

O FATO DO SERVIÇO MÉDICO E AS EXIMENTES DO CASO FORTUITO E DE FORÇA MAIOR: POR SUA APLICAÇÃO RESTRITA EM RESPEITO AO DIREITO À INFORMAÇÃO DO PACIENTE-CONSUMIDOR.

THE FACT OF MEDICAL SERVICE AND THE EXCLUDING OF FORTUITOUS EVENTS AND FORCE MAJEURE FOR ITS LIMITED APPLICATION IN RESPECT TO THE PATIENT'S RIGHT TO KNOW.

Vinicius de Negreiros Calado¹

RESUMO

O presente trabalho analisa o fato do serviço médico e as eximentes do caso fortuito e de força maior, defendendo que sua aplicação seja restringida em respeito ao direito à informação do paciente-consumidor. Para atingir tal desiderato estuda-se o fato do serviço no CDC aplicado à responsabilidade médica, bem como a teoria clássica da responsabilidade médica construída a partir dos atos iatrogênicos apontando que a violação do dever de informar pode gerar responsabilidade civil, mesmo em situações de caso fortuito ou da força maior. O estudo verificou que para o STJ os fatos previsíveis, mas inevitáveis são capazes de afastar a responsabilidade civil do médico, sendo certo que a eximente só tem lugar quando esta previsibilidade tiver sido devidamente comunicada ao paciente-consumidor, de modo que o mesmo assuma os riscos inerentes ao procedimento que irá ser realizado, posto que se um evento inevitável ocorre e o paciente não tinha dele conhecimento (acerca da possibilidade) responderá o médico pela violação do dever de informar, justamente porque esses riscos não foram compartilhados e não se pode presumir a aceitação dos riscos pelo mesmo. Conclui-se que as eximentes do caso fortuito e da força maior só deve ter lugar quando o dever de informar sobre as possibilidades de ocorrência dos fatos previsíveis for cumprido adequadamente pelo médico.

Palavras chave: CDC; Fato do serviço médico; Caso fortuito; Força maior; Dever de informar.

ABSTRACT

This paper analyzes the fact of the medical service and excluding of fortuitous events and force majeure, arguing that its application is restricted by the right of information regarding the patient-consumer. To achieve this aim is studied the fact of service in the CDC applied to medical liability, as well as the classical theory of medical liability constructed from iatrogenic acts by pointing out that infringement of the duty to report can lead to liability even in situations where fortuitous events or force majeure. The study found that, for the STJ, predictable facts, but inevitable are able to exclude the liability of the physician, being sure that the excluding only takes place when this predictability has been duly communicated to the patient-consumer, so that it assumes the risks inherent to the procedure that will be performed, since if an inevitable event occurs, and the patient had no knowledge of it (about the possibility) will answer the doctor for the infringement of the duty to inform, precisely because these risks had not been shared and can not presume the acceptance of risk by the

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap e professor da mesma instituição.
Email: professor@viniciuscalado.com.br

patient. It is concluded that the exclusion fortuitous events and force majeure should only take place when the duty to inform about the possibilities of occurrence of the predictable facts by the doctor is properly respected.

Keywords: CDC; Fact of the medical service; Fortuitous events; Force majeure; Duty to inform.

1. Introdução

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil médica e as eximentes do caso fortuito e da força maior. Parte-se do estudo do fato do serviço no CDC aplicado à responsabilidade médica, bem como da teoria clássica da responsabilidade médica construída a partir dos atos iatrogênicos, apontando-se que a violação do dever de informar pode gerar responsabilidade civil médica, mesmo em situações que se caracterizem como sendo casos fortuitos ou de força maior.

O estudo ainda analisa a jurisprudência do STJ onde os fatos previsíveis, mas inevitáveis são considerados como capazes de afastar a responsabilidade civil do médico, mas observa que essa a eximente deve ser analisada conjuntamente com o dever de informar do fornecedor em relação ao paciente-consumidor, de modo que esse último assumira os riscos inerentes ao procedimento que irá ser realizado.

Dentro desse contexto, indaga-se até que ponto um evento inevitável ocorrendo poderá eximir o médico de sua responsabilidade se o paciente não tinha conhecimento acerca da possibilidade. Indaga-se ainda se responderá o médico pelo simples fato de não terem esses riscos sido compartilhados com o seu paciente, bem como se não se poderia presumir a aceitação dos riscos pelo paciente, já que seriam os mesmos cientificamente comprovado.

Assim, tem-se como hipótese que as eximentes do caso fortuito e da força maior só devem ter lugar quando o dever de informar sobre as possibilidades de ocorrência dos fatos previsíveis for cumprido adequadamente pelo médico.

