

O FATO DA TÉCNICA: EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Fact of the technique: exclusion of physician's civil liability

Elias Kallas Filho*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar e discutir o fato da técnica, uma nova excludente da responsabilidade civil do médico, aplicável quando o dano ao paciente seja efeito inevitável de um procedimento consagrado e corretamente executado, mas que, por suas próprias características técnicas, expõe o paciente a riscos que o médico não pode controlar. Na primeira parte do trabalho, são descritas as causas já conhecidas de exclusão da responsabilidade civil; em seguida, é apresentado e discutido o fato da técnica como nova excludente dessa responsabilidade. Na segunda parte, são apresentados casos concretos julgados pelos tribunais brasileiros nos quais é possível confirmar a aplicabilidade do fato da técnica como excludente da responsabilidade civil do médico. Conclui-se pela admissibilidade da nova excludente, que não consiste em desqualificar o nexo de causalidade entre a intervenção médica e o dano ao paciente, mas em afastar a culpa, diante da verificação de que a técnica, embora predominantemente benéfica, aprovada pela comunidade científica e corretamente executada, ocasionou dano ao paciente. O fato da técnica corresponde, portanto, à concretização do potencial danoso inerente a determinada técnica médica. A pesquisa utilizou os métodos analítico, comparativo e indutivo, e a seleção dos julgados foi realizada por meio de busca nos sítios eletrônicos dos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Excludentes; Fato da Técnica; Médico; Responsabilidade Legal.

* Pós-Doutor, Fundação São Francisco de Assis; Doutor em Direito Comercial, Universidade de São Paulo. Professor, Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Pouso Alegre/MG – Brasil. E-mail: ibnkallas@uol.com.br

Artigo recebido em: 05/03/2013. Aprovado em: 02/05/2012.

ABSTRACT

This paper is intended to present and discuss the fact of the technique, a new exclusion of physician's civil liability applicable to the cases in which the damage is acknowledged as an inevitable effect of a procedure accepted and correctly executed, but, due to its own technical characteristics, the patient is exposed to risks that are beyond the physician's control. In the first part of the paper, the main causes of exclusion of liability are presented and discussed, among which is the fact of the technique. In the second part, concrete cases judged by Brazilian courts in which the applicability of the fact of the technique as an exclusion of physician's civil liability is proved are presented. It is concluded by the admissibility of the new exclusion, which does not consist of disqualifying the causation between the medical intervention and the damage to the patient, but in setting aside the fault, when the technique, although predominantly benefic, approved by the scientific community and correctly performed, caused damage to the patient. The fact of the technique corresponds, therefore, to the concretization of the harmful potential inherent to a given medical technique. The research has been performed using the analytical, the comparative and the inductive methods; and the selection of the judgements has been made by online search in the Brazilian courts websites.

Keywords: Exclusion; Fact of the Technique; Legal Liability; Physician.

Introdução

A responsabilidade civil dos médicos, embora não seja tema novo, tem atraído fortemente a atenção de médicos e juristas nos últimos anos, em razão de circunstâncias eminentemente práticas: o aumento do número de ações contra profissionais e estabelecimentos médicos. Com isso, floresce o debate acerca dos fundamentos e dos limites de sua responsabilidade civil, na busca de um equilíbrio entre a reparação aos pacientes eventualmente lesados e a tranquilidade no exercício profissional, pois se é preciso, de um lado, garantir que os danos morais e materiais decorrentes do serviço médico defeituoso sejam efetivamente reparados, também é preciso, de outro lado, evitar os excessos que podem comprometer a serenidade no exercício da medicina, convertendo doenças em ameaças, pacientes em inimigos.

Ao longo do tempo, vários institutos jurídicos têm contribuído para o desenvolvimento das bases teóricas da responsabilidade civil do médico e, consequentemente, para a busca daquele equilíbrio. Já no século XIX, por exemplo, a doutrina francesa trouxe a importante contribuição da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, esclarecendo que o contrato de prestação de serviços médicos gera a obrigação de empreender os melhores esforços no sentido da cura do paciente, mas não de efetivamente alcançá-la.⁽¹⁾ No século

¹ DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Arthur Rousseau, 1923. *passim*.

