanto possível para a cura da doença, evento que pode ou não ocorrer. Ele não se responsabiliza, em regra pelo resultado, mas compromete-se a dispensar todos os seus esforços para promover a cura e a recuperação do paciente.

De outro bordo, há exceções com relação à natureza do serviço médico e isto envolve especialmente as cirurgias plásticas, em que, nas denominadas “cirurgias estéticas” – e não corretivas – compromete-se com o resultado.

De todo modo, acerca da espécie de responsabilidade civil do médico, Sergio Cavalieri Filho, afirma que é subjetiva.

São suas as seguintes lições:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 951 do Código de 2002. Embora seja o médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º, do art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Diz ali que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Deve-se ter em mente, todavia, que o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como

empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva.³

De fato, tem prevalecido na jurisprudência majoritária que, ao médico, profissional liberal, se aplicam as regras da responsabilidade subjetiva, mediante perquirição da conduta culposa. Isto é, o médico somente será responsabilizado se ficar comprovada a culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades, quais sejam, imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse diapasão, o Código de Ética Médica (Resolução CFM no 1.931/09), em seu Capítulo III, art. 1º, dispõe que: “é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. O parágrafo único desse dispositivo assevera que “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

No entanto, difícil e tormentosa é a aferição da responsabilidade civil do médico, principalmente porque se trata de culpa singular.

Assim, e dada a peculiaridade da atividade médica, do risco enfrentado pelo profissional, frise-se, de confiança do paciente, a jurisprudência tem tratado essa questão – a nosso ver com razão – com maior rigor, impondo a indenização, em muitos casos, nas hipóteses de erros grosseiros e inescusáveis, privilegiando, de outra parte, – apesar da ocorrência do evento danoso e fatal – a vasta experiência médica e a utilização de todos os meios hábeis, necessários e cuidados dispensados durante o decorrer do tratamento.

É importante destacar, no presente trabalho, que há necessidade de se perquirir o nexos causal, ganhando relevo, sobretudo, a prova pericial. Porém, a prova pericial, não raro tida como essencial para a solução da lide médica, tem encontrado alguma resistência em sua aceitação isolada, sobretudo, diante do risco fundado de o perito, ciente de seu conhecimento técnico específico, transformar-se no verdadeiro juiz da causa.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 432.

Não obstante, deve o juiz, na busca do resultado justo da lide, como primeiro passo, analisar todas as características do caso, pois, muitas vezes, a peculiaridade define quem tem razão.

Essa é a balizada opinião de Cavalieri Filho:

Em conclusão: diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Essa é a fórmula irreprochável proposta pelo insigne Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. em seu magnífico artigo sobre “A Responsabilidade civil do médico”, na RT 718/38.⁴

2. Não incidência da responsabilidade médica

2.1. A não incidência x causas excludentes

Traçadas as vigas da responsabilidade civil, em especial do profissional médico, relatar-se-á o tema proposto estabelecendo, porém, desde logo, uma distinção que se considera relevante.

Tal distinção terminológica verifica-se entre o que a doutrina chama de “causas excludentes de responsabilidade” e “a não incidência da responsabilidade”.

Conforme alhures mencionado, o médico não deve ser responsabilizado por todo e qualquer infortúnio que acomete o doente, sobretudo, pelo evento fatal: a morte.

Circunstâncias existem que, mais do que afastarem a responsabilidade médica – na ocorrência de determinados eventos –, implicam em concluir que tal jamais existiu ou poderia ter-se verificado.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 433.

Relevante, pois, a análise do nexu causal, que é a grande problemática da matéria em questão.

De toda a forma, a denominação “causas excludentes de responsabilidade”, – para tais circunstâncias que obstam o dever de indenizar – em verdade, é bem difundida e acolhida na doutrina e na jurisprudência. Tanto que, comumente, se diz que as causas excludentes de responsabilidade encontram-se, v.g., previstas no § 3º, art. 12 e § 3º, art. 14, ambos do CDC.

Não obstante, acredita-se que, ao invés de compreender que as excludentes teriam o condão de vitalizar o dever de indenizar (nexu causal) para, posteriormente, afastá-lo, melhor seria o entendimento de que, em verdade, presentes causas de não incidência, o nexu causal jamais se formou, jamais existiu, porquanto, em nenhum momento, se estabeleceu a obrigação reparatória.

Aprofundando a questão, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, o Professor Alexandre Dartanhan de Melo Guerra traz a ideia nos seguintes termos:

A despeito da ampla aceitação do instituto no meio jurídico, a expressão causas excludentes de responsabilidade civil não nos parece ser a mais adequada. Destarte, por rigor científico, entende-se que seria preferível cuidá-las como causas de não-incidência de responsabilidade civil do Estado. Isso porque a não-incidência é hipótese normativa diversa da mera exclusão de responsabilidade civil. Sinteticamente, diante da não-incidência, não chegou efetivamente a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas. Noutras palavras, dizer excludentes poderia fazer supor que a hipótese veio a ocorrer, passando em um segundo momento, a identificar certo óbice à condenação do agente indenizador, o que não é o que ocorre no plano científico, como se demonstrará⁵.