As respostas a essas indagações são buscadas com o presente trabalho, através da revisão de literatura e da jurisprudência do STJ.

2. Fato do serviço médico

2.1 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

O CDC brasileiro foi fruto da análise de mais de 20 (vinte) legislações estrangeiras e diretrizes das Organizações das Nações Unidas - ONU², vez que seu anteprojeto foi elaborado por juristas de renome e amplamente discutido com a sociedade civil, e nesse sentido, incorporou como regra geral a responsabilidade objetiva, seguindo a tendência mundial:

La más clara y esencial manifestación del progreso científico y axiológico de las legislaciones uniformes, consiste en el apartamiento de la concepción tradicional de la culpa, como razón y fundamento de la responsabilidad de la empresa³

Para Paulo de Tarso Sanseverino foi a “necessidade de efetiva proteção ao consumidor contra os danos em decorrência de acidentes de consumo conduziu à objetivação da responsabilidade civil do fornecedor”, destacando que esta construção iniciou-se pelos tribunais “inicialmente nos EUA e, posteriormente, na Europa”, buscando efetivar e “estabelecer a ruptura do sistema tradicional de responsabilidade civil e superar o dogma da culpa”.⁴

No Brasil, o CDC trata entre os arts. 12 e 17 da responsabilidade civil dos fornecedores ou, na denominação do Código, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Ou seja, decorre a responsabilidade pelo simples acontecimento, pelo simples fato. Destacando Bruno Miragem que

[...] é intuitivo, sobretudo em face do que estabelecem os artigos 12, 14 e 17 do CDC, que em matéria de falha ao dever de segurança, ou seja, do defeito, não há necessidade de que haja qualquer espécie de vínculo contratual antecedente para que se caracterize a responsabilidade do fornecedor.⁵

O art. 12 trata do fato do produto, o art. 13 da responsabilidade do comerciante e o art. 14 do fato do serviço, sendo este último o que interessa ao presente estudo. Sobre a terminologia do CDC explica Paulo de Tarso Sanseverino:

A denominação “acidente de consumo” é a mais utilizada pela doutrina nacional para qualificar o instituto jurídico. Na realidade, as várias denominações ilustram apenas faces diversas do mesmo fenômeno. Enquanto as expressões “fato” ou “ato de consumo”, abrangendo o fato do produto ou o fato do serviço, fixam-se no fato gerador do dano, a denominação “acidente de consumo” prende-se aos seus efeitos ou consequências para o consumidor. Assim, as designações “fatos de consumo”,

² FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 31.

³ STIGLITZ, Gabriel A. **Proteccion juridica del consumidor: Responsabilidad del empresario ; publicidad comercial engañosa ; credito al consumo ; practicas mercantiles irregulares ; acceso a la justicia**. Buenos aires: Depalma, 1990. p.11.

⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.51

⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 366.

“atos de consumo” e “acidentes de consumo” podem ser utilizadas como sinônimas para expressar o mesmo fenômeno jurídico.⁶

O *caput* do artigo⁷ prevê de modo explícito a regra geral da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços ao estabelecer que os mesmos respondem “independentemente de culpa” seja pelos danos causados, seja pela insuficiência ou inadequação das informações pertinentes à fruição e risco, daí porque Paulo Lôbo⁸ afirma que a “ênfase na responsabilidade por fato do produto, revela uma transformação radical dos paradigmas. Está havendo um assalto em profundidade à cidadela da culpa, como paradigma por excelência da responsabilidade por danos”, destacando que esta mudança de paradigma visou a proteção da vítima.

Paulo de Tarso Sanseverino explica que embora os serviços “não sejam fabricados, podem apresentar defeitos de execução”, citando como exemplos “os casos de responsabilidade de hospitais e clínicas por danos causados aos pacientes por defeito na prestação de serviços”.⁹

Da leitura do *caput* do art. 14 do CDC já podemos divisar a existência de dois planos de incidência, o primeiro quando da ocorrência de danos decorrentes por defeitos contidos na prestação e o segundo pela inadequação ou insuficiência das informações pertinentes à fruição e risco.

Bruno Miragem ao estudar a responsabilidade dos profissionais liberais (fato do serviço) faz distinção entre os defeitos de execução e defeitos de informação, ocorrendo o primeiro na “falha no processo de realização material do serviço e o segundo nas informações repassadas ao consumidor-vítima, em razão do que deverá se produzir dano”¹⁰, incluindo-se nesse segundo grupo também as falhas decorrentes de atos omissivos (não informação, informação insuficiente ou inadequada), sendo esses últimos objeto do presente estudo.

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.116

⁷ CDC, Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 09.