XX, o desenvolvimento do direito do consumidor, bem como de diversas teorias jurídicas, também contribuíram para ampliar e fortalecer as bases teóricas da responsabilidade civil em geral e, mediatamente, da responsabilidade médica. Apesar de todos esses avanços, entretanto, muitas vezes ainda se constata a insuficiência do aparato jurídico diante de casos em que se investiga possível responsabilidade civil, notadamente quando estão envolvidas questões médicas. Nesse ponto, situa-se o objeto do presente trabalho, no qual serão discutidos e analisados aspectos da atividade médica que exigem tratamento jurídico específico, especialmente no que diz respeito aos limites da medicina contemporânea e à possibilidade de dano ao paciente como consequência da própria técnica consagrada pela comunidade científica internacional.

Este trabalho terá como tema o fato da técnica, analisado como excludente da responsabilidade civil dos médicos. Pretende-se verificar a hipótese de que toda intervenção médica, ainda que executada com prudência, diligência e perícia, expõe o paciente a riscos inevitáveis, decorrentes da própria técnica médica que, embora consagrada e preconizada pela comunidade científica internacional, nunca é absolutamente segura, podendo de forma ocasional provocar dano ao paciente sem que exista dever de reparação por parte do profissional ou do estabelecimento médico. Trata-se de uma causa excludente da responsabilidade civil do médico, aplicável aos casos em que o dano seja reconhecido como um fato da técnica, isto é, efeito inevitável de um procedimento consagrado e corretamente executado, mas que, por suas próprias características técnicas, expõe o paciente a riscos que o médico não pode controlar.

O reconhecimento do fato da técnica como excludente da responsabilidade médica poderá contribuir para a postulação, a defesa e a decisão de demandas judiciais e administrativas envolvendo questões de responsabilidade médica. Atualmente, afastar a responsabilidade do profissional da medicina em um caso concreto no qual se tenha constatado dano ao paciente, em decorrência de riscos inerentes ao procedimento, de inseguranças e limitações da própria técnica (corretamente) aplicada, exige longa e complexa argumentação, a partir dos fundamentos da responsabilidade civil.

Justifica-se, portanto, a presente pesquisa na medida em que poderá contribuir para uma melhor compreensão e, conseqüentemente, uma melhor solução das controvérsias, com a introdução de uma nova causa excludente da responsabilidade médica, de modo a proporcionar mais clareza, segurança e objetividade à decisão jurídica. Seria, aliás, raro exemplo de instituto jurídico concebido no âmbito específico da responsabilidade médica, mas potencialmente aplicável à responsabilidade civil em geral, uma vez que, historicamente, tem-se percorrido sentido oposto, com a aplicação ao campo específico da responsabilidade médica de conceitos e teorias gerais.

I. Excludentes da responsabilidade civil do médico: introdução do fato da técnica

A doutrina da responsabilidade civil tem, tradicionalmente, identificado fatores que, uma vez caracterizados, constituem motivos de isenção da obrigação de reparar o dano, moral ou material, causado a outrem. Essas excludentes funcionam como fatores de veto, que desqualificam um ou mais elementos ensejadores da responsabilidade civil, de tal forma que não exista obrigação de indenizar, inobstante o dano experimentado pela vítima. É nesse campo que se situa a principal hipótese de investigação deste trabalho. Ao lado das excludentes da responsabilidade civil tradicionalmente estudadas, quais sejam, o caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, pretende-se discutir a introdução do fato da técnica também como causa de isenção da responsabilidade.⁽²⁾ Nos limites objetivos deste trabalho, a investigação estará circunscrita ao campo da responsabilidade civil do médico, mas suas conclusões talvez possam servir também a outros domínios da responsabilidade civil. A fim de conferir mais clareza e objetividade à exposição, serão brevemente revisadas as excludentes tradicionalmente analisadas pela doutrina e, em seguida, discutido o fato da técnica.