⁵ GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Lantin, 2010. p. 313-314.

Conforme ainda ensina o mestre citado, referida criação científica emana do direito tributário, com esteio nas lições de Becker.

Ensina, a respeito, Becker que:

A regra jurídica é um instrumento criado pelo homem para prever e impor um determinismo artificial ao comportamento (fazer ou não fazer) dos homens. A criação da regra jurídica é um fato. A existência da regra jurídica com sua estrutura lógica (regra de conduta e hipótese de incidência) é outro fato. A realização da hipótese de incidência consiste num terceiro fato. E a incidência da regra jurídica sobre sua hipótese de incidência realizada, constitui, por si mesmo, quarto fato que dá nascimento ao quinto e mais importante dos fatos: o fato jurídico⁶.

Assim, e segundo Becker, o acontecimento de um fato ou de fatos capazes de realizar a hipótese de incidência tributária constituiria, naquele campo, o caso de incidência.

Transportando tais bases do direito tributário para a seara da responsabilidade civil – notadamente no âmbito privado, que nos interessa – tem-se que essa circunstância da incidência jurídica é, de fato, perfeitamente aplicável.

Desse modo, tem-se um fato, um acontecimento, que pode ensejar o nascimento de uma relação jurídica obrigacional atribuindo a alguém o dever de indenizar. É, v.g., o direito de alguém exigir de outrem o ressarcimento de danos materiais e morais oriundos de morte por erro médico. Uma vez evidenciado o nexos causal, o evento morte passa a ser juridicamente relevante, e, como tal, poderá ensejar o direito à indenização.

Há, assim, que ocorrer um enquadramento integral do fato e sua hipótese normativa, sem que estejam presentes quaisquer causas de não incidência. E por causas de não incidência, exemplifica-se,

⁶ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, cit., p. 271, apud GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Lantin, 2010. p. 314.

conforme será relatado adiante, com o caso fortuito ou força maior, que rompem o nexo causal, obstando a reparação dos danos.

De todo modo, importante destacar a ideia de que não é possível cogitar em impor o dever de indenizar, partindo-se de uma suposta responsabilidade civil, em tese, e pré-concebida, para, *a posteriori*, excluir-se o que realmente nunca existiu.

Portanto, mais adequado o entendimento de que a não incidência é fenômeno mais adequado a identificar àquelas situações em que não existiu o nexo causal, não existiu a responsabilidade civil, por absoluta falta de constituição de seus elementos, inexistindo, pois, a subsunção.

Pensa-se que, como efeito prático dessa distinção, por ocasião do julgamento de uma lide médica, é mais exato afirmar na fundamentação de uma sentença que, em casos tais, identificado o rompimento do nexo causal, a responsabilidade do médico não incidiu, não existiu, não se aperfeiçoou, do que, admiti-la, em tese, como uma pré-responsabilidade e depois excluí-la, ideia essa do termo “excludente”.

Em outras palavras deve ser afirmado que o nexo causal não incidiu, não se aperfeiçoou.

Note-se, assim, que, de fato, a distinção tem seu fundamento e a resposta do juiz na sentença da lide médica, a nosso ver, caso presente alguma causa de não incidência, necessita ser clara, nesse sentido, do mesmo modo em que, não tendo agido irregularmente o profissional médico, tal também precisa restar clarividente na decisão.

Firmada, assim, a ideia que tange à ausência de responsabilidade médica, – e por reputar mais adequado –, tem-se que o termo “não incidência” deve, pois, prevalecer sobre o termo “excludente”.

2.2. As causas de não incidência do dever de indenizar médico

2.2.1. O caso fortuito (interno e externo) e a força maior

O caso fortuito e a força maior constituem hipóteses típicas de não incidência da responsabilidade e do conseqüente dever de indenizar, de modo geral, porque impossibilitam o estabelecimento, o implemento, do nexo causal.

O art. 393, parágrafo único, do Código Civil assim dispõe acerca do caso fortuito ou força maior: “O caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir”.

É comum afirmar na doutrina que, aparentemente, não há distinção entre caso fortuito e força maior.

Apesar disso, é corrente a distinção no sentido de que o caso fortuito se verifica no fato ou ato estranho à vontade das partes, tais como guerra, greve, etc., ao passo que na força maior se referem fatos ou fenômenos naturais (tempestades, raios, etc.).

O caso fortuito e a força maior podem incidir sob a forma contratual ou extracontratual e apegam-se à imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento. Isto é, o fato deve ser necessário, superveniente, inevitável e irresistível, absolutamente fora do alcance do controle humano.