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.148/149

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.399.

Sobre o risco comenta Luiz Otavio Amaral:

O risco em si, a potencialidade do dano/mal/insucesso não será fato indenizável, mas o será quando deixar de ser mera potência ou possibilidade e passar à esfera da efetividade, do fato danoso (alteração/evento/concretude maléfica da realidade). Enfim a reparação/indenização (i.e., a reposição, tão completa quanto possível, da situação no estágio anterior ao dano), enquanto consequência da responsabilidade civil, só terá lugar quando o risco houver se transformado em dano; vale dizer, quando o consumidor tiver sofrido perda/mal/prejuízo cuja causa seja um produto ou serviço objeto de uma relação de consumo. Todavia sempre o fornecedor terá o amplo dever de manter suficiente e adequado nível de informação necessária, na espécie, ao consumidor.¹¹

O direito à ciência sobre os riscos (art. 8º. e 9º. do CDC) e a informação adequada e clara (art. 6º, III do CDC) na relação médico-paciente, somam-se ao direito à informação sobre a fruição e riscos notadamente quanto à imputação da responsabilidade pelas falhas informativas.

Já no parágrafo primeiro do artigo 14, o CDC apresenta uma definição de serviço defeituoso, para logo em seguida no parágrafo segundo apresentar uma exceção:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Bruno Miragem esclarece que a segurança esperada “caracteriza um produto ou serviço como defeituoso, constitui um conceito jurídico indeterminado, que deve ser concretizado pelo juiz com base nas circunstâncias objetivas indicadas pelo legislador”¹², sempre observando-se os parâmetros contidos nos incisos I, II e III do § 1º do art. 14.

Outrossim, a exceção contida no parágrafo segundo constitui uma verdadeira defesa do fornecedor médico, somente aplicável quando da utilização de técnica/procedimento usual e reconhecido pelo CFM, pelo que deve-se ter cuidado na interpretação do dispositivo, pois técnicas novas são reconhecidas sem que as técnicas antigas caiam em desuso, convivendo no espaço-tempo. Cite-se, por exemplo, as cirurgias por vídeo que são realizadas atualmente sem que, com isso, sejam consideradas defeituosas as cirurgias “abertas”. O erro ou falha poderia advir da omissão da informação ao paciente acerca da possibilidade de utilização de uma ou de outra técnica, mas não do simples fato de não ter sido utilizada uma técnica mais avançada.

¹¹ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.p.120

¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.125

Destaque-se, por fim, que se considera defeituoso o ato médico praticado com técnica obsoleta (que caiu em desuso por estar superada no espaço-tempo).

No parágrafo terceiro do artigo 14, o CDC apresenta as hipóteses de não-responsabilização do fornecedor, as quais serão tratadas em item próprio adiante:

- § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
 - II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Por fim, no parágrafo quarto do artigo 14, o CDC estabelece a única exceção de toda a sua sistemática de responsabilidade civil, excluindo do regime da responsabilidade objetiva os profissionais liberais: “§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Nas palavras de Paulo de Tarso Sanseverino:

A única exceção expressamente aberta, no direito brasileiro, de efetiva manutenção da responsabilidade subjetiva foi em relação aos profissionais liberais. O CDC, no art. 14, §4º, estabeleceu, taxativamente, a necessidade de comprovação de culpa para apuração de responsabilidade.¹³

No que concorda Miguel Kfoury Neto¹⁴ para quem “o profissional liberal não está sujeito ao regime da responsabilidade objetiva, que prescinde da comprovação de culpa - sistema consagrado pela lei protetiva das relações de consumo”. Justificando Bruno Miragem que o legislador teria observado a natureza personalíssima e isolada do serviço prestado pelo profissional liberal e que

por isso não detém estrutura complexa de fornecimento do serviço, em relação ao qual o interesse básico do consumidor estará vinculado conhecimento técnico especializado deste fornecedor. Daí porque a identificação do profissional liberal pareça se ligar a duas condições básicas: a) primeiro, a espécie de atividade exercida; b) segundo, o modo como é exercida.¹⁵

O mencionado autor¹⁶ entende que a “preponderância do elemento humano e de especialidade técnica” seria razão suficiente para o tratamento diferenciado do prestador de serviço profissional liberal, visto que “seria desproporcional a imputação de responsabilidade independente da avaliação da culpa”, sendo da mesmíssima opinião Paulo de Tarso Sanseverino porque

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

¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.163.

¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 165.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 398.

¹⁶ Idem, *ibidem*. p. 365.

liberal, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo.¹⁷

Esse é justamente o caso da relação privada médico-paciente, onde a confiança e a transparência são fundamentais para a conclusão e desenvolvimento válido e eficaz do negócio jurídico.

