



CENTRO UNIVERSITÁRIO SANTA AMÉLIA – UNISECAL
BACHARELADO EM DIREITO

JULIAN GABRIEL GASPERIN

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

PONTA GROSSA

2020



JULIAN GABRIEL GASPERIN

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

**Artigo apresentado como critério de avaliação da
Disciplina de Trabalho de Curso II, 9º Período A, do
Curso de Bacharelado em Direito do Centro
Universitário Santa Amélia - UniSecal.**

Orientador : Antônio Augusto Barreira

PONTA GROSSA

2020

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITO DO ARTIGO

Eu, professor Antonio Augusto Barreira de Oliveira Farah, autorizo o depósito e defesa do artigo intitulado “A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO” do acadêmico JULIAN GABRIEL GASPERIN.

Ponta Grossa, 19 de 12 de 2020.

Prof. Me Antonio Augusto Barreira de Oliveira Farah

Autorização Depósito Tese



Augusto Barreira 10:44 AM
para mim, Adriana ▾



Prezada Profa. Dra. Adriana,

Prezado aluno Julian Gasperin,

Bom dia.

Sirvo-me do presente para enviar-lhes o termo de autorização de depósito da tese.

Aproveito a oportunidade para destacar meus votos de consideração pelo árduo trabalho realizado pela Profa. Dra. Adriana Mello nesses últimos momentos de nosso semestre letivo.

Cordialmente,

Prof. Antonio Augusto



TERMO AUTO...POSITO.docx



Responder



Responder a todos



Encaminhar



*Dedico esse artigo ao meu filho Otávio e a minha esposa
Keila por todo o apoio, ajuda e compreensão.
À minha mãe, por tudo.
Á minha saudosa vó Iaga, suas lições serão eternas.*



AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida, por ter chegado até aqui. A obra que Ele começou em minha vida ninguém pode parar. Sem Ele, eu nada seria.

À minha esposa Keila e ao meu filho Otávio, por compreenderem a ausência em alguns momentos. Foi por vocês.

À minha família. Em especial à minha mãe Janete, ao Edir e ao Eder, que acompanharam desde o início este sonho, que hoje se concretiza.

Ao meu orientador, Mestre Antônio Augusto, por auxiliar na direção à ser tomada nessa pesquisa. Bem como, por seu incentivo, respeito e disposição.

À professora Doutora Adriana Melo, por trabalhar com tanta dedicação e paciência. Referência na Unisecal.

Ao professor Mestre Roberto Tavarnaro, por dispor parte do seu acervo, para elaboração dessa pesquisa.

Aos demais professores da Unisecal, que caminharam lado a lado com os alunos nessa jornada. Sem vocês não chegaríamos até aqui.

Ao grande amigo João Augusto Matiak, especialista em direito médico, por toda sua contribuição nesse trabalho. Sua ajuda foi fundamental.

Aos amigos e colegas de curso. O esforço de cada um valerá a pena.

A todos que de alguma forma torceram ou participaram dessa caminhada. Obrigado.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

Julian Gabriel Gasperin¹ (Centro Universitário UniSecal)

Antônio Augusto Barreira de Oliveira Farah² (Centro Universitário UniSecal)

Resumo: A relação entre médico e paciente, apesar de ser uma relação estritamente profissional, está calcada no princípio basilar do Direito, a dignidade da pessoa humana. O direito à saúde é considerado um direito social, de segunda geração, amparado pela na Carta Constitucional, desde o preâmbulo. Consoante ser direito fundamental, os serviços de saúde, seja por parte do Estado, ou de particulares credenciados para tal, espera-se uma boa prestação, dado a natureza essencial. Sendo uma atividade de riscos, necessita ser disciplinada de forma especial, e a sua má prestação não pode ficar impune. Com isso, tem-se por objetivo discutir em que momento se dá, efetivamente, a responsabilidade civil do médico em consequência de um erro de diagnóstico, tema que é alvo de crescentes demandas judiciais, dado a “judicialização” da saúde, uma vez que os pacientes/consumidores estão cada vez mais maduros e exigentes. Além disso, a facilidade ao acesso à informação, incentiva esses consumidores a reivindicar indenização nos tribunais. O tema se justifica pela importância em tratar de um assunto que a cada dia se mostra mais frequente na sociedade e que junto a esta vem trazendo consequências graves à vida de diversas pessoas. O que se busca com o elucidado estudo é analisar a responsabilidade civil do profissional de medicina em caso de erro de diagnóstico que impossibilite a cura ou a sobrevivência com qualidade do paciente, ocasionando a perda de uma chance. Assim, a discussão do tema revela-se de suma importância, pois a responsabilidade civil está presente no dia a dia da sociedade, englobando as mais diferentes atividades.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro Médico. Erro de diagnóstico. Perda de uma chance.

THE DOCTOR'S CIVIL RESPONSIBILITY FOR A DIAGNOSTIC ERROR

Abstract: The relationship between doctor and patient, despite being a strictly professional relationship, is based on the fundamental principle of law, the dignity of the human person. The right to health is considered a second generation social right, supported by the Constitutional Charter, from the preamble. Depending on the fundamental right, health services, whether by the State, or by individuals accredited to do so, are expected to provide good services, given the essential nature. Being a risky activity, it needs to be disciplined in a special way, and its poor performance cannot go unpunished. With this, the objective is to discuss when the physician's civil liability actually occurs as a result of a diagnostic error, a subject that is the target of increasing judicial demands, given the “judicialization” of health, since patients / consumers are increasingly mature and demanding. In addition, the ease of access to information, encourages these consumers to claim compensation in the courts. The theme is justified by the importance of dealing with a subject that is becoming more frequent in society every day and that together with this has brought serious consequences to the lives of several people. What is sought with the elucidated study is to analyze the civil liability of the medical professional in case of an error of diagnosis that makes it impossible to cure or survive with quality of the patient, causing the loss of a chance. Thus, the discussion of the topic is of the utmost importance, since civil liability is present in the daily life of society, encompassing the most different activities.

Keywords: Civil liability. Medical error. Diagnostic error. Missing a chance.

¹ Acadêmico do 9º Período do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santa Amélia - UniSecal, Ponta Grossa, Paraná. E-mail: julian_gabriel21@hotmail.com

² Professor orientador. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela USP. Professor nas disciplinas de Direito Privado e Bioética do curso Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santa Amélia – UniSecal. Professor de Direitos Reais de Escola de Magistratura do Paraná, núcleo Ponta Grossa. E-mail: augbarreira@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, presente desde os primórdios da sociedade moderna, é tema tratado por ilustres doutrinadores, e consiste na reparação de um dano causado a outrem.

Nesse passo, o presente artigo trata da responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, e aplicabilidade da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, na fixação da indenização.