No Código de Defesa do Consumidor não há a previsão legal do caso fortuito ou da força maior, o que, em princípio, fez com que parte da doutrina se inclinasse pelo reconhecimento da responsabilidade civil em tais hipóteses.

Rizzato Nunes sustenta que a utilização do advérbio “só” não deixa margem a dúvidas e arremata: “Somente valem as excludentes expressamente previstas no § 3º, que são taxativas. Qualquer outra que não esteja ali tratada obriga o responsável pela prestação do serviço defeituoso.”⁷

Conclui, a respeito, Rizzato Nunes, que o caso fortuito e a força maior não excluem a responsabilidade, sobretudo em decorrência da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco do empreendimento.⁸

No entanto, Bdine Jr. bem elucida a questão:

Entre as excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor – arts. 12, § 3º, e 14, § 3º –, essas hipóteses não figuram como causas de exclusão de responsabilidade, o que levou alguns autores a afirmarem que elas não impedem a condenação dos fornecedores a pagar a indenização. Mas é preciso verificar que, se o caso fortuito ou força maior eliminam o nexo de causalidade entre o defeito e o dano não estarão

⁷ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva 2009. p. 220.

⁸ *Ibidem*, p. 221.

presentes os requisitos dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que não será caso de excluir a responsabilidade, mas sim de não haver incidência da regra ao caso concreto.⁹

Mais adequado, porém, é compreender que, presentes o caso fortuito ou força maior, não há incidência, – seja no Código Civil, seja no Código de Defesa do Consumidor –, do dever de indenizar.

Frise-se, que o caso fortuito e a força maior estão relacionados ao rompimento da relação de causalidade. É um problema de nexos causal. É um evento absolutamente estranho, fora do desdobramento normal da ocorrência, algo externo, que, por não se relacionar com o dano, faz com que a responsabilidade não seja estabelecida, afastando-se, conseqüentemente, a incidência do dever de indenizar pelo acontecimento.

É o que ocorre, nos exemplos trazidos por Kleber Hosang, com fato da natureza, como um raio que causa *black out* em um hospital ou enchentes que alaguem alas hospitalares¹⁰.

Também se exemplifica com o médico que, no momento da cirurgia, apresenta um mal súbito que obsta o prosseguimento do trabalho, vindo a ocorrer a morte do paciente.

Assim, tais situações revelam o fortuito externo que afasta o dever de indenizar.

Contudo, e sob outro prisma, há situações excepcionais que estão inseridas no risco assumido pelo fornecedor de serviços médicos e compreendidas em sua própria atividade, surgindo como um desdobramento atrelado à conduta e que, por isto, não afasta a incidência do dever de indenizar. A essa exceção a doutrina e a jurisprudência atribui a denominação de “fortuito interno”.

A proliferação de demandas médicas, com reiterados reconhecimentos de responsabilidades indenizatórias, é fator que tem demonstrado que, cada vez mais, os Tribunais – não descurando, evidentemente, da obrigação de meio do médico – se têm inclinado e conferido maior aceitação às situações de fortuito interno que, repise-se, não rompem o nexos causal.

⁹ BDINE JR., 2012, p. 418.

¹⁰ HOSANG, Kleber. *As excludentes de responsabilidade civil do médico diante do Código de Defesa do Consumidor*. Itajaí (SC), junho de 2006. p. 59. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Kleber_Hosang.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Exemplo típico é o de que, as infecções hospitalares, que outrora normalmente eram tidas como fortuito externo a romper o nexo causal¹¹, atualmente, têm sido inseridas no nexo causal, como desdobramento da conduta reputada culposa, incidindo o dever de indenizar do profissional médico e também do hospital.

Nehemias Domingues de Melo ensina a respeito que:

Tratando-se de infecção hospitalar, a responsabilidade do hospital será também objetiva, tendo em vista que o dever de assepsia do ambiente hospitalar é um dever ínsito à prestação do serviço. Neste caso, a prevenção contra esse risco corre por conta das empresas, não só por intermédio de técnicas de controle ambiental local, como de severa vigilância (isolamento) de possíveis focos. Mesmo quando for necessário operar um paciente com baixa resistência física ou imunológica, deve o hospital, antes de realizá-la, restabelecer seu poder de resistência ou então, no pós-cirúrgico, aplicar antibióticos para combate da infecção possível. Não sendo adotados esses mecanismos, o hospital responderá pelos danos decorrentes da infecção que venha a atingir o paciente, independentemente de culpa.¹²

No que se refere aos hospitais, de fato, entende-se que a infecção está inserida no risco de sua atividade, de tal modo que sua responsabilidade não deve ser afastada.