Para Paulo de Tarso Sanseverino “o conceito de serviço foi fixado de forma ampla no Código de Defesa do Consumidor, como sendo toda e qualquer atividade prestada no mercado de consumo, mediante remuneração”, sendo certo que são “também abrangidos os serviços prestados por profissionais liberais, como médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos” que possuem “em caráter excepcional, um tratamento especial, em face da peculiaridade de sua atividades, mantendo-se um regime de responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º, do CDC)”.¹⁸ Neste particular, a doutrina é unânime, havendo discordâncias apenas no tocante ao ônus da prova¹⁹. Nesse mesmo sentido Paulo Lôbo:

No direito brasileiro, o profissional liberal, quando presta serviços autonomamente, insere-se em relação de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor faz referência expressa, no art. 3º, a “pessoa física” que “desenvolve(m) atividade” de “prestações de serviços”. Consolidou-se, no Superior Tribunal de Justiça (REsp 364.168) a tese de que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas”. As normas do Código Civil são, portanto, supletivas.²⁰

Neste particular, o CDC chama a atenção inclusive da doutrina portuguesa

*O Código de Defesa do Consumidor brasileiro constitui um marco importantíssimo em termos de direito comparado. Neste país vigora o princípio de *responsabilidade objectiva dos prestadores de serviços*, mas abre-se uma excepção para os profissionais liberais, nos quais se incluem, naturalmente, os médicos, cuja responsabilidade se conserva no âmbito do *princípio culpabilístico*.²¹ - destaques no original*

Conforme anteriormente mencionado, importa ainda o estudo da responsabilidade do médico enquanto fornecedor no tocante às informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos dos serviços, prescrita na segunda parte do *caput* do art. 14 do CDC.

¹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.197

¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.133

¹⁹ A discussão acerca do ônus da prova na responsabilidade civil médica é de grande relevo, havendo divergência doutrinária acerca da possibilidade de inversão do ônus para os profissionais liberais e o momento de sua realização (se na sentença ou no saneamento processual). O STJ tem se posicionado no sentido de ser possível a inversão e que ela deve ocorrer no saneamento do feito.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359.

²¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 355-356

A responsabilidade civil pela violação do dever de informar, segundo Bruno Miragem²² possui “diversos efeitos jurídicos em direito do consumidor”, vez que sua eficácia decorre da boa fé objetiva, e nela tem origem²³, e das “normas jurídicas específicas previstas no CDC”, devendo ser observadas “sanções que tais normas estabelecem com este fim”, concluindo que esta violação “configura violação de dever legal”.²⁴

Seguramente não existe qualquer dúvida sobre o direito à informação do paciente e o correlato dever de informar do médico, cuja obrigação violada acarreta responsabilidade civil, no que Cláudia Lima Marques observa que o dever de informar é uma decorrência da boa fé na relação médico-paciente em todas as suas fases, que passa por deveres de alerta e de aconselhamento “visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz” do paciente. A autora afirma categoricamente que “a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são uma negligência e imprudência médica por si sós”²⁵, com a qual se concorda.

Entendimento diverso possui Paulo de Tarso Sanseverino, para quem

Naturalmente, a simples falta de informação não ensejará a responsabilização do médico pelos prejuízos sofridos pelo paciente se não tiver sido a causa adequada desses danos. Porém, no caso de cirurgias facultativas, a deficiência de informação acerca dos riscos poderá ser a causa adequada dos danos sofridos pelo paciente, que, se soubesse, poderia ter optado por não se submeter a eles. A solução prática que começa a ser tomada por alguns médicos, numa autêntica medicina defensiva, é a obtenção de declaração escrita a respeito da ciência desses riscos.²⁶

Em que pese o mesmo autor afirmar em passagem da mesma obra que “a ausência de comprovação do fornecimento dessas informações caracteriza o defeito”.²⁷

É justamente nesse sentido que se destaca a importância do estudo do dever de informar que está intimamente ligado a produção da prova da prestação da informação/esclarecimento, checagem de compreensão do paciente e obtenção do seu consentimento para a realização da intervenção médica, justamente porque “a intervenção sem consentimento (ou o consentimento sem informação adequada) traduz-se tecnicamente

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.189-190.

²³ Idem, *ibidem*. p. 369.

²⁴ Idem, *ibidem*. p.129.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 19.

²⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.158.

²⁷ Idem, *ibidem*. p.290

numa *ofensa corporal*”.²⁸ Daí porque discorda-se de Paulo de Tarso Sanseverino quanto a afirmação de que a simples falta informação não é capaz de ensejar a responsabilidade médica, concordando-se com a opinião exposta anteriormente por Cláudia Lima Marques que a falha informacional é uma negligência médica por si só.