Ocorre que, nem todo erro de diagnóstico poderá ser alvo de uma indenização, tendo em vista que a atividade médica não é, e provavelmente, nunca será, uma operação matemática, em que o resultado será sempre exato. Apesar de a medicina avançar a passos largos, no que se refere ao avanço tecnológico, ainda depende, e muito, da ação humana. E como é cediço, seres humanos falham.

E, nesse sentido, o presente artigo visa distinguir quais falhas são toleráveis e quais são puníveis, visa entender em que momento, efetivamente, se dá a responsabilidade civil por erro de diagnóstico e, se é possível falar em perda de uma chance.

Além disso, o presente trabalho visa auxiliar, nesse momento de tanto tumulto na área da saúde, onde o diagnóstico correto se mostra extremamente importante para o paciente e para a sociedade em geral, pois, a partir de um diagnóstico é que se dita a maneira com que o paciente vai se portar perante a sociedade.

A responsabilidade civil é objeto de estudo de renomados doutrinadores contemporâneos e clássicos, como Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho, José de Aguiar Dias, entre outros. Além do estudo específico da responsabilidade civil médica, onde destaca-se Miguel Kfoury Neto, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e, marco teórico desse artigo.

Na referida pesquisa, a metodologia adequada para alcançar o objetivo é a qualitativa. Para alcançar este fim, foram realizadas consultas a manuais jurídicos, documentos e artigos científicos, fazendo uma análise bibliográfica do tema.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo está estruturado em 3 partes. Na primeira, intitulada “A responsabilidade civil” trata-se de uma abordagem do instituto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, que tem por título “A relação entre médico e paciente”, que expõe as obrigações de médicos e pacientes, o dano por culpa do médico, e o consentimento do paciente, pela visão do lesado, como excludente de responsabilidade. E na terceira, e última parte, analisa-se “A responsabilidade civil médico-hospitalar”, e a possível solidariedade entre o médico e a instituição hospitalar, e por derradeiro, o erro de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance de cura.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

A responsabilidade civil é considerada um instituto jurídico que visa garantir a reparação de dano causado a outrem, decorrente de um ato ilícito. Advém da ofensa ao interesse alheio, constringendo o causador do dano ao ressarcimento pecuniário ao lesado, caso não seja possível restituir de mesma natureza, ou deixar o bem no seu estado *quo ante*, há de se lembrar que a depender do tipo do dano causado o agente causador poderá ser condenado, inclusive, no pagamento de danos morais.

Afirma Gonçalves (2012, p. 19) “[...] que responsabilidade exprime ideia de restauração, de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”. Assim sendo, esse dito equilíbrio só será possível caso haja uma compensação.

Para Acquaviva (2000, p. 29), o “fundamento da responsabilidade civil é o *neminem laedere* (não lesar o próximo)”, porém, caso haja a lesão, a reparação servirá para tentar reestruturar a vítima, do mesmo modo que ela estaria, caso não tivesse ocorrido o dano (*quo ante*). Nesse sentido, espera-se, que a reparação seja proporcional ao dano, diferentemente da ideia punitiva, dos primórdios da responsabilidade, onde se tinha uma ideia de vingança, muitas vezes violenta e desproporcional³.

Define Stoco (2013, p. 155) a responsabilidade civil como:

[...] uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde correm os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É, portanto, uma consequência e não uma obrigação original, considerando que esta constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente.

A função da responsabilidade civil é a compensação do prejuízo, por parte de quem produziu ofensa injusta, em esfera alheia, seja patrimonial ou moral, através de sanção. Diante dessa sanção, o ofensor deverá repor, ou, sendo impossível a reposição, deverá indenizar proporcionalmente ao dano, visando um equilíbrio social.

Entre a tradicional doutrina, define Pereira (1997, p. 11):

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

³ Essa época ficou conhecida como período de Talião, em que o castigo servia como punição pela violência praticada contra outrem. Cumpre assinalar que a violência da repressão poderia ser igual ou até maior do que anterior. A Lei de Talião – expressa na máxima “olho por olho, dente por dente” – foi repetida pelo Código de Hammurabi, na Mesopotâmia antiga, no início do segundo milênio antes de Cristo, havendo a perpetuação da ideia de vingança privada (TARTUCE, 2018, p.25).

Apesar de haver grandes divergências doutrinárias, hoje a responsabilidade civil adota uma divisão dualista entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual.

Nesse passo, Cavalieri filho (2012, p. 16) diz:

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Diante dessa dicotomia, existe uma corrente doutrinária que prima pela superação desse modelo dualista, passando a adotar um modelo monista. Sobre o assunto, Fernando Noronha *apud* Tartuce (2018, p. 47) diz que “a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete ‘um tempo do passado’, uma vez que os princípios e os regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente idênticos.

De igual relevância, merece destaque a diferenciação entre responsabilidade e obrigação, cujo pensamento de Gonçalves (2012, p. 22) é que:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação está de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação”. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

Portanto, expõe-se a responsabilidade civil como instituto que visa garantir a compensação à vítima do dano, gerando uma obrigação para o causador do dano através de mecanismo sancionatório, além de haver um caráter preventivo, que objetiva o equilíbrio social, como aparato do Estado intervindo nas relações privadas, buscando justiça à quem dela faz jus.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Além da diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, também a responsabilidade civil é dividida pela doutrina em subjetiva e objetiva, que em síntese, varia em razão do pressuposto culpa. A concepção de culpa está intrinsecamente ligada a responsabilidade. É óbvio pois, ninguém poderá ser constrangido a ser responsável, se agiu de modo diligente.

Como ensina Diniz (2004, p. 56):

A ação, fato gerador da responsabilidade civil, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade civil decorrente do ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade em culpa funda-se no risco, que vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar.

Como bem pontua Tartuce (2018, p. 171):

[...]a conduta humana pode ser causada por uma ação – conduta positiva –, ou omissão – conduta negativa –, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo em tais atos, trata-se de um fato jurígeno.

Cavaliere Filho (2012, p. 19), define como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva “[...] primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda um elemento causal/material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”, em outras palavras, a culpa é pressuposto determinante da responsabilidade subjetiva.

Todavia, a exceção quanto ao pressuposto culpa é a chamada responsabilidade civil objetiva, que segundo corrente doutrinária, é aquela que independe de culpa. O dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que surja o dever de indenizar. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Comenta Gonçalves (2012, p. 48):

A lei impõe, entretanto, há certas pessoas, em determinadas situações a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Conforme pensamento de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 1080):

[...] há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém alguma tipo de relação jurídica. Nesses casos, trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.