1. Excludentes da responsabilidade civil

As expressões *caso fortuito* e *força maior*, que neste trabalho são empregadas como sinônimas, designam a causa excludente da responsabilidade civil caracterizada pela imputação do dano a um evento imprevisível e/ou inevitável. José de Aguiar Dias, aderindo ao entendimento de Arnoldo Medeiros da Fonseca, salienta não existirem acontecimentos que, *a priori*, possam ser sempre considerados casos fortuitos ou de força maior, uma vez que tal caracterização depende das condições de fato verificadas no momento de sua ocorrência. A evolução da tecnologia ou mesmo a experiência de episódios anteriores podem tornar previsíveis acontecimentos que outrora não se podiam prever, bem como podem tornar evitáveis efeitos que, no passado, não se podiam evitar.⁽³⁾ As forças da natureza podem ser relacionadas a essa excludente. Assim, se os danos ao paciente foram ocasionados por uma enxurrada que invadiu repentinamente o hospital, em razão de chuva torrencial, a responsabilidade civil poderá ser excluída pela configuração da força maior. Mas existirá responsabilidade se ficar demonstrado que chuvas de tal intensidade são comuns naquela estação e que a enxurrada, sendo previsível, poderia ter sido evitada pela instalação de sistema de drenagem pluvial mais eficiente. Interessante questão consiste em saber se a responsabilidade civil do médico seria excluída somente pelo caso fortuito externo ou também pelo caso fortuito interno, relacionado com a

² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4, p. 164.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 936.

atividade ou com a própria pessoa do profissional. Na primeira categoria, podem-se citar os eventos da natureza e as ações terroristas; na segunda, a falha de um equipamento e o acometimento do médico por mal súbito durante uma operação. Por se tratar de um sistema de responsabilidade baseada na culpa (e não no risco da atividade), a melhor solução parece estar na admissão tanto do caso fortuito externo quanto do interno como excludentes da responsabilidade. Para ambos permanecem, entretanto, os requisitos da imprevisibilidade e da inevitabilidade. Dessa maneira, o médico hígido que sofre mal súbito durante um procedimento não responderá pelos danos que resultarem ao paciente. Mas se o facultativo, sabendo-se portador de grave problema de saúde, inicia operação sem a presença de outro cirurgião e, desfalecendo repentinamente, deixa desassistido o paciente, do que lhe resultam danos, dificilmente terá excluída sua responsabilidade. Note-se que o caso fortuito ou de força maior exclui a responsabilidade civil porque descaracteriza o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima. Entretanto, na medida em que a imprevisibilidade e/ou a inevitabilidade são necessárias à configuração dessa excludente, a culpa do agente também restará afastada.

Caracteriza-se o *fato de terceiro* 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”. Esclareça-se que, em tal condição, não se enquadram os prepostos, empregados e auxiliares (etc.), porque o médico está obrigado a reparar os danos a que eles derem causa, embora possa valer-se da ação regressiva para, posteriormente, ressarcir-se. A expressão “terceiro”, nesse contexto, vem designar, portanto, pessoa estranha à relação entre médico e paciente por cujo comportamento o profissional não tenha nenhuma responsabilidade. Dessa forma, não se estará diante de um fato de terceiro se o dano ao paciente decorre de ato culposo do instrumentador contratado pelo cirurgião para auxiliá-lo na operação, por cujos atos ele responderá. Por outro lado, será excluída a responsabilidade do facultativo se o dano for causado por profissional estranho à sua equipe ou por um familiar do próprio paciente. Finalmente, a caracterização do fato de terceiro como excludente da responsabilidade civil exige que ele se mostre imprevisível e inevitável. Se o dano foi causado por um terceiro, mas teve o médico condições de prever ou de evitar tal ocorrência, será normalmente responsabilizado. Todas essas características permitem concluir que a isenção da responsabilidade civil por fato de terceiro, a exemplo da força maior, afasta não apenas o nexo de causalidade como também a culpa do agente. Com efeito, se foi um terceiro que provocou o dano, não existirá liame de causalidade com qualquer ato do médico, e se tal evento era imprevisível e/ou inevitável, tampouco existirá culpa do profissional.