2.2 Excludentes de responsabilidade civil

Indiscutivelmente “a responsabilidade do fornecedor de produtos e de serviços foi notavelmente ampliada no sistema normativo do CDC. Porém essa responsabilidade objetiva foi estabelecida de forma mitigada”²⁹, vez que existem situações em que o fornecedor não é responsabilizado, ou seja, situações em que não se pode imputar a responsabilidade do fornecedor, diferenciando-se a imputação da inculpação.

Segundo Paulo de Tarso Sanseverino “algumas dessas causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou de serviços foram expressamente previstas pelo legislador brasileiro como modalidades de defesa (art.12, § 3º e art. 14, § 3º, do CDC)”³⁰, as quais serão analisadas na sequência.

O parágrafo primeiro do artigo 14, do CDC apresenta uma definição de serviço defeituoso, para logo em seguida no parágrafo segundo apresentar uma exceção:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

A prestação de serviço médico realizada de acordo com a boa técnica médica não poderia ser considerada, então, defeituosa, uma vez que seria prestada corretamente quanto ao modo, resultado e riscos esperados de acordo com o conhecimento técnico-científico do momento da prestação.

²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p.190

²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.

³⁰ Idem, ibidem. p. 279.

A questão dos resultados e riscos merece uma análise mais específica na seara médica, o que será feito em seguida, juntamente com as hipóteses de não-responsabilização do prestador de serviço.

O parágrafo terceiro do artigo 14, do CDC apresenta as hipóteses de não-responsabilização do fornecedor:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Essas duas hipóteses dos incisos I e II do § 3º do artigo 14, do CDC não excluem outras hipóteses excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, ainda que não expressamente tratadas no CDC, destacando-se que na primeira hipótese:

Não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado produto ou serviço. É fundamental ainda que esse produto ou serviço apresente um defeito, que seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor.³¹

A segunda hipótese lastreada na culpa exclusiva do consumidor³² ou de terceiro³³ atua, na verdade, dentro da cadeia causal, rompendo o nexo de causalidade entre o fato do serviço e o dano causado. Nessas hipóteses, ainda que o consumidor experimente um dano não há correlação entre este dano e o serviço prestado, asseverando Paulo de Tarso Sanseverino que “a responsabilidade do fornecedor fica excluída por essa intervenção exclusiva do fato de terceiro, o qual estabelece um rompimento da relação de causalidade entre o produto ou o serviço e os prejuízos sofridos pelo consumidor”.³⁴

Além destas acima específicas, admite a doutrina e o STJ³⁵ como hipóteses de excludentes da responsabilidade civil, o caso fortuito e a força maior.

³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.286.

³² Idem, ibidem. p. 292.

³³ “O conceito de terceiro, como já referido, é referido, é restrito a pessoas que estão fora da cadeia de consumo, que se inicia no fabricante e termina no consumidor” SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.305.

³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.303-304.

³⁵ Automóvel. Roubo ocorrido em posto de lavagem. Força maior. Isenção de responsabilidade. O fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil. A inevitabilidade e não a imprevisibilidade é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se.

Marcelo Boaventura³⁶ ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor e analisar a aplicação das eximentes com base na força maior e caso fortuito aduz que as mesmas não teriam o condão de

quebrar o nexo de causalidade na responsabilidade fundada no risco, pois os citados institutos como fator originário da irresponsabilidade do causador do dano na responsabilidade civil estão relacionados à teoria subjetiva, que se funda na idéia de culpa.

Concluindo que “na teoria objetiva, a responsabilidade decorre simplesmente da assunção do risco e não é afastada nem pelo caso fortuito, nem pela força maior”. Contudo, merece crítica a opinião do autor porque no direito brasileiro não foi recepcionada a teoria do risco integral, tanto que expressamente prevê o CDC a excludente do fato de terceiro, bem como prevê o CC/2002 a excludente pela força maior em casos de responsabilidade objetiva, como se depreende, por exemplo, dos artigos 734 e 936.

Ademais, atua a força maior (ou caso fortuito) sobre o nexo causal e não sobre a conduta humana (culposa ou não), vez que “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” na dicção do art. 393, parágrafo único do CC/2002, já tendo o STJ³⁷ se manifestado a este respeito, inclusive no tocante a responsabilidade “objetiva” do cirurgião plástico:

Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. (Excerto do REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

Na mesma linha de entendimento do STJ, Paulo de Tarso Sanseverino³⁸ compreende o caso fortuito e a força maior como “causas de rompimento do nexo de causalidade, excluindo, conseqüentemente, a responsabilidade civil do agente”, destacando que os dois institutos são expressos como se fossem sinônimos por causa da redação do parágrafo único do art. 393 do CC/2002, esclarecendo que “a equiparação das duas figuras deve-se a razões de ordem

(REsp 120647/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJ 15/05/2000, p. 156)

³⁶ BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 3, n. 9 p. 157-182, jan./mar. 2002. p. 177.