O nosocômio deve, assim, propiciar ao paciente um ambiente adequado, seguro, com equipamentos, acessórios, materiais, produtos, enfim, tudo o quanto necessário às atividades médicas a serem desenvolvidas e ao restabelecimento do doente, livre, porém, de exposições a contaminações ou proliferação de bactérias ou infecções. À medida

¹¹ Responsabilidade Civil. Cirurgia estética. Ocorrência de infecção que obistou ao prosseguimento do tratamento avençado. Caracterização de caso fortuito. Restituição das partes ao *status quo ante*, com a devolução dos honorários. Recurso Extraordinário não conhecido (STF - 1ª T. - RE - Rel. Thompson Flores - j. 08.05.79 - RT 529/254).

¹² MELO, Nehemias Domingues de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 169.

que esse dever de incolumidade do paciente atribuído ao hospital não é observado, entende-se que há a responsabilidade objetiva prevista no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor e fundada na teoria do risco da atividade.

Sob outro prisma, porém, – e pese o maciço número de julgados – pensa-se que deve ser vista de modo mais restrito a questão de se estabelecer a responsabilidade do médico em situações que caracterizariam o fortuito interno.

Como já foi dito alhures, o médico é profissional que, em contrato firmado com o paciente, assume uma obrigação de meio.

É no contexto da obrigação de meio que a responsabilidade médica e a correspondente incidência do dever de indenizar podem surgir.

Assim, as infecções decorrentes da cirurgia, ou contaminações, para gerarem o dever de indenizar do profissional médico – em solidariedade ou não com o hospital – devem decorrer de culpa, isto é, não observância de determinada regra técnica; utilização de instrumento cirúrgico inadequado ou em condição inadequada; dispensa prematura de paciente do hospital; esterilização inadequada de instrumentos; etc. Em tais casos, em ocorrendo uma infecção ou contaminação do paciente ou, ainda, qualquer evento que possa lhe prejudicar a condição, e que em nada se relacione com a cirurgia – que pode, mesmo, ter sido um sucesso – possível a responsabilidade do médico.

Todavia, naquelas outras situações em que o paciente foi acometido de uma infecção grave, contaminado por bactéria, ou, ainda, que tenha experimentado um mal súbito ou resultado diverso que o tenha desagradado naquelas obrigações de resultado, em nada se apurando acerca da culpa do médico, eximir-se-á de responsabilidade este profissional. Frise-se, no entanto, que tal situação não afastará a responsabilidade do hospital.

Posiciona-se então, no sentido de que, nem mesmo na excepcionalidade da obrigação de resultado imposta ao médico, é possível que ele possa ser responsabilizado, em situação de fortuito interno, se não comprovada a sua culpa.

A questão é delicada, conforme se frisou.

Mas não se pode esquecer, nem ignorar – mas, antes considerar como um fato concreto para fins de julgamento – que é tênue a linha que separa o médico da vida e da morte do paciente, além do que, diversas possibilidades podem ocorrer, algumas em fração de segundos.

Daí, porque se repisa que, por mais grave, por mais absurdo o caso, por mais traumático que seja o evento, se deve apurar, com profundidade, o nexos causal e seus desdobramentos (concausas), antes de se concluir, pelas circunstâncias, em fortuito interno capaz de vincular o profissional médico.

Deve-se bem separar e delinear as responsabilidades do médico e do hospital. Se houve a culpa, então, o médico integrará o rol de responsáveis. Se o nexos causal distancia do médico, não se cogita em sua responsabilidade.

Todavia, assim deve ser compreendido o tema, inclusive, em prol dos demais profissionais liberais, rememorando-se que o risco que o Código do Consumidor impôs a determinadas atividades e fornecedores – relatados no art. 3º – capaz de gerar a responsabilidade objetiva, não se destina àqueles por expressa previsão do § 4º, do art. 14, do mesmo diploma legal.

2.2.2. O fato exclusivo do paciente

O fato exclusivo do paciente constitui outra causa de não incidência da responsabilidade civil.

Kallas Filho, em excelente trabalho, ao tratar das referidas causas de não incidência, anota com exatidão, que, nos domínios específicos da responsabilidade médica, o fato exclusivo da vítima pode ser designado como “culpa exclusiva do paciente”.¹³

Prossegue referido autor esclarecendo que: “trata-se de circunstância em que os danos experimentados pelo paciente decorrem exclusivamente de seu próprio comportamento, muitas vezes deixando de cumprir os deveres de seu cargo”.¹⁴

Preferimos, contudo, a denominação “fato” exclusivo do paciente.

Foca-se, assim, nos deveres do paciente, cujo descumprimento pode até mesmo afastar a incidência da responsabilidade médica.

¹³ KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 141, jul./out. 2013.

¹⁴ *Ibidem*, p. 141-142.