A terceira causa de exclusão da responsabilidade civil tradicionalmente aceita pela doutrina consiste na **culpa exclusiva da vítima**, que, nos domínios específicos da responsabilidade médica, pode ser designada **culpa exclusiva do paciente**. Trata-se de circunstância em que os danos experimentados pelo paciente decorrem exclusivamente de seu próprio comportamento, muitas vezes

deixando de cumprir os deveres a seu cargo. Ao contrário do que ocorre com os do médico, sempre amplamente mencionados, poucas são as referências na doutrina aos deveres do paciente. É inegável, porém, que eles existem e que seu descumprimento produz consequências jurídicas relevantes, podendo até mesmo excluir a responsabilidade civil do médico, se ficar demonstrado que foi esta a causa dos danos eventualmente sofridos pelo paciente. *Roberto Godoy* identifica pelo menos dois deveres atribuídos ao paciente: dever de veracidade e completude das informações prestadas ao médico e dever de obediência às orientações do tratamento.⁽⁴⁾ O primeiro corresponde, de certo modo, à regra geral de boa-fé que deve sempre permear a relação médico/paciente, uma vez que as informações oferecidas pelo cliente, aliadas, naturalmente, a outros exames realizados pelo profissional, representam as premissas das quais vai partir seu raciocínio clínico, a fim de que seja possível alcançar uma hipótese diagnóstica e, conseqüentemente, a indicação terapêutica para o caso. É indubitável, pois, que a anamnese é um dos principais instrumentos à disposição do profissional para a identificação da doença de que padece o paciente, bem como de suas causas e sintomas. Se o paciente presta informações falsas, compromete o raciocínio clínico do médico, que poderá chegar a conclusões igualmente falsas, com resultados potencialmente danosos à saúde do próprio paciente. O dever de obediência às orientações do tratamento, por sua vez, implica que o paciente deva seguir rigorosamente a prescrição médica, inclusive quanto a restrições alimentares, proibições de esforço físico e de exposição a fontes de luz ou calor (etc.), bem como relatar a ocorrência de reações adversas ou a persistência dos sintomas, se for o caso. A confiança e a cooperação são elementos essenciais para o bom relacionamento entre médico e paciente, e representam verdadeira condição de eficácia do tratamento de saúde. Se o paciente não se mostra cumpridor de seus deveres, e em consequência disso sofre algum dano, é evidente que nenhuma reparação será devida pelo médico, diante da exclusão de sua responsabilidade. 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.⁽⁵⁾ Nessa hipótese, perfeitamente aplicável à responsabilidade médica, não haverá que se falar em isenção da responsabilidade, mas em atenuação, fixando-se a indenização proporcionalmente ao grau de culpa do profissional.

2. O fato da técnica

A hipótese discutida neste trabalho consiste na introdução de uma nova excludente da responsabilidade civil do médico: o fato da técnica. Sabe-se que um

⁴ GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 777, p. 96, jul. 2000.

⁵ DIAS, José de Aguiar. op. cit., p. 945.

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 científica. Isso se justifica, facilmente, com base nos quatro princípios fundamentais da bioética, propostos por *Tom L. Beauchamp* e *James F. Childress*⁶ (autonomia, não maleficência, beneficência e justiça), com destaque para o princípio da não maleficência, que implica não apenas a obrigação de se abster de causar danos a uma pessoa, mas também a obrigação de não a submeter a riscos de dano.⁷ 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, 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 o risco de resultados 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.

A caracterização dessa excludente da responsabilidade médica depende, portanto, da **inevitabilidade** do dano, mas não necessariamente da **imprevisibilidade** dele; não implica em descaracterizar o nexo de causalidade entre a intervenção médica e o dano ao paciente, mas em afastar a culpa, mediante a verificação de que a técnica, muito embora predominantemente benéfica, aprovada pela comunidade científica e corretamente executada, ocasionou dano ao paciente. Trata-se, portanto, da concretização do potencial danoso inerente a determinada técnica médica. 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 um fato da técnica somente poderia ser evitado ou minorado com a evolução da própria técnica científica.

Embora seja mais fácil vislumbrar a ocorrência do fato da técnica em um procedimento operatório, tal excludente da responsabilidade civil pode se caracterizar também em exames de diagnóstico, tratamentos clínicos, procedimentos anestésicos, odontológicos ou qualquer outro no qual o dano ao paciente não

⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford, 2001. passim.

⁷ Id. *Ibid.*, p. 117.

seja resultado da negligência, imprudência ou imperícia do profissional, mas de uma limitação da própria técnica (ainda que corretamente) aplicada.