No que se refere ao elemento culpa em questão processual diferenciação entre responsabilidade civil subjetiva para a responsabilidade civil objetiva, na subjetiva o magistrado deverá manifestar-se de ofício sobre o ônus da prova, sendo que na responsabilidade objetiva a mesma só será interpelada por iniciativa do réu, citando como exemplo os casos de culpa exclusiva da vítima, caso esse que haverá uma ruptura no nexo causal. Ainda sob a ótica de Gagliano e Pamplona filho (2017, p. 1081):

A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, pois, na responsabilidade civil subjetiva (seja de culpa provada ou de culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade civil objetiva.

Desponta das lições acima transcritas que a doutrina civilista clássica nutria exagerada preocupação a respeito da natureza jurídica do elemento culpa. Contudo, a doutrina civilista moderna já preceitua que o sistema pátrio de responsabilidade civil é o misto, ou seja, há tantas regras de casos de responsabilidade objetiva que esta modalidade não se mostra mais uma exceção.

Fato é que, entre o a conduta e o dano, deve haver o nexos de causalidade em ambas as modalidades de responsabilidade, sendo que há a obrigação do causador do dano indenizar a vítima, quer seja com culpa, quer seja sem culpa, desde que observados os parâmetros legais.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil como instituto jurídico que rege as relações privadas, está positivado em cláusulas gerais no Código Civil (STOCO, 2013), servindo de parâmetro a todas as outras normas que tenham por objeto a responsabilidade civil.

Sobre essas cláusulas gerais, Stoco (2013, p. 156) diz que:

Mas a máxima de sabedoria expressa na *neminem laedere* encontra posituação em norma não pragmática mas emblemática, constante do Art. 186 do CC/2002 (como sempre defendeu o inesquecível Miguel Reale) que conceitua o ato ilícito e estabelece o arcabouço sistêmico de responsabilidade civil.

Nele se encontra a definição do ato ilícito como a ação ou omissão voluntária do sujeito que atua com negligência ou imprudência, violadoras de direito e causadoras de dano, conectando-se direta e intimamente com o Art. 927, que impõe ao autor desse ato ilícito a obrigação de reparar o dano nele referido.

São cláusulas gerais e não tipológicas ou fechadas, servindo ao Direito como um todo, assumindo multi-formas, ganhando sentido polissêmico, regendo os mais diversos comportamentos não permitidos-seja através de ação ou omissão-, e assegurando necessária longevidade.

Para fins de didáticos, faz-se necessário a transcrição do art.186 do Código Civil. É a transcrição: **“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”** (Grifo meu). Referido artigo é a cláusula que norteia a responsabilidade civil subjetiva decorrente de ato ilícito.

Diante de análise do artigo supracitado, Cavalieri Filho (2012, p. 19) faz menção sobre os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, que são:

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia’;
- b) nexos causal, que vem expresso no verbo causar; e

c) dano, revelado nas expressões violar o direito ou causar dano a outrem.

Ademais, o trecho que destaca o “dano exclusivamente moral”, assegura reparação por dano, ainda que não seja material, mas que viole a intimidade, honra e imagem da vítima, em consonância com texto magno do Art. 5º, V e X, da Constituição Federal (CF).

Outra cláusula geral do Código Civil é o art. 927, parágrafo único, que serve de diretriz para a responsabilidade civil objetiva, a teoria da atividade perigosa (STOCO, 2013).

Para fins didáticos faz-se necessária a transcrição do art. 927, parágrafo único. É a transcrição:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Grifo meu)

A respeito, Jurandir Sebastião *apud* Stoco (2013, p. 168) assim chancela:

[...] o parágrafo único do art.927 do CC/2002 estabelece responsabilidade objetiva, pontualmente, para duas situações: a) quando houver previsão legal expressa; b) nas atividades que envolvam riscos para o direito de outrem. E observou: ‘Se para a primeira situação não há dúvida, porque a lei especificará a hipótese e a incidência, na segunda a previsão genérica deixa em aberto o campo de incidência, já que não define o que é *atividade de risco*, nem orienta sua interpretação. Isso significa conceito jurídico indeterminado, ou aberto, o que exige, para o julgamento, exame detido do caso de fato.

Ainda, sobre a teoria do risco, Kfourir Neto (2010, p. 90) afirma que “a adoção dessa teoria é uma resposta às desigualdades econômicas, às diferenças da capacidade organizacional, ao anseio pelo alargamento da responsabilidade”. Ressalta-se que, no Brasil, a responsabilidade civil objetiva está adstrita as circunstâncias previstas em lei.

Ademais, além das cláusulas gerais, a disposição material sobre o tema “responsabilidade civil” está codificada, da seguinte forma: a) arts. 186, 187 e 188, Parte Geral; b) arts. 927 a 954, parte especial; c) arts. 389 a 420, que tratam da responsabilidade contratual.

Outrossim, a responsabilidade civil está também prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/1990), concentrando-a no produto e no serviço (TARUCE, 2018).

Frisa-se que, a responsabilidade civil consumerista adotou como regra a responsabilidade objetiva, sendo a responsabilidade subjetiva a exceção. Como afirmam Tartuce e Neves (2016, p. 90):

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça [...].

Deve ficar bem claro que, como a responsabilidade objetiva consumerista é especificada em lei, não se debate a existência ou não de uma atividade de risco, nos termos da segunda parte do comando, que consagra a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva. Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Desta forma, a responsabilidade civil objetiva consumerista vai incidir sobre os fornecedores de produtos e os prestadores de serviço, previstos nos arts.12, 14, 18, 19 e 20 do CDC, de sorte que a responsabilidade civil subjetiva vai incidir sobre os profissionais liberais, previsto no art. 14, §4º, do CDC, visto que esses profissionais somente serão responsáveis por dano mediante a verificação de culpa.

3 A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

3.1 A NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente, aspecto que deve ser considerado no presente estudo, é a relação profissional, na qual, o médico é um prestador de serviços e o paciente considerado consumidor, tendo em vista que o profissional médico sempre teve um papel de destaque na sociedade, estabeleciam vínculos profundos com as famílias dos pacientes, tornando-se amigos da família, quase membros do ambiente familiar. Desse modo, dificilmente um profissional médico responderia uma demanda judicial por eventuais danos.

Nesse sentido, França (2014, p. 244) afirma que “o laço paternal que existia entre as famílias e os médicos de cabeceira transforma-se pouco a pouco numa relação quase impessoal, principalmente nas grandes cidades”.

Segundo observa Lopes (2020) “hoje temos um estranho avaliando outro estranho, em apenas alguns minutos de curto diálogo, provavelmente nunca mais se encontrarão”. As mudanças ocorridas nas relações entre médico e paciente, resultou no crescente número de processos judiciais, visando a reparação por parte do paciente um dano sofrido resultante de um erro médico.

A relação estabelecida entre o médico e seu paciente é *sui generis*. Um paciente, via de regra, procura um médico pretendendo acabar com um mal que lhe aflige, seja o acometimento de uma doença, uma dor, um desconforto em relação à sua saúde, ou mesmo para a prevenção de tais males.