Nesse diapasão, Roberto Godoy, citado por Kallas Filho, identifica dois deveres impostos ao paciente, quais sejam, “o dever de veracidade e completitude das informações prestadas ao médico e dever de obediência às orientações do tratamento”.¹⁵

O dever de veracidade e completitude das informações tem como premissa a boa-fé que deve sempre pautar a relação entre médico e paciente. Incumbe, assim, ao paciente informar ao médico, adequadamente, e de maneira mais completa possível, todos os sintomas suportados, antecedentes, indicações terapêuticas anteriores acaso existentes, ingerência de medicamentos, etc., circunstâncias que, aliadas a realizações de novos exames ou complementares, pelo profissional médico, possibilitarão que se alcance o diagnóstico com a imposição de tratamento indicado ao caso. A esse método investigativo do médico, partindo-se das informações ministradas pelo paciente, se denomina anamnese.

Destarte, e considerando que a anamnese se constitui em relevante ponto de partida para a busca do diagnóstico correto, tem-se que, se o paciente prestar informações inverídicas ou omiti-las, poderá induzir o médico em erro, comprometendo suas conclusões e, por conseguinte, acarretar resultados nocivos e danosos à sua própria saúde.

Nesse caso, o médico não poderá ser responsabilizado pelo fato de ter sido induzido a uma conclusão diversa, com efeitos danosos ao paciente, porquanto munido de informações falsas ou inexatas.

Poder-se-ia argumentar que o paciente não teria qualquer interesse em procurar um profissional médico para piorar a sua saúde. Todavia, não se pode ignorar que a base da perquirição do diagnóstico é constituída exatamente pelas informações, mínimas que sejam do paciente a respeito dos seus males. O médico deve, pois, partir dos informes do paciente, daquilo que ele está sentido, do modo como aquela aparente doença lhe está sendo apresentada.

Daí, porque não se pode cogitar em responsabilidade médica pelos resultados adversos suportados pelo paciente em razão da falsa informação prestada. Frise-se que, no caso, estamos diante do latente dever geral de boa-fé.

¹⁵ GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 777, p. 96, jul. 2000, apud KALLAS FILHO, Elias, O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 142, jul./out. 2013.

De outra parte, o dever geral de obediência às orientações do tratamento atribui ao paciente a estrita observância às prescrições médicas, incluindo-se todas as restrições daí advindas.

Desse modo, se o médico determina que o paciente não possa fazer uso de determinados alimentos; não poderá fazer esforços físicos; deverá manter repouso, etc., tais determinações deverão ser atendidas pelo paciente, porquanto constituem fatores imprescindíveis ao êxito do tratamento e da cura da doença. Igualmente, e como decorrência desse dever, o paciente também deverá relatar, se o caso, a persistência de sintomas ou quaisquer reações adversas que possa estar suportando.

Em suma, tais deveres bem destacados e que se compreende como semelhantes à outra face da obrigação de meio, desta feita atribuída ao paciente, não se olvida, fundam-se na confiança e cooperação que devem nortear a relação médico-paciente sendo imprescindível a sua observância, pois, caso contrário, e uma vez afastado o nexos causal, não incidirá a responsabilidade médica.

E, além de não se estabelecer a responsabilidade médica, possível até mesmo que o médico possa ajuizar ação contra o paciente requerendo indenização por danos materiais e morais porventura decorrentes da falsa imputação de culpa que lhe fora, muitas vezes, maliciosamente, atribuída.

2.2.3. O fato de terceiro

O fato de terceiro, segundo Kallas Filho, caracteriza-se: “quando o evento causador do dano não decorre de comportamento do médico, nem do paciente, mas de pessoa estranha àquela relação, por isso mesmo designada terceiro”.¹⁶

Evidentemente, não estão compreendidos nessa condição os prepostos, empregados e auxiliares do médico, porquanto, em caso de comprovada culpa, o médico está obrigado a reparar os danos, sem prejuízo do manejo de ação regressiva.

O fato de terceiro, como a denominação sugere, deve decorrer de pessoa que não integre a equipe médica, que seja estranha aos seus quadros e pela qual o médico não se responsabilizou.

¹⁶ KALLAS FILHO, op. cit., p. 141.

É o caso de um familiar que, sem conhecimento ou consentimento do médico, acaba por produzir um dano no paciente, por exemplo, fornecendo-lhe água no momento em que necessitava permanecer em jejum para a realização de exame ou cirurgia.

As características do fato de terceiro em questão – que, frise-se, deve ser imprevisível e inevitável – permitem a conclusão de que, uma vez verificado, afasta-se o nexo de causalidade e a culpa do médico, não incidindo, dessa forma, o dever de indenizar.

2.2.4. A culpa concorrente do paciente

É possível, ainda, perquirindo as circunstâncias do caso concreto, concluir-se pela culpa concorrente do paciente.