Contrariamente ao reconhecimento do fato da técnica como excludente da responsabilidade civil do médico, poder-se-ia argumentar que a mesma conclusão pode ser alcançada pela apuração da culpa, de forma que a nova excludente pouco acrescentaria ao processo de verificação da responsabilidade civil. Tal argumento, todavia, não resiste a uma análise crítica mais apurada. A responsabilidade civil do médico tem sofrido influência de expedientes de objetivação, como o reconhecimento de obrigações de resultado e a própria inversão do ônus da prova, entre outros. Embora tais expedientes não afastem a apuração da culpa como pressuposto da responsabilidade civil, eles quase sempre fazem com que ela fique presumida, cabendo ao médico provar a ausência de culpa, o que pode se mostrar uma tarefa extremamente difícil. Nesse ponto, fica evidente a contribuição que o fato da técnica pode trazer para a apuração da responsabilidade civil do médico. Em vez de uma prova negativa, da ausência de culpa, o facultativo poderá demonstrar, se for o caso, que o dano é decorrente da concretização de um potencial danoso inerente à técnica empregada, ao qual o paciente teve necessariamente que ser submetido, como única forma de concorrer aos benefícios da intervenção. Assim como as demais excludentes da responsabilidade civil, o fato da técnica não tem o objetivo de proporcionar novas conclusões, mas de permitir alcançá-las de forma mais direta, dispensando-se as longas construções argumentativas necessárias à demonstração da “não culpa” em certos casos de dano ao paciente.

A introdução de uma nova excludente, por outro lado, não modifica nem atenua nenhum dos deveres a que o médico esteja obrigado em decorrência da lei, da ética ou da ciência, como aqueles que *José de Aguiar Dias*, partindo da exigência geral de prudência e diligência, identifica e decompõe em cinco grupos: conselhos, cuidados, obtenção do consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e sigilo.⁽⁶⁾ Todos eles permanecem absolutamente íntegros, pois não se trata, obviamente, de uma tentativa de supressão da responsabilidade civil do médico, mas de um contributo para a constante evolução desse importante capítulo da responsabilidade civil.

3. Fato da técnica e complicação médica

Em uma primeira análise, o conceito de fato da técnica como excludente da responsabilidade civil do médico pode sugerir certa aproximação com a ideia de complicação médica. As expressões, entretanto, não se equivalem. A primeira traduz um conceito jurídico; a segunda, um conceito médico. E o significado (jurídico) de fato da técnica é mais restrito do que o significado (médico) de complicação, pois este designa toda consequência indesejada de uma intervenção

⁶ DIAS, José de Aguiar. op. cit., p. 337.

médica, podendo até mesmo incluir aquelas decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia, bem como aquelas que derivam de caso fortuito, de fato de terceiro, de culpa exclusiva do paciente e, finalmente, também aquelas decorrentes de um fato da técnica. A complicação, portanto, nem sempre exclui a responsabilidade civil do médico. O fato da técnica, enquanto excludente da responsabilidade civil, por sua vez, somente se caracteriza nas complicações que guardem relação de causalidade com o tratamento ou intervenção médica (o que afasta aquelas decorrentes do caso fortuito, do ato de terceiro e de ato da própria vítima) e que sejam marcadas pela característica da inevitabilidade (o que afasta todas aquelas decorrentes de culpa do profissional).

II. O fato da técnica na jurisprudência dos tribunais brasileiros

Os tribunais brasileiros têm sido frequentemente chamados, como já se salientou, a julgar pedidos de indenização envolvendo a prestação de serviços médicos nas mais diversas especialidades. Em alguns desses casos, os fundamentos invocados pelo tribunal muito se aproximam das ideias centrais discutidas neste trabalho, sem, contudo, que seja empregada a expressão “fato da técnica” nem aplicado com precisão o conceito que ela designa. Nesse sentido, o objetivo desta parte é apresentar decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, envolvendo diferentes especialidades médicas, nas quais se poderia ter reconhecido o fato da técnica como excludente da responsabilidade civil do profissional, o que talvez pudesse proporcionar mais clareza e segurança à decisão. Não se pretende analisar o mérito de referidas decisões, seu acerto ou desacerto, mas apenas mostrar a aplicabilidade da excludente em discussão. Todos os casos têm em comum a comprovada ocorrência de danos ao paciente e a conclusão de que eles decorreram de riscos do próprio procedimento, ainda que executado em conformidade com a melhor técnica médica, afastando-se a culpa do profissional. É exatamente isso que caracteriza o fato da técnica.