Certamente haverá um primeiro contato, que será um dos ou o mais importante momento da relação. Momento em que deverá haver reciprocidade entre as partes. Segundo Moraes (1991, p. 11):

O médico não poderá frustrar nunca as esperanças que o paciente deposita nele. Nesse ponto está a chave do êxito. O médico não pode criar expectativa maior do que aquela que o doente pode ter. Ele deve transmitir esperança sem criar ilusão. Esse equilíbrio é o contingente de arte no exercer a profissão. Na dosagem certa do que falar e do que não falar está a habilidade do médico

Durante o primeiro contato, antes do início do tratamento, o médico deverá ouvir e examinar o paciente, onde, diante de uma relação de confiança, o paciente deverá explicitar informações precisas ao médico, sobre o que está sentindo, sem omissões ou adições, que possam influenciar no diagnóstico à ser realizado.

Neste passo, deve-se observar o Código de Ética Médica, no Capítulo I, inciso II, que dispõe “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. Tal inciso é tratado como um dos princípios fundamentais do Código de Ética Médica, e a partir desses princípios estão elencados os deveres do médico, e, conseqüentemente os direitos do paciente.

Sequencialmente, de acordo com as informações prestadas pelo paciente e após a realização de exames complementares, destaca Kfoury Neto (2001) que incumbe ao médico aplicar todo o seu conhecimento e esforço, fazendo uso dos meios de que dispõe, para obter a cura, valendo-se da prudência e dedicação exigíveis.

Na relação médico e paciente a obrigação contratual entre eles é caracterizada como obrigação de meio e não de resultado. Assim, ressalta França (2014, p. 270):

A obrigação do médico é de meio porque o objeto de seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se compromete empregar todos os recursos ao seu alcance, sem no entanto, poder garantir sempre um sucesso. Só pode ser considerado culpado se ele procedeu sem os devidos cuidados, agindo com insensatez, descaso, impulsividade ou falta de observância às regras técnicas. Não poderá ser culpado se chegar a conclusão de que todo empenho foi inútil em face da inexorabilidade do caso, quando o especialista agiu de acordo com a “lei da arte”, ou seja, se os meios empregados eram de uso atual e sem contraindicações. Punir-se, em tais circunstâncias, alegando obstinadamente uma “obrigação de resultado” não seria apenas um absurdo. Seria uma injustiça.

No mesmo sentido, Tavararo (2015, p.69) diz que:

A atividade médica é de meios, consistindo em prover o cuidado e o atendimento do paciente, com o objetivo de melhorar seu estado de saúde, ressalvadas algumas exceções, como as cirurgias plásticas de fins meramente estéticos, em que se espera o resultado.

A obrigação de resultado nas relações entre médico e paciente verifica-se nas intervenções cirúrgicas embelezadoras, as cirurgias plásticas. Farias e Rosenvald (2015, p. 292) dizem que:

Enquanto na maioria das especialidades médicas (v.g., cirurgia geral, cardiologia, medicina intensiva), a responsabilidade do médico é circunscrita ao dever geral de diligência, agindo conforme o estágio atual de desenvolvimento da técnica, na cirurgia plástica, desprovida de finalidade terapêutica, surge a obrigação de resultado.

Nesse caso, a obrigação será de resultado tendo em vista que o paciente busca uma intervenção cirúrgica, não por estar doente, mas por acreditar que algum defeito ou insatisfação com seu corpo, pode ser reparado, e por óbvio, o paciente não pode obter um resultado pior do que era.

Em linhas gerais, a obrigação de meios se perfaz quando a própria prestação de exige única e exclusivamente do devedor a aplicação de determinado meio, sem garantir assim, um resultado. Por outro enfoque, a obrigação de resultado se perfaz quando o devedor atinge o objetivo acordado, sendo que do não cumprimento da obrigação, ocorrerá o inadimplemento do contrato por parte do devedor.

Ainda, quanto a diferença entre os dois tipos de obrigação, René Demogue *apud* Stoco (2013, p. 229), criou a “teoria do resultado”, na qual a “[...] a distinção está no estabelecer a quem incumbe o ônus da prova quando essa obrigação for de meio ou quando for de resultado”.

Outrossim, a aplicação da “teoria do resultado” é verificada na responsabilidade civil dos profissionais liberais, considerando que o CDC, no art. 14, § 4º, reiterou a responsabilidade desses profissionais como subjetiva, mediante a verificação de culpa, visto que o credor (paciente) deverá provar a conduta que resultou no dano, ou seja, que o devedor (médico) não atuou com atenção e zelo esperados, única exceção em relação a responsabilidade civil objetiva dos demais prestadores de serviços.

Observa-se ser majoritário o posicionamento doutrinário em relação a natureza contratual da relação médico e paciente, restando a análise do caso concreto quando se fala em reparação de danos causados por médicos.

3.2 DA CULPA MÉDICA

Os pacientes que procuram auxílio médico depositam toda sua confiança nesse profissional, conferindo-lhes informações das mais íntimas, sobre sua saúde e seu corpo. A confiança depositada necessita de reciprocidade, pois o objeto a ser discutido com o médico é de valor imensurável, a saúde. Via de regra, jamais um profissional médico se sujeitará a

cometer um erro, causando prejuízo a outro ser humano propositalmente. Nesse sentido, Kfoury Neto (2001, p. 69) sustenta que:

O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem.

Dada a natureza da atividade médica, na qual o bem tutelado é a vida do ser humano, é uma atividade de risco por si só. A falta de investimentos, as estruturas precárias do Sistema Único de Saúde do Brasil, a má capacitação de alguns profissionais⁴, entre outros fatores, podem influenciar em determinados erros médicos. No artigo 32 do Código de Ética Médica dispõe que é dever do médico utilizar de todos os meios necessários disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente. Também, o Código de Ética Médica, no capítulo I, intitulado “Princípios Fundamentais” inciso II, dispõe que “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Não obstante, Cavalieri Filho (2012, p. 401) diz que “algumas profissões, pelos riscos que representam para a sociedade estão sujeitas a disciplina especial”, e, nesse sentido, a atividade médica necessita de tal disciplina.

Para tanto, deve-se observar que a responsabilidade civil do médico será verificada mediante a verificação da culpa, conforme afirma Kfoury Neto (2013, p. 95) “não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa”.