Kallas Filho bem destaca que, dependendo das circunstâncias do caso, a culpa concorrente (entre médico e paciente) não é descartada pela doutrina:

Questão bastante discutida na doutrina diz respeito aos efeitos da culpa concorrente (e não exclusiva) da vítima, que seguramente contribui para o resultado danoso, mas, não é a única causa dele, uma vez que também se verifica a culpa do agente. Nessa hipótese, perfeitamente aplicada a responsabilidade médica, não haverá que se falar em isenção de responsabilidade, mas em atenuação, fixando-se a indenização proporcionalmente ao grau de culpa do profissional.¹⁷

Também fazendo menção à culpa concorrente do paciente, Hosang, afirma que: “Ocorre, nessa situação, a responsabilidade bipartida do profissional médico e seu paciente, respondendo cada um deles, pela parcela de culpa a que deu causa”.¹⁸

Genival Veloso de França, ao admitir tal hipótese, traz à luz à regra do art. 945, do Código Civil que preceitua que: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será

¹⁷ KALLAS FILHO, op. cit., p. 142.

¹⁸ HOSANG, op. cit., p. 60.

fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.¹⁹

Portanto, em caso de culpa concorrente tal será considerado no valor da indenização.

Contudo, é importância posicionar-se no sentido de que a questão deve ser analisada com cautela, sem descuidar da apuração da violação dos deveres impostos tanto ao médico quanto ao paciente. Há que se sopesar a questão, a fim de que a pretexto de se garantir um pretense direito, não se macule ou viole outro. Há, ainda, que se atentar, assim, e de toda forma, ao princípio geral de boa-fé e à cláusula da segurança jurídica.

2.2.5. O fato da técnica

Kallas Filho, em estudo prestigiado no presente trabalho, propõe a introdução do “fato da técnica” como “uma nova excludente de responsabilidade civil do médico”.²⁰

Esclarece, a esse respeito, introduzindo o tema, que:

[...] um procedimento diagnóstico ou terapêutico, assim como uma técnica operatória, somente podem ser colocados em prática após a comprovação de sua segurança e eficácia, por meio de estudos e experimentos chancelados pela comunidade jurídica. [...] Ocorre que nenhuma técnica médica, principalmente as operatórias, pode ser considerada absolutamente segura. E aqui não se faz referência apenas ao risco de ineficácia do procedimento, mas ao risco de efetivo dano ao paciente. Toda operação tem características invasoras e agressivas potencialmente danosas, de forma que sua indicação baseia-se em uma análise de riscos e benefícios. A expectativa de benefícios que superem (e, portanto, façam “valer a pena”) os riscos do procedimento é o que determina as decisões do médico e do paciente. Tal não significa, entretanto,

¹⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 309.

²⁰ KALLAS FILHO, op. cit., p. 142.

que o procedimento a ser realizado seja isento de riscos. Se é verdade que a perícia e a diligência do profissional, a qualidade dos materiais, o treinamento da equipe e o aparelhamento do hospital, podem reduzir significativamente os riscos de resultado adversos e de danos ao paciente, é também verdade que essa redução nunca será capaz de excluí-los completamente. E quando o dano experimentado pelo paciente decorre desses pontos de vulnerabilidade da própria técnica, dessa parcela de risco que não se pode controlar, está caracterizado o fato da técnica, com a exclusão da responsabilidade civil do médico. (grifei).²¹

A par das características peculiares dessa causa de não incidência da responsabilidade médica, observa o referido autor que o dano deve ser inevitável, mas não necessariamente imprevisível.²²

Contudo, e diversamente de outras causas aludidas que eximem o médico de responsabilidade, nesse caso, destaca-se, consoante as lições do prestigiado autor, que não há a descaracterização, o afastamento, do nexa causal entre a intervenção médica e o dano suportado pelo paciente.

Ocorre, em verdade, o afastamento da culpa, porquanto se constata que a técnica, muito embora de cunho predominantemente benéfico, aprovada pela comunidade científica e corretamente aplicada, acarretou danos ao paciente. Há, dessa forma, a concretização do potencial danoso inerente a determinada técnica médica.²³

Por relevante, Kallas, ainda bem diferencia o dano, que caracterizaria o “erro médico”, do dano que constitui o fato da técnica.

Kallas destaca que:

Enquanto o dano decorrente de negligência, imprudência ou imperícia (o chamado “erro médico”) pode ser evitado pela aplicação competente e diligente da técnica médica, o dano relacionado a

²¹ KALLAS FILHO, op. cit., p. 143.

²² *Ibidem*, 143.

²³ *Ibidem*, p. 143.

um fato da técnica somente poderia ser evitado ou minorado com a evolução da própria técnica científica.²⁴

Igualmente, o fato da técnica também se diferencia da complicação médica, pois, esta última possui conceito e significado mais amplo, compreendendo toda consequência indesejada de uma intervenção médica, incluindo aquelas decorrentes de negligência, imprudência e imperícia, e, bem ainda, aquelas outras que derivam de caso fortuito, força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Dessa maneira, a complicação médica não exclui, necessariamente, a responsabilidade civil do médico.