³⁷ REsp 120.647/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 15/5/2000.

³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.315-316.

prática, já que a distinção entre caso fortuito e força maior constitui fator de profunda controvérsia doutrinária.”³⁹

Ao analisar os requisitos do caso fortuito e da força maior, Joaquim Barbosa da Silva⁴⁰ entende que

O primeiro requisito é a necessidade do fato necessário, o acontecimento para o qual não concorra de nenhum modo o devedor, nem pela sua ação, nem pela sua vontade. A inevitabilidade é o segundo, o fato terá que produzir efeitos que não possam ser evitados. A inevitabilidade consiste na impossibilidade de cumprir a obrigação.

Contudo, chama atenção Paulo de Tarso Sanseverino que o “Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que o traço característico do caso fortuito e da força maior não é a imprevisibilidade, mas inevitabilidade”⁴¹, assim

O caso fortuito e a força enquadram-se, portanto, como causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, embora não previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor. O fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, ou seja, via de regra, após a colocação do produto no mercado, tendo força suficiente para romper a relação de causalidade.⁴²

Desta feita, na seara médica, trazendo os institutos para a prestação do serviço, podemos afirmar que os fatos inevitáveis decorrentes das patologias, dos procedimentos e da própria labilidade do corpo humano, ainda que previsíveis, são capazes de afastar a responsabilidade civil do médico. Mas o que seriam os fatos previsíveis na área médica? A esta pergunta vem a calhar o conceito de ato iatrogênico e a classificação do erro médico entabulada por Roberto Wanderley Nogueira e Edmundo Ferraz.⁴³

Para os autores é preciso que a doutrina médico-jurídica avance no sentido de estabelecer uma clara divisão entre os atos médicos e atos não médicos, desenvolvendo-se as necessárias consequências para as violações dos deveres jurídicos pertinentes a cada espécie, situando a discussão no campo da liberdade da conduta médica *versus* direito à informação.

³⁹ Idem, ibidem. p.317

⁴⁰ SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual caso: caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 2, n. 6., p. 98-123, abr./jun. 2001. p. 115.

⁴¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.320

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.322

⁴³ NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 347.

O médico ao desenvolver sua atividade regularmente pode cometer, por óbvio, um ato ilícito, consubstanciado numa ação ou omissão violadora de dever que causa dano a outrem, na forma da legislação já estudada, mas em que condições esta atuação médica deixaria de ser configurada como ato médico? E quais as consequências daí advindas? Para responder a estas e outras perguntas, os autores propõem a seguinte classificação do erro médico: erro médico, complicação de saúde e prática não médica.

Para os autores a prática não médica

implica em uma ação ou omissão que pode, naturalmente, vir a ser implementada assim por leigos como por profissionais médicos. A materialização de condutas não-médicas por parte de profissionais médicos, porém, agrava o significado da expressão, requalificando-a ao mesmo tempo técnica e semanticamente, ante a suprema contradição lógica que dela se empresta, de tipo criminal e doloso e não meramente disciplinar ou propriamente profissional, conforme pode ser ilustrado com a abjeção da prática de abusar sexualmente de uma paciente submetida a exame ginecológico (arts. 213 e 214 do Cód. Penal).⁴⁴

Destacando que a mesma se constitui numa atitude “claramente irresponsável”, notadamente quando o médico ou gestor submete os pacientes sob a sua responsabilidade à situações que sabe, ou deveria saber, incorretas, como por exemplo, hospitais sem credenciamento legal ou sem qualificação técnica.

Já a complicação de saúde seria

um evento inerente aos procedimentos médicos e deve ser cuidadosamente separada dos procedimentos em que ocorreram negligência, imprudência ou imperícia que caracterizam, tecnicamente, o erro médico e que, por isso, lhe preenchem, exclusivamente, os pressupostos à sua formulação conceitual.⁴⁵

Ou seja, a complicação de saúde seria aquela que decorre de fatos imprevisíveis, situando-se numa “área de exclusão de qualquer culpabilidade”, sempre tendo em conta o comportamento ideal onde os pacientes se encontrariam “submetidos a cuidados médicos avaliados apropriadamente segundo as condições de tempo, lugar, modo de execução, disponibilidade instrumental e sobretudo, a observância das normas técnicas aplicáveis”.⁴⁶

Nesse sentido destaca Edmilson Barros Júnior que o modo de execução do ato médico deve ser avaliado “em conformidade com a *lex artis* vigente, no momento da prática do ato, e

⁴⁴ NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 355.