Nesse sentido, Romanello Neto (1998, p.30) conceitua a culpa médica como “ação ou omissão, imprudente, imperita ou negligente do facultativo, causadora de um prejuízo material e/ou moral ao seu paciente”

Ademais, o fato constitutivo de direito do paciente requer comprovação, afinal, cabe ao autor provar o que está sendo alegado⁵, ainda, as provas que o autor pretende demonstrar devem estar presentes na petição inicial⁶. Outrossim, a apuração da responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante a verificação de culpa, com previsão no artigo 14, §4º do CDC, e, sendo a prova da conduta médica que causou prejuízo ao paciente estritamente

⁴ MEDICINA, Conselho Federal de. Código de Ética Médica. Capítulo I, V-Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 01/10/2020

⁵ Art. 373, I, da Lei 13.105/2015: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

⁶ Art. 319, da Lei 13.105/2015: A petição inicial indicará: VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

técnica, constatada através de perícia (realizada por outro médico), poderá haver a inversão do ônus da prova, que trata o artigo 373, §1º do Código de Processo Civil (CPC), referindo-se ao artigo 6º, III do CDC, necessária pela hipossuficiência do paciente.

Ocorre que, há dificuldade probatória pericial em se tratando de erro médico, haja vista que, existe o corporativismo da classe médica para evitar que tal classe seja exposta ou denegrida perante a sociedade, e relativizar o custo social de um erro médico (MORAES, 1991), tal união é denominada como *spirit de corps* (DIAS, 1994) que domina as perícias e frustra todo o intento de chegar a apuração da verdade.

Sobre o tema, Miguel Kfourri Neto (2002, p. 74) assevera que:

A prova da ação culposa do médico é demasiadamente complexa. Dos obstáculos que se antepõe a verificação da culpa, na atividade médica, o principal é, mesmo, essa relativa solidariedade que existe entre os médicos. Os profissionais da saúde unem-se em torno de um pensamento comum: nunca pretenderam errar.

Além disso, os julgadores só recorrem a uma prova pericial para chegar a uma conclusão, visto que não são especialistas em conhecimentos médicos, ao contrário, não sujeitariam tal prova ao processo sabendo desse “espírito solidário” da classe médica. Ainda sobre o tema, Irany Novah Moraes *apud* Salamacha (2005, p. 102) discorre:

Salienta-se que, sendo o perito igualmente médico, as suspeitas de corporativismo tendem a ganhar dimensão desfavorável à parte autora, Moraes afirma que o espírito de corpo existe e deve existir, contudo, jamais para acobertar profissionais omissos, negligentes, imperitos e imprudentes. Ao contrário, o corporativismo está para fortalecer o médico idôneo, competente, dedicado, bem como a classe médica, recolocando o profissional em seu lugar na sociedade. Afinal, a classe médica somente reconquistará sua posição se souber selecionar seus pares, isto é, sem acobertar os erros faltosos que nivelam por baixo todo um grupo.

Ademais, o Código de Ética Médica⁷, veda ao médico deixar de assumir a responsabilidade por ato profissional que tenha indicado ou participado, ainda que consentido pelo paciente ou responsável, o que seria perfeitamente aceitável e célere na apuração da culpa médica.

3.3 DA ANUÊNCIA DA VÍTIMA COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE- UM OLHAR SOBRE A SITUAÇÃO DO LESADO

O nível de confiabilidade que o paciente deposita no médico é evidente, ao ponto de submeter-se a seguir suas recomendações, receitas médicas, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, entre tantas outras atividades ligadas a tal profissional, entretanto, não se pode falar em consentimento tácito.

⁷ Art. 3º. Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente

Nesse aspecto, essa confiabilidade é algo intrínseco, visto que o paciente presume sua capacitação, para estar na qualidade de médico. Em contrapartida, o médico, sabendo da incapacidade técnica de seus pacientes, que via de regra, são leigos, tem o dever de informar, esclarecer e obter consentimento do paciente ⁸, salvo em casos de extrema necessidade ou, que por algum motivo o paciente não possa manifestar sua vontade, casos de vida ou morte, aí prevalecerá a vontade do médico.

Sobre o tema, Romanello Neto (1998) classifica como consentimento “a manifestação de vontade, séria e definitiva, pela qual a pessoa, concordando com os desejos de outra, vincula-se a uma obrigação ou obrigações que serão objeto do ato jurídico, ou do contrato entre elas”

Ademais, o Código de Ética Médica, no capítulo que refere-se à relação entre o médico e o paciente e seus familiares, adverte ser vedado ao médico desrespeitar a vontade do paciente sobre questões que versem sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas⁹, ou ainda, alertá-lo sobre possíveis riscos que o tratamento possa oferecer¹⁰.

Dias afirma (1994, p. 259) que “o consentimento do paciente libera o médico de responsabilidade, ficou visto. Mas há casos em que não pode o médico invocá-lo”, principalmente quando se fala em diagnóstico, haja vista que o paciente deve estar bem informado acerca, isento de dúvidas.

Para França (2014, p. 273):

A informação é um pressuposto ou requisito prévio do consentimento. É necessário que o paciente dê o seu consentimento sempre de forma livre e consciente e as informações sejam acessíveis aos seus conhecimentos. Para que esse consentimento seja juridicamente válido, ele deve ser dado por alguém capaz e as informações isentas de vícios.

Para Gonçalves (2012, p. 260):

O dever de informar, previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto ou serviço. Esse princípio é detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas sobre os serviços, “bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

Com base nessas informações, o paciente dá o seu consentimento (ou não) de submeter-se a um tratamento médico. A autonomia e a soberania nesse momento é do paciente, de acordo com o texto do art. 15 do Código Civil que diz que “**ninguém pode ser constrangido**

⁸ Art.22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte

⁹ Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

¹⁰ Art. 32 Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. (Grifo meu)

Fato é que, não se pode afirmar, categoricamente, que o consentimento do paciente seja excludente de responsabilidade. Para França (2014, p. 277), o “consentimento esclarecido não suprime, nem ameniza a culpa médica por negligência ou imprudência”, ou seja, a diligência nos cuidados médicos ainda é necessária. A ocasional anuência prévia por parte do paciente não afasta a responsabilidade do médico, tampouco a recusa do paciente a sujeição a tratamento emergencial, quando há risco de morte, exonera o dever de zelo e diligência esperado pelo médico.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR

Após análise sobre a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal de acordo com o art. 14, § 4º, do CDC, alguns pontos devem estar claros. A doutrina clássica somente admite tal responsabilidade mediante a verificação de culpa (responsabilidade subjetiva), que será apurada conforme o grau maior ou menor referente a previsibilidade do dano, desde que o médico tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia (culpa *stricto sensu*).

Outrossim, a natureza da responsabilidade médica é contratual, sendo que sua obrigação é de meios, devendo aplicar todo seu empenho, conhecimento e diligência para chegar a um resultado, portanto, a reparação decorrente da responsabilidade civil médica vai incidir na forma como o médico agiu para com o paciente, não podendo sua culpa ser presumida por não alcançar o resultado esperado. Kfoury Neto (2013, p. 84) diz que “o médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão”.