Já o fato da técnica é mais restrito e somente se caracteriza naquelas complicações que guardem relação de causalidade com o tratamento ou intervenção médica e que sejam marcadas pela característica da inevitabilidade – o que afasta todas que decorrem de culpa do profissional.²⁵

Com efeito, seja em um procedimento operatório, sejam por ocasião da realização de exames, tratamentos clínicos ou quaisquer outras espécies de procedimentos, o fato da técnica estará caracterizado no momento em que o dano não decorrer de negligência, imprudência ou imperícia do profissional médico, mas, sim, de uma “limitação da própria técnica, ainda que corretamente, aplicada”.²⁶

Por se tratar de uma novel excludente, pondera Kallas que, em princípio, poder-se-ia cogitar que o reconhecimento do fato da técnica não afastaria, por si só, a culpa do médico, máxime diante do panorama da responsabilidade civil deste profissional.

No entanto, o prestigiado autor sustenta que, tendo em vista a dificuldade de o médico provar a ausência de culpa, no processo, – sobretudo, em razão de regras que permitem inversão do ônus da prova, reconhecimento excepcional de obrigação de resultado, etc. – o fato da técnica surge como relevante contribuição para a sua defesa em juízo.

²⁴ KALLAS FILHO, op. cit., p. 143.

²⁵ Ibidem, p. 145.

²⁶ Ibidem, p. 143-144.

É que, uma vez admitido o fato da técnica, o médico poderá ter a oportunidade de demonstrar que o dano decorre de concretização de um potencial danoso inerente à técnica empregada, a que o paciente teve necessariamente que ser submetido, como única forma de concorrer aos benefícios da intervenção.²⁷

Não se olvida, trata-se de valioso subsídio para que a análise da responsabilidade do médico seja efetivada de maneira, sobretudo, criteriosa e adequada, principalmente, à premissa de que o profissional não pode ser responsabilizado por todo e qualquer infortúnio.

No caso, afastada a culpa do médico e acolhido o fato da técnica, a hipótese de incidência da responsabilidade não se aperfeiçoou, porque ausente o elemento subjetivo (culpa).

Portanto, nesse contexto e ainda nesse caso, não é possível estabelecer-se uma “pré-responsabilidade” do médico para excluí-la, posteriormente, pelo reconhecimento do fato da técnica. Há destarte, com a caracterização do fato da técnica, também o reconhecimento de uma espécie de, por assim dizer, atipicidade do ilícito civil porventura atribuído ao médico, caracterizado pela não formação, pelo não desenvolvimento do nexa causal.

Todavia, alerta-se que, se, sob determinada ótica, o fato da técnica assegura ao profissional médico uma oportunidade concreta de defesa, não se deve descurar, de outro bordo, dos deveres médicos decorrentes da lei, da ética e da ciência, que, se não forem devidamente observados, podem redundar na caracterização da responsabilidade civil.

De todo modo, e como tem-se afirmado neste trabalho, a análise da caracterização ou não do fato da técnica dependerá sempre das circunstâncias de cada caso e da análise do imprescindível nexa causal.

3. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil do médico

Conforme assentado neste trabalho, à luz da exceção legal prevista no art. 14, § 4º, do CDC, a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, exigindo, pois, a culpa.

²⁷ KALLAS FILHO, op. cit., p. 144.

Ressalta, no entanto, Sanseverino, que dois aspectos devem ser considerados nesse tópico, quais sejam, a natureza das obrigações assumidas pelos profissionais liberais e a possibilidade de inversão do ônus da prova no sistema tradicional.²⁸

Em regra, as obrigações do profissional liberal, no nosso caso, o médico, assumidas com o cliente-paciente, são de meio.

A obrigação de resultado, como se viu no contexto do trabalho, é uma exceção, normalmente, assumida pelo cirurgião plástico, de tal modo que, quanto a este, incumbe o ônus da prova da inexistência de culpa, aplicando-lhe as regras normais da responsabilidade contratual. Não há, assim, que se aplicar, nesse caso, a inversão do ônus da prova.

Nas hipóteses de obrigações de meio, diversamente do quanto previsto no § 3º, do art. 14, do CDC – em que a lei atribui ao fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito na prestação de serviço – não há qualquer previsão no sentido de que o profissional liberal seja instado a comprovar a inexistência de culpa.

Portanto, e partindo da regra da responsabilidade subjetiva, ora reconhecida quanto aos profissionais liberais, dentre estes, repise-se, o médico, incumbiria ao paciente fazer a prova do dano, nexos causal e da culpa do médico.

Há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova em tais demandas específicas envolvendo os profissionais liberais.