⁴⁵ Idem, ibidem.. p. 369.

⁴⁶ Idem, ibidem. p. 369.

essa somente pode ser aceita se seguir os limites científicos da literatura médica”⁴⁷, destacando o mesmo autor em outra obra que

o médico não responderá pelos danos causados pela evolução da enfermidade, quando tais consequências sejam imprevisíveis ou inevitáveis e escapem ao domínio contemporâneo da ciência. Esta eximente ocorre porque se está diante de evento ligado à causalidade, não à culpa.⁴⁸

Sobre o tema observa Irany Moraes

O exercício profissional da medicina exige do médico não só profundos conhecimentos científicos mas também uma visão certa e humana. Na combinação dessa dupla exigência a profissão médica revela também o seu caráter artístico. Impõe-se entender não só o que o médico faz pelo doente como também o que ele deixa de fazer, e, muito do que isso, a maneira pela qual faz o que deve fazer. Não fosse essa complexidade para dificultar a localização do acerto ou de erro, há de se considerar o reverso da medalha, quando se lembra da resposta biológica do organismo ao desequilíbrio de sua ecologia, causado pela doença, complementada pelo psiquismo do paciente, a colaborar, voluntária ou involuntariamente, na evolução do processo patológico ou de cura, ou a dificultá-la, também, involuntária ou voluntariamente.⁴⁹

De modo a melhor compreender as complicações médicas e a previsibilidade e inevitabilidade é importante também o conceito de iatrogenia, porque “pode-se dizer que há riscos inerentes às doenças cujas causas são os próprios métodos terapêuticos”⁵⁰ e, por óbvio, a atuação médica regular não pode ser considerada um risco para a saúde do doentes no sentido abrangente da palavra, sob pena de se inviabilizar a atividade médica ao ponto de que procedimentos ariscados não seriam realizados. Daí a importância do consentimento do paciente para o conhecimento destes riscos e assunção dos mesmos, o que só é possível com o adequado cumprimento do dever de informar pelo médico. Nas palavras de Irany Moraes:

Iatrogenia é palavra composta, vem do grego: iatrós (médico) + genos (geração) + ia. Assim, trata-se de expressão usada para indicar o que é causado pelo médico. Numa visão abrangente, ela se refere não só ao que ocorreu pelo que o médico fez, como também pelo que deixou de fazer e deveria ter feito.⁵¹

Em sua análise o autor afirma que existem três tipos de atos iatrogênicos:

no primeiro enquadram-se as lesões previsíveis e também esperadas, pois o procedimento proposto implica resultado com seqüela. No segundo, agrupa-se o resultado previsível, porém inesperado para o caso, mas que decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento. Ele ocorre em todos os graus, do nulo ao óbito. No terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico.⁵²

⁴⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.

⁴⁸ Idem, *ibidem*. p. 80.

⁴⁹ MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 44.

⁵⁰ Idem, *ibidem*. p. 296.

⁵¹ Idem, *ibidem*. p. 299.

⁵² Idem, *ibidem*. p. 299.

Regra geral, o médico só responderia pelo terceiro tipo de ato iatrogênico, o que é defendido pela doutrina tradicional, mas neste estudo defende-se que o médico pode responder pelos três tipos de atos iatrogênicos quando violado o dever de informar, posto que como já visto a intervenção médica sem consentimento é um ato ilícito. Havendo, contudo, quem entenda que a iatrogenia não gera responsabilidade civil.⁵³

Assim, mesmo que a lesão seja previsível e esperada, mas não tendo o paciente consentido (ressalvadas as hipóteses de consentimento presumido⁵⁴), haverá responsabilidade civil por violação do dever autônomo de informar.

No segundo caso, havendo resultado previsível, porém inesperado, mas decorrente da atuação médica, poderá haver responsabilidade civil por violação do dever autônomo de informar, posto que este risco (ainda que inesperado) deve ser compartilhado com o paciente, notadamente se este risco for de morte⁵⁵, visto que compete ao paciente essa escolha como exercício de sua autonomia.

Já no terceiro caso estaríamos de um ato médico culposo cuja responsabilidade civil já é amplamente tratada pela doutrina tradicional. Perceba-se que o próprio autor chega a asseverar que “no terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico”⁵⁶, como se nos demais casos não fosse possível haver a responsabilidade médica, o que reforça a importância do presente estudo.