O médico não pode garantir um resultado (cura), pois, ainda que haja com toda prudência esperada, outros fatores podem influenciar no tratamento realizado em cada paciente. A (in)disponibilidade de recursos, alguma anomalia específica do paciente, a rejeição do organismo do paciente ao uso de determinado medicamento, enfim, algo que vai além do alcance do médico. Por tais razões, não pode alegar que o mero insucesso no resultado seja passível de responsabilidade do médico

Sebastião (1998, p. 29) diz que:

No exercício da Medicina (como todas as suas especialidades, inclusive a dentária), no vasto conceito de “arte de curar”, os resultados adversos ocorridos não definem nem responsabilizam o médico, desde que tenha se empenhado o quanto possível, de acordo com as técnicas consensualmente aceitas e conforme as circunstâncias de urgência e de local.

O que deverá ser observado é a falta de comprometimento do médico. Nessa perspectiva, França (2014, p. 103), diz que:

Haverá inadimplência se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente e, se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da prática.

Conseqüentemente, a apuração dos limites da má prática do médico vai acentuar ou atenuar o *quantum* indenizatório, visto que o intuito da indenização moral jamais poderá ser meio de locupletamento da vítima, tampouco a devastação do ofensor, mas que haja um equilíbrio, sendo o juiz prudente ao fixar o valor compensatório.

Ocorre que, é prática comum de médicos que atendem pacientes nas dependências de hospitais e clínicas alheios. Um tratamento médico dificilmente é realizado na sua integralidade nas dependências do consultório médico, sendo necessários serviços auxiliares, como exames clínicos laboratoriais, locação de centro cirúrgico e equipamentos, serviços de enfermagem e hospedagem (internação).

Ante ao exposto, indaga-se, é possível a responsabilidade solidaria entre o médico e o hospital? É possível o paciente exigir a execução integral da responsabilidade somente de um ou de outro? Veja-se, pois, a responsabilidade solidária decorre da possibilidade do credor exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos os devedores coobrigados concomitantemente, existindo a possibilidade do direito de regresso por parte de quem pagou, em face dos demais.

Na esfera da responsabilidade civil dos profissionais da saúde o assunto revela-se de suma importância, visto que há algumas peculiaridades em relação a solidariedade passiva, que variam de acordo com a relação que o profissional médico tem com o hospital ou clínica. Cuida-se necessária a menção do arts. 932, III, do Código Civil, 25 e 34 do CDC e a súmula nº. 341 do Supremo Tribunal Federal (STF), que tratam da responsabilidade solidária.

Com efeito, anota Kfoury Neto (2010, p. 103) “se o médico for empregado do hospital -ou sócio-cotista, ou integrante do corpo clínico-, o estabelecimento será solidariamente responsável pelos atos culposos de seu prepostos”, ou seja caso haja um vínculo entre médico e hospital por alguma forma de preposição, e acrescenta “o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara”.

Ao contrário disso, quando não há vínculo entre médico e hospital, a não ser a utilização das dependências do estabelecimento, o médico será exclusivamente responsável por seus atos, e o hospital por sua prestação de serviços. É o que defende Kfoury Neto (2010, p.

110) “basicamente, o médico responderá pelos danos ocasionados em decorrência de sua própria atuação; pela atuação dos funcionários, ou pela falha de algum equipamento, responderá o estabelecimento.”

Por derradeiro, quanto a atuação do médico que presta serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS), União, Estados, Distrito Federal e municípios, em hospital público, aplica-se o art.37, § 6º da CF e o art. 43 do Código Civil, na qual as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis por danos causados pelos sus agentes a terceiros, ou seja, responsabilidade objetiva, respaldada na teoria do risco administrativo, dispensando assim a comprovação de culpa.

4.2 ERRO DE DIAGNÓSTICO

O diagnóstico é um momento crucial entre a relação médico e paciente, pois através do diagnóstico é que o médico vai eleger os passos seguintes para o tratamento do paciente. O diagnóstico é a avaliação de um médico em relação a uma doença ou condição física ou mental com base nos sintomas observados. Muitas vezes o médico trabalha por exclusão de hipóteses, seguindo uma hierarquia de diagnósticos, iniciando do mais leve, ao mais grave, até chegar a uma conclusão. Segundo Moraes (1991, p. 65) “o diagnóstico clínico é feito pelo médico considerando todas as manifestações da doença, levando em conta as alterações fisiológicas decorrentes da localização da lesão e por ilação do processo patológico e sua etiologia”. Diante disso, pode-se concluir que, se um médico se defrontar com quadro clínico que distanciar-se de sua cognição, este deve encaminhar a outro médico mais conhecedor do assunto, evidenciando negligência ou imperícia, continuar assistindo o paciente nessas condições.

Após a coleta dos dados fornecidos pelo paciente sobre aquilo que o acomete (partindo do princípio da boa-fé), o médico inicia um complexo exercício intelectual, utilizando-se de seu conhecimento técnico, que levarão em conta as peculiaridades de cada paciente, como sexo, idade, consumo de álcool e drogas, sedentarismo, hereditariedade, obesidade, histórico de saúde, entre outros fatores que possam influenciar no seu raciocínio clínico. Além disso, usa de apreciação e interpretação pertinente dos sintomas da doença, utilização de todos os meios ao seu alcance, quais são exames laboratoriais, radiografias, exames complementares específicos, sempre apoiado no avanço tecnológico para chegar a um diagnóstico. Romanelo Neto (1998, p. 36) discorre que “o prognóstico, fase final do diagnóstico, deve ser preciso, a fim de evitar ansiedade e traumas ao paciente”. O prognóstico é o parecer realizado pelo médico, baseado necessariamente no diagnóstico médico e nas possibilidades terapêuticas, segundo o estado da

arte, acerca da duração, da evolução eventual termo de uma doença ou quadro clínico sob seu cuidado e orientação. Um prognóstico confuso bastaria para a configuração de um dano moral.

Schaefer (2002, p. 66) observa:

Pode-se então dividir o erro de diagnóstico em evitável e inevitável. Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves; portanto não são puníveis.

Destarte, o diagnóstico não é um resultado matemático, sendo injusto responsabilizar um médico meramente por ter se equivocado quanto a um diagnóstico, mesmo agindo com a diligência esperada. Moraes (1991, p. 68) diz que “é consenso entre os médicos que se pode errar no diagnóstico, mas não a conduta”. Portanto, não se pune o erro de diagnóstico, mas sim a (má) conduta diagnóstica, que venha a causar um dano.