1. Cirurgia oncológica

Em 11 de abril de 2007, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou pedido de indenização formulado por paciente que, após cirurgia para retirada de tumor na glândula parótida direita, apresentou paralisia em decorrência de lesão do nervo facial, com assimetria no fechamento dos olhos e necessidade de duas outras operações.⁹ Apesar dos danos experimentados pela paciente, o Tribunal considerou que o procedimento cirúrgico foi corretamente indicado e realizado, tendo alcançado o objetivo de retirada total do tumor, e também que a possível lesão do nervo facial foi uma consequência inevitável da própria operação, que exige a manipulação do referido nervo. Concluiu-se, então, pela

⁹ Processo nº: 0159490-09.2002.8.13.0145.

“ausência de culpa do réu, sendo a paralisia facial infelizmente experimentada pela autora decorrência direta e inafastável do procedimento a que fora submetida”, o que corresponde exatamente a um fato da técnica.

2. Distócia de parto

Em 14 de maio de 2008, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou pedido de indenização contra médico obstetra em razão da ocorrência de distócia de ombro e subsequente lesão do plexo braquial durante trabalho de parto, resultando na monoplegia do membro superior direito do recém-nascido.⁽¹⁰⁾ O autor alegava negligência e imperícia do médico obstetra, que não teria tomado as cautelas e providências recomendadas pela literatura especializada. O Tribunal, entretanto, concluiu pela inexistência de responsabilidade civil, considerando que o obstetra agiu corretamente, apesar dos danos sofridos pelo feto. Segundo o Tribunal, restou evidenciado que, sendo a distócia de ombro uma causa natural, que foge ao controle do médico e, considerando ainda que a lesão ao plexo braquial é uma das consequências prováveis quando o médico necessariamente haverá de proceder a manobras para retirada do feto, mesmo aplicando todas as técnicas e mecanismos disponíveis, agindo com cuidado, prudência e perícia, não se vislumbra a ocorrência de erro médico. Restou cristalino também que as manobras de que deve o obstetra lançar mão para liberação do ombro do feto podem ocasionar vários tipos de lesões e até a morte fetal, sendo uma das lesões prováveis, reconhecida pela literatura médica mundial, a lesão do plexo braquial, conforme a perícia judicial e toda a literatura médica juntada aos autos.

A decisão do Tribunal de Justiça, embora percorrendo caminho mais longo, reconheceu que a lesão do plexo braquial é um dano decorrente da própria técnica preconizada pela melhor literatura médico-obstétrica para a reversão da distócia do ombro durante trabalho de parto. Embora referido dano decorra diretamente da ação do médico, não existe responsabilidade, porque ele é consequência de limitações inerentes ao procedimento, ainda que corretamente executado. É um fato da técnica, que exclui a responsabilidade civil do médico.

3. Cirurgia neurológica

Em 16 de setembro de 2009, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina julgou pedido de indenização formulado por paciente submetido a craniectomia occipital para tratamento de neurocisticercose, da qual resultaram graves sequelas neurológicas.⁽¹¹⁾ Segundo o Tribunal, a decisão deveria apurar quais eram os riscos da cirurgia, se o paciente e seus familiares foram devidamente cientificados a respeito deles e se o dano decorreu de um agravamento daqueles

¹⁰ Processo nº: 0826406-44.2002.8.13.0672.