Analisando os precedentes do STJ⁵⁷, pode-se afirmar que sua jurisprudência caminha para agasalhar a tese ora defendida.

⁵³ CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 07

⁵⁴ Haverá consentimento presumido quando o paciente não puder, por qualquer razão, expressar sua vontade.

⁵⁵ CC/2002 - Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁵⁶ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p.299

⁵⁷ REsp 326014/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 212; REsp 332025/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 332; REsp 436827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228; REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222; AgRg no Ag 818144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264

Na apreciação do REsp 326014/RJ, o STJ manteve a condenação do médico por dano moral no patamar de 150 salários mínimos em decorrência da plástica que deixou deformações na paciente, com a devolução integral do valor pago a título de dano material porque houve uma assunção de risco pelo médico ao realizar uma operação (cirurgia plástica de rosto e mamas) de resultado absolutamente inconfiável, sendo certo que esta a assunção de risco ocorreu porque o mesmo não cumpriu seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente, não tendo a alegação de caso fortuito/força maior prevalecido.

De modo análogo no REsp 332025/MG o STJ manteve a condenação do médico por dano moral no patamar R\$ 15.100,00 (2002) em decorrência da plástica que deixou deformações na paciente (perda de um dos mamilos), vez que houve uma ausência de informações sobre os riscos cirúrgicos, posto que o médico não cumpriu seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente, não tendo por esse motivo, a alegação de caso fortuito/força maior prevalecido.

Já no REsp 436827/SP, o STJ entendeu que as “exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano”, visto que, no caso, a paciente não recebeu informações suficientes acerca do prognóstico da cirurgia oftalmológica a que se submeteu, tendo havido consulta com um médico e procedimento realizado por outro, sendo certo que os médicos não cumpriram seus deveres de informar, não tendo por esse motivo, a alegação de previsibilidade do resultado prevalecido.

Exemplar é a decisão do REsp 467878/RJ, na qual houve a manutenção da decisão do Tribunal de origem, onde a entidade hospitalar fora responsabilizada pelos danos materiais e morais da paciente que postulou indenização contra um hospital (Santa Casa de Misericórdia) e um médico, em razão de erro médico decorrente de cirurgia oftalmológica na qual a mesma perdeu a visão, sem que tivesse sido informada que a cirurgia apresentava risco de perda total da visão. Assentou-se que, pois, que os demandados não cumpriram com seus deveres de informar, não tendo por esse motivo, a alegação de previsibilidade do resultado prevalecido.

No AgRg no Ag 818144/SP o STJ houve a manutenção da condenação do médico por dano moral no patamar de 200 salários mínimos em decorrência da cirurgia oftalmológica que deixou deformações na paciente, com a devolução integral do valor pago a título de dano

material, posto que a paciente (autora) submeteu-se a uma cirurgia para retirada de bolsa palpebral com médico oftalmologista, tendo o mesmo descumprido seu dever de informar acerca dos riscos. A decisão fundamentou-se no art. 8º. do CDC, chamando atenção o depoimento do médico demandado em juízo que asseverou: 'mas não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar ninguém faz', fato esse que demonstra que omitiu-se o médico ao não compartilhar riscos conhecidos, violando o dever de informar, não podendo, pois utilizar-se das eximentes do caso fortuito e da força maior.

3. Conclusões

Em conclusão, pode-se afirmar que os fatos previsíveis, mas inevitáveis são capazes de afastar a responsabilidade civil do médico, sendo certo que esta eximente só tem lugar quando esta previsibilidade tiver sido devidamente comunicada ao paciente-consumidor, de modo que o mesmo assuma os riscos inerentes ao procedimento que irá ser realizado, posto que se um evento inevitável ocorre e o paciente não tinha dele conhecimento (acerca da possibilidade) responderá o médico pela violação do dever de informar, justamente porque esses riscos não foram compartilhados, e como já mencionado, não se pode presumir a aceitação dos riscos pelo paciente.

Assim, as eximentes do caso fortuito e da força maior só tem lugar quando o dever de informar sobre as possibilidades de ocorrência dos fatos previsíveis for cumprido adequadamente pelo médico.

Referências

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011.

BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 3, n. 9 p. 157-182, jan./mar. 2002.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 31.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004.

MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

REsp 120.647/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 15/5/2000.

REsp 120647/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJ 15/05/2000, p. 156

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.125

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual caso: caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 2, n. 6., p. 98-123, abr./jun. 2001.

STIGLITZ, Gabriel A. **Proteccion juridica del consumidor: Responsabilidad del empresario ; publicidad comercial enganosa ; credito al consumo ; practicas mercantiles irregulares ; acceso a la justicia**. Buenos aires: Depalma, 1990.