Sobre o tema, Kfoury Neto (2013, p. 102):

Questão relevante cinge-se à concretização de exames complementares, a fim de orientar o diagnóstico, tornando-o o mais possível e exato. Paciente pobre, internado pela Previdência em hospital público, necessita de exame ultrassonográfico (ou tomografia computadorizada, ou ressonância magnética), para que seu médico assistente possa estabelecer juízo de certeza diagnóstica. Não existem, entretanto, condições materiais para a realização do ultrassom. Como os elementos de que dispõe, o médico comete erro de avaliação diagnóstica e o paciente morre, conseqüentemente ao indevido tratamento que lhe foi dispensado. A questão deverá ser deslindada pela regra-geral: se, naquelas circunstâncias, com os meios de que dispunha, o profissional não se desviou crassamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa e, por conseguinte, estará arredado o dever de indenizar. O contrário ocorrerá, por óbvio, se o médico não utilizou todos os recursos à sua disposição, para elevar o grau de certeza diagnóstica.

Conveniente citar exemplo de erro de diagnóstico escusável, no qual o médico agiu de maneira adequada para a situação, porém, realizou diagnóstico tardio, sendo escusável dado a atipicidade dos sintomas clássicos de apendicite apresentados pela paciente, adolescente, grávida, que veio a falecer. (TJPR-8ª C.Cível-0044989-24.2010.8.16.0001-- Curitiba-Rel.: Juiz Ademir Ribeiro Richter- J. 08.09.2020)

Desse modo, para que haja uma indenização ao paciente, caberá ao juiz a análise da culpa do médico na conduta diagnóstica, se realmente agiu com o cuidado exigível ou se foi negligente, imprudente ou imperito. Sousa (2016, p. 89) ressalta que “[..] ainda que haja dano provocado por erro de diagnóstico, é necessário que o erro seja inescusável para fazer o surgir o dever de indenizar”.

Entrementes, há que se destacar que o erro médico, no tocante ao diagnóstico, pode-se dividir em erro de diagnóstico, erro de procedimento, nessa toada, Stoco (2013, p. 723), destaca:

O diagnóstico equivocado, destoante da realidade do paciente, evidentemente irá prejudicar e direcionar equivocadamente o procedimento ou tratamento que, embora executado com correção, não produzirá o efeito desejado por vício de origem ou erro antecedente.

Todavia é possível que, mesmo que o diagnóstico esteja correto e o profissional tenha identificado o mal de que padece a pessoa, o procedimento escolhido, ou seja, o tratamento em si preconizado, a intervenção invasiva (ex: retirar o seio da mulher ou apenas fazer quimioterapia ou radioterapia) ou a medicação prescrita não seja a mais adequada ou correta nas circunstâncias. Ter-se-á então o erro de procedimento.

Nessa lógica, para que surja o dever de indenizar é primordial que exista um dano causado por um erro de diagnóstico inescusável, também, imprescindível que entre o erro de diagnóstico e o dano haja o nexo causalidade.

Sousa (2016, p. 95) completa:

[...] o erro de diagnóstico pode ser escusável ou inescusável. No primeiro caso, está-se diante de situação em que o profissional tomou todas as cautelas exigidas. Ainda assim, o diagnóstico apresentou falhas, por motivos alheios à sua vontade. Naquela circunstância, qualquer outro médico, na mesma situação, agiria de maneira idêntica. Por outro lado, o erro de diagnóstico inescusável é aquele que seria evitado, se o médico tivesse feito uso da diligência necessária e empregado os meios adequados colocados à sua disposição.

A propósito, explana-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que trata de erro de diagnóstico inescusável, no qual a paciente, após realização de exame ultrassonográfico é informada de gestação gemelar, porém, no dia do parto descobre-se que havia apenas um nascituro. Nesse caso, a obrigação é de resultado, e o diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3º do CDC). (AgRg no Ag 744.181/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 26/11/2008).

A responsabilidade civil advinda de um erro de diagnóstico, demonstra-se uma tarefa árdua ao judiciário, tendo em vista que se aprofunda em esfera rigorosamente técnica, pois, não se pode pressupor absolutamente que o médico não pode errar, o que se exige é cautela e zelo por parte da classe médica.

4.3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA

Advinda do direito francês (CAVALIERI FILHO, 2012), a teoria da perda de uma chance tem ganhado espaço na jurisprudência brasileira nas mais diversas áreas do Direito

como forma de indenização em casos que o ato ilícito não produz um dano imediato, mas que extrai da vítima uma oportunidade de atingir uma condição futura favorável.

Cavaliere Filho (2012, p. 81):

Caracteriza-se perda essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um emprego melhor, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

A teoria da perda de uma chance, tem alcançado vários adeptos, justamente em razão de poder incidir sobre qualquer matéria, entretanto, importante frisar que a chance perdida carecerá ter ao menos uma probabilidade favorável plausível para que seja indenizável, não bastando apenas a simples suposição hipotética de vantagem que pudesse surgir ao acaso.

Nesse caminho, a teoria da perda de uma chance pode ser arguida para buscar uma reparação em razão da perda de uma chance de cura em consequência de um erro de diagnóstico, desde que a possibilidade da vítima de alcançar a cura ou que a chance de sobrevivida tenha sido subtraída de forma real.

Farias e Rosenvald (2015, p. 535) argumentam:

Cuida-se de situação de certa forma corriqueira na área da saúde, quando é perdida a chance de se interromper um processo patológico em curso, por um erro de diagnóstico ou de tratamento que seria capaz de produzir a obtenção da cura de um paciente, ou ao menos uma sobrevivida.

A dificuldade maior é estabelecer qual o grau real da perda, qual foi o dano efetivo, tornando-se necessário que o dano seja ponderado através de uma estimativa de probabilidade, mas, salienta-se que a fixação do *quantum* indenizatório não será integral, considerado que a indenização alcançará apenas a chance perdida, e não o prejuízo final.

Com feito, Jorge Gamarra *apud* Stoco (2012, p. 771) exemplifica:

Quando o paciente é examinado pela primeira vez pelo médico, este fracassa em diagnosticar um tumor; se houvesse sido detectado nesse momento, o paciente teria 39% de chances de sobreviver cinco anos; quando o tumor foi descoberto e tratado, sua chance de sobreviver por mais de cinco anos era somente de 25%; o dano estava representado pela redução da chance em 14%; aqui encontramos a quantificação percentual do dano em função do valor da chance perdida, que é clássica- todavia nada impede que os juízes recorram também a uma liquidação por equidade.

No entanto, a ciência médica não é uma operação matemática, da qual pode-se ter uma certeza quanto às percentuais chances exatas que o paciente teria em obter um resultado mais favorável, ademais, o juiz não tem conhecimento técnico para poder realizar esse tipo “cálculo”. Nesse juízo, a jurisprudência brasileira tem adotado a chance como um bem autônomo, que terá

fixação da indenização do dano de acordo com uma proporção razoável em relação ao bem que foi perdido.

É a jurisprudência:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima veio a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não por falha no tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. [...] (REsp 1254141/ PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013).