¹¹ Processo nº: 2003.016450-2.

riscos em razão da conduta do médico ou da própria cirurgia, fugindo ao controle da ciência. Nesse sentido, ficou demonstrado que as lesões sofridas pelo paciente nos pares cranianos e no tronco cerebral foram prováveis consequências de um edema ou processo inflamatório secundário à operação. Considerou-se, ainda, a provável ruptura de cistos durante a cirurgia, cujo conteúdo pode ter-se misturado ao líquido cefalorraquidiano, ocasionando inflamação de meninges e ventrículos, sem que o cirurgião pudesse nada perceber ou evitar. Daí a conclusão do Tribunal no sentido de que “a cirurgia e a sua técnica, assim como o seu emprego, foram acertados” e de que os danos experimentados pelo autor da demanda decorreram de riscos inerentes a ela. Trata-se, pois, de mais um exemplo a confirmar a aplicabilidade do fato da técnica como excludente da responsabilidade civil do médico.

4. Prostatectomia

Em 6 de abril de 2010, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região julgou pedido de indenização formulado por paciente submetido a cirurgia de ressecção transuretral de próstata da qual resultou incontinência urinária e disfunção erétil.⁽¹²⁾ Apesar dos danos sofridos pelo autor e do nexo de causalidade entre a operação e os referidos danos, entendeu o Tribunal tratar-se de inevitáveis complicações daquele procedimento cirúrgico, constatados pela literatura médica em percentual significativo de casos. Devido à proximidade das estruturas, a corrente elétrica usada na ressecção cirúrgica endoscópica da próstata pode eventualmente lesar os nervos erigentes, que existem ao longo da cápsula prostática. Segundo o Tribunal, “verifica-se que o procedimento cirúrgico envolvia risco de ocorrer incontinência urinária e risco, mais frequente, de ocorrer disfunção erétil, riscos esses inerentes ao método e à técnica utilizada”. Ponderou-se, ainda, que a mera existência do risco não afasta a responsabilidade do médico na hipótese de complicações, mas exige prova de uma ação culposa que as tenha determinado, potencializando o risco. Trata-se, portanto, de fundamentação que acolhe integralmente as características do fato da técnica, como excludente da responsabilidade civil do médico.

5. Pneumotórax

Em 26 de abril de 2011, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou pedido de indenização formulado por paciente que sofreu pneumotórax em decorrência de acidente de punção na colocação de *intracath*, o que lhe ocasionou episódios de dor intensa e exigiu a realização de drenagem pulmonar.⁽¹³⁾ O Tribunal, entretanto, entendeu pela inexistência de responsabilidade civil, reconhecendo que “a colocação do *intracath* é procedimento que pressupõe a

¹² Processo nº: 0025208-33.2007.4.04.7100.

¹³ Processo nº: 9163816-98.2006.8.26.0000.

gravidade do quadro do paciente e oferece riscos intrínsecos, por maior que seja a perícia do profissional”. Nos termos do laudo pericial, afirmou-se que

a instalação do *intracath* é um procedimento de risco, que pode levar ao pneumotórax, mesmo se instalado por pessoas experientes, visto que a raça humana, embora com características próprias e comuns, há o que se chama de variações anatómicas, familiares e hereditárias.

Também foi salientado que “a grave situação da paciente, com extensa pneumonia e a impossibilidade de punção de vasos periféricos, exigia a instalação do dispositivo, por maiores que fossem os riscos envolvidos”. Daí a conclusão pela inexistência de culpa dos profissionais, com fundamentos que permitem identificar a ocorrência do fato da técnica.

Considerações Finais

O aumento do número de ações judiciais contra médicos tem levado o tema da responsabilidade civil destes profissionais ao centro dos debates, tanto nos foros de discussão médica quanto jurídica. Entre os muitos aspectos que compõem o tema da responsabilidade civil do médico, este trabalho destaca as excludentes da responsabilidade, que constituem motivos de isenção da obrigação de reparar o dano. Por desqualificarem um ou mais elementos ensejadores da responsabilidade civil, as excludentes fazem com que não exista obrigação de indenizar, apesar do dano experimentado pela vítima (no caso, o paciente). Tradicionalmente, são reconhecidas como excludentes da responsabilidade civil do médico: o caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, ao lado das quais este trabalho propõe a introdução do “fato da técnica”.