Assinala Sanseverino que a doutrina majoritária tem manifestado, favoravelmente, a possibilidade de inversão do ônus da prova ao atribuir ao profissional liberal o encargo de demonstrar que agiu com cuidado devido no cumprimento de suas obrigações perante o consumidor prejudicado²⁹.

O prestigiado Sanseverino, no entanto, adverte que:

Efetivamente a inversão do ônus probatório da culpa é uma questão processual, que não torna, por si só, objetiva a responsabilidade do profissional liberal. Na responsabilidade objetiva, a análise da

²⁸ IKALLAS FILHO, op. cit., p. 365.

²⁹ SANSEVERINO, op. cit., p. 367.

culpa é irrelevante, pois ela não constitui elemento do suporte fático do ato ilícito. Na responsabilidade subjetiva, a culpa é elemento essencial do suporte fático e, não demonstrada a sua presença (pelo consumidor) ou comprovada a sua ausência (pelo profissional liberal), a demanda será julgada improcedente.³⁰

Entretanto, Rui Stoco, ao analisar o ônus da prova, nas obrigações de meio e de resultado, externa o seguinte entendimento:

[...] Significa que, na obrigação de meios a responsabilidade do médico, ou seja, o seu atuar culposo, deve ser demonstrado pelo autor da ação. O ônus da prova é de quem alega, segundo a lei processual civil. Contudo, na obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, cabendo-lhe provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado e prometido não ocorreu por razões alheias à sua atuação, por força de qualquer causa excludente da responsabilidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima. Em outras palavras, mas com o mesmo sentido – apenas como reforço do nosso entendimento – no primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante (paciente) demonstrar a culpa do contratado (médico). No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção são *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor.³¹

Conforme mencionado alhures, difícil é a prova da culpa médica. Essa dificuldade, no entanto, pode se tornar superlativa, em alguns casos, caso o ônus seja atribuído ao paciente. Daí porque, no caso concreto, e visando restabelecer a igualdade entre as partes do processo, poderá o juiz proceder à inversão *ope judicis*.

³⁰ SANSEVERINO, op. cit., p. 367.

³¹ STOCO, 2011, p. 629-630.

Contudo, pondera Sanseverino que:

É claro que a decisão deverá estar fundamentada na forma devida, calcada em um juízo de verossimilhança das alegações do consumidor, principalmente quando a polêmica do processo, acima de tudo, repousar em torno de questões técnicas.³²

Assim, permanece firme a atenta observância dos requisitos da regra prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, destacando-se a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência (principalmente técnica) do paciente. Isto é, deve haver uma forte probabilidade dos indícios apresentados pelo paciente que determinem, naquele caso concreto, a inversão do ônus da prova para que seja conferida ao médico a prova de que não agiu com culpa.

Com o novo CPC (Lei 13.105, de 16/03/2015), porém, e nos termos do quanto estatuído nos §§ 1º e 2º, do art. 373, – a que já se reporta – a ideia, quanto à possibilidade de atribuição diversa do ônus da prova, torna-se mais sólida, concreta e mais passível de aplicação, sobretudo, diante de – no dizer da lei – peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, nos termos da regra geral de distribuição do ônus.

Deste modo, o novo CPC torna plausível e abarca na sistemática processual a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, o que fora iniciado pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, e que poderá incluir casos de difícil apreciação sobre a prova, tal como ocorre no erro médico, propondo, quiçá, uma solução mais ponderada sobre a questão.

Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo discutir questões afetas a não incidência da responsabilidade civil médica, partindo-se da forma em que o CDC disciplina, como regra geral, a responsabilidade dos profissionais liberais.

³² SANSEVERINO, op. cit., p. 368.

A responsabilidade do médico é subjetiva, sendo certo que, em regra, este profissional exerce obrigação de meio, o que implica em concluir que deve direcionar seus esforços para promover a cura e a recuperação do paciente. Excepcionalmente, sua obrigação será de resultado no caso das cirurgias estéticas.

Adotou-se a nomenclatura “causas de não incidência da responsabilidade”, ao invés de “causas excludentes”, por considerar-se que, presente uma daquelas causas, há o rompimento do nexo causal, o que implica, ainda, em concluir que jamais existiu algum dever de indenizar. A ideia de “excluir” o fato, pressupõe ou, ao menos, induz a admitir que este existiu e depois, por alguma causa, foi excluído. Diversamente, a “não incidência” permite bem compreender que o pretensão de indenizar jamais existiu.

Aferir a culpa médica ou identificar alguma causa de não incidência da responsabilidade médica é questão tormentosa, que exige perquirição do nexo causal, mas que tem encontrado, em sua solução, grande evolução na doutrina e na jurisprudência.

Aguarda-se, sobretudo, diante das regras do ônus da prova previstas no *novel* CPC, que, entre outras, a questão quanto à responsabilidade médica e suas causas de não incidência possa ser melhor aprimorada.