A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em decorrência de um erro de diagnóstico dependerá de alguns fatores, partindo da noção de que nem todo erro de diagnóstico será indenizável, somente será quando houver um dano, e que esse dano esteja diretamente ligado a conduta diagnóstica, subtraindo as chances do paciente, seguida de um composto de erros cometidos pelo médico.

É o que defende Kfoury Neto *apud* Stoco (2013, p. 771):

O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável. Há sintomas inespecíficos, que mascaram determinadas doenças. Por isso, o médico só responderá por falhas de conduta diagnóstica-o modo de proceder à investigação dos sintomas patognomônicos-ou quando grosseira sua falha de diagnosticar (descurar sintoma evidente e, inconfundível, que outro médico, em seu lugar jamais ignoraria). Inexiste dúvida, por conseguinte que a perda de uma chance contempla casos singulares de culpa médica-quase sempre levíssima ou leve. Também aqui se encontra, por conseguinte, terreno apropriado à incidência da redução da indenização, por equidade, na forma do art. 944, parágrafo único do novo Código Civil.

Em verdade, é entendimento harmônico doutrinário que o nexo de causalidade é pressuposto essencial tanto na responsabilidade civil objetiva, quanto na subjetiva, portanto cuida-se imprescindível que haja nexo de causalidade entre a conduta do agente e o fato danoso, pois sem o nexo de causalidade não há responsabilidade. Não demonstrada a correlação entre o autor da ação e o resultado, esse, não poderá ser responsabilizado.

Nessa vereda, Jean Penneau *apud* Kfoury Neto (2013, p. 75) diz que “já não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido”.

Também, Joaquim Ataz Lopes *apud* Kfoury Neto (2013, p. 75) comenta:

Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e, em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano.

Demonstrada a causalidade jurídica, haverá a responsabilização do médico. Via de regra, a conduta omissiva do médico não causa dano efetivo ao paciente, mas pode lhe cercear, ao menos, uma possibilidade, aí haverá a possibilidade de reparação por perda de uma chance, diferente de um erro causado diretamente pela ação do médico, devido a um equívoco, nesse caso haverá um dano, mas não se pode falar em perda de uma chance.

Não há de se olvidar que a aplicabilidade da teoria de uma perda de chance de cura ou de sobrevivência é de difícil apreciação, visto que a carga probatória recai, em regra, ao paciente, que terá o custoso trabalho de comprovar a existência do nexo causal entre o dano e a conduta, ainda que omissiva, do médico, ou ainda, em casos de inversão de ônus da prova, o médico deverá provar que sua atuação não teve relação com a evolução clínica natural do paciente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutir a responsabilidade civil do médico em consequência de um erro de diagnóstico e a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, é adentrar em um assunto relativamente novo e que tem ganhado espaço na jurisprudência brasileira timidamente.

De fato, é possível que o médico responda civilmente por uma conduta comissiva, caracterizando a chance perdida como bem autônomo, sem guardar qualquer relação com o dano final, garantindo uma indenização sempre inferior ao montante almejado em relação ao bem jurídico lesado, caso não tivesse o cerceamento da chance.

A teoria da perda de uma chance encontra campo abundante nos casos de erro de diagnóstico médico, que, especificamente, é uma obrigação de meios. A não obtenção de um resultado esperado por negligência, imprudência ou imperícia na conduta diagnóstica não dará ao paciente todas as chances de cura, que teria caso o diagnóstico fosse correto.

Assim sendo, o *quantum* indenizatório por perda de uma chance será a título de dano moral, pelo fato do erro de diagnóstico impossibilitar uma oportunidade de cura ou sobrevida.

Fato é que, é tarefa árdua para os sujeitos participantes de uma ação por perda de uma chance de cura ou sobrevida, de modo que é difícil para a vítima provar que o dano foi causado pelo diagnóstico errado ou tardio, como também é difícil para o médico provar que agiu de forma diligente e que ofereceu ao paciente todas as chances de obter o resultado esperado, restando ao juiz agir de forma prudente, não baseado apenas em uma presunção de culpa.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dano e Ação Indenizatória**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Código Civil Brasileiro. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 de out. 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12.09.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 10 de out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 744.181. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. **Diário Oficial da União. Brasília**, 11 nov. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1254141. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0044989-24.2010.8.16.0001. Relator: Juiz Ademir Ribeiro Richter. Curitiba, PR, 08 de setembro de 2020. **TJPR**. Curitiba, 11 set. 2020. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011832811/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0044989-24.2010.8.16.0001#>. Acesso em: 12 nov. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: obrigações**. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, Antônio Carlos. **Relação médico paciente, humanização é fundamental**.

Disponível em:

http://www.sbcm.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=2038:relacao-medico-paciente-humanizacao-e-fundamental&catid=84:opinioao&Itemid=135. Acesso em: 09 set. 2020.

MEDICINA, Conselho Federal de. **Código de Ética Médica: resolução cfm nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico**. 2. ed. Santos: Maltese, 1991.

ROMANELLO NETO, JERÔNIMO. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Caio Mário Pereira. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUSA, Leila Cristiane Correia de Freitas e. **Responsabilidade Civil do Médico por erro de Diagnóstico**. 2016. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

TAVARNARO, Roberto Ribas. **A Responsabilidade Civil das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde**: repensando os pressupostos da responsabilidade civil contemporânea. 2015. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Unicuritiba, Curitiba, 2015.

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO
TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO

Eu, Julian Gabriel Gasperin, acadêmico autorizo a publicação do artigo apresentado para a disciplina de Trabalho de Curso (TC) II na Revista Diálogos da IES, ou em outro meio de comunicação, desde que conste minha autoria e do professor orientador. Em igual concordância assina o professor orientador.

Ponta Grossa, xx de xx de xx.

Julian Gabriel Gasperin

Assinatura Acadêmico

Assinatura Professor

Autorização Depósito Tese



Augusto Barreira 10:44 AM
para mim, Adriana ▾



Prezada Profa. Dra. Adriana,

Prezado aluno Julian Gasperin,

Bom dia.

Sirvo-me do presente para enviar-lhes o termo de autorização de depósito da tese.

Aproveito a oportunidade para destacar meus votos de consideração pelo árduo trabalho realizado pela Profa. Dra. Adriana Mello nesses últimos momentos de nosso semestre letivo.

Cordialmente,

Prof. Antonio Augusto



TERMO AUTO...POSITO.docx



Responder



Responder a todos



Encaminhar



CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

TERMO DE AUTENTICIDADE DO ARTIGO

Eu, Julian Gabriel Gasperin, acadêmico regularmente matriculado na disciplina de Trabalho de Curso (TC) II declaro que o artigo apresentado foi escrito por mim e que não há cópia de obras impressas ou eletrônicas de nenhum tipo.

Ponta Grossa, 19 de novembro de 2020.