A nova excludente não consiste em desqualificar o nexo de causalidade entre a intervenção médica e o dano ao paciente, mas em afastar a culpa, diante da verificação de que a técnica, embora predominantemente benéfica, aprovada pela comunidade científica e corretamente executada, ocasionou dano ao paciente. O fato da técnica corresponde, portanto, à concretização do potencial danoso inerente a determinada técnica médica. Sua aplicabilidade é comprovada pela jurisprudência brasileira, na qual é possível encontrar julgados, envolvendo as mais diversas especialidades médicas, cujos fundamentos comprovam o reconhecimento (obviamente implícito e inconsciente) de que o fato da técnica exclui a responsabilidade civil do médico.

Trata-se, enfim, de uma excludente concebida no campo específico da responsabilidade civil do médico, mas potencialmente aplicável à responsabilidade civil em geral. Nesse sentido, constitui caso singular, uma vez que, historicamente, se tem percorrido sentido oposto, com a aplicação ao campo específico da responsabilidade médica de conceitos e teorias gerais. Novos trabalhos poderão discutir a aplicabilidade dessas conclusões a outros domínios da responsabilidade civil.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 33-53, 1995.
- ALPA, Guido. La responsabilit  medica. *Responsabilit  Civile e Previdenza*, Milano, v. 64, p. 315-336, 1999.
- AZEVEDO,  lvoro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- BALLESTEROS, Jorge Santos. La responsabilidad civil médica en el derecho colombiano. In: LÓPEZ MESA, Marcelo J. (Org). *Tratado de responsabilidad médica*. Buenos Aires: Legis, 2007. p. 457-535.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford, 2001.
- CHAVES, Ant nio. Responsabilidade civil do ato médico. *Revista Forense*, São Paulo, v. 324, p. 17-22, 1993.
- COHEN, Henry. Medical malpractice liability reform: legal issues and fifty-state survey of caps on punitive damages and noneconomic damages. In: HILTZ, Panteleymon L. (Ed.), *Medical malpractice: issues and law*. Nova Iorque: Novinka, 2004. p. 11-36.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DEMOGUE, Ren . *Traite des obligations en general*. Paris: Arthur Rousseau, 1923.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.
- FIELDING, Stephen L. *The practice of uncertainty: voices of physicians and patients in medical malpractice claims*. Westport: Auburn House, 1999.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 7. ed., São Paulo: BYK, 2001.
- GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 777, p. 87-116, jul. 2000.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONZÁLEZ, José Maria Miguel; M CIA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica en el ordenamiento espa ol. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord). *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra Ed. 2005. p. 13-59.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUBINOIS, Philippe. *Législations et indemnisations de la complication médicale en France et en Europe*. Bruxelas: Bruylant, 2006.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

KALLÁS FILHO, Elias. *Seguro de responsabilidade civil do médico*. 2008. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LE TOURNEAU, Phillipe. La responsabilidad médica en el derecho francés actual. In: LÓPEZ MESA, Marcelo J. (Org). *Tratado de responsabilidad médica*. Buenos Aires: Legis, 2007. p. 399-455.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, Diamantino Marques. Responsabilidade civil médica – casos práticos. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord). *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra, 2005.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MARGOTTA, Roberto. *História ilustrada da medicina*. São Paulo: Manole, 1998.

MARTIN, Leonard Michael. O erro médico e a má prática nos códigos brasileiros de ética médica. *Bioética*, Brasília, v. 2, p. 163-173, 1994.

MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, León. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5. ed. Buenos Aires: Europa-América, 1961. v. 2.

MESA, Marcelo J. López. Teoría general de la responsabilidad médica en el derecho argentino y comparado. In: LÓPEZ MESA, Marcelo J. (Org). *Tratado de responsabilidad médica*. Buenos Aires: Legis, 2007. p. 1-394.

MINASSE, Elton. *Contribuição ao estudo das obrigações de meios e de resultado*. 2005. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

NOAH, Lars. *Law, medicine and medical technology: cases and materials*. New York: Foundation Press, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REALE, Miguel. O código de ética médica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 503, p. 47-53, 1977.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. 2.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Responsabilidade civil das empresas de assistência à saúde*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Rio de Janeiro, v. 108, p. 7-15, 1997.

TRIGO REPRESAS, Félix Alberto; STIGLITZ, Rúben. *El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva*. 2003. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed., Coimbra: Almedina, 1996.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio. *Prueba de la culpa médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.