

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-698-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito civil contemporâneo I”, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 14 e 16 de novembro de 2018, em Porto Alegre, sobre o tema “Tecnologia, comunicação e inovação no direito”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações civis, nos paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito civil, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em questões sociais, econômicas, culturais, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na seara da resilição bilateral na promessa de compra e venda de condomínios de luxo, nos aspectos contratuais do acordo de colaboração premiada, na atual visão do Supremo Tribunal Federal sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador, na natureza jurídica das ações de improbidade administrativa, nas ações de wrongful actions em decorrência das condutas médicas, na aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de erro de diagnóstico, nas contribuições dos sistemas romano-germânico para a visão contemporânea da responsabilidade civil, nas questões de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, nos negócios jurídicos de reprodução assistida, nas possibilidades de distrato no campo do direito do trabalho, nas contribuições do common law inglês para o direito das sucessões brasileiro, no atual regime de (in)capacidades, nos contratos de bioprospecção farmacêutica, na responsabilidade civil dos pais em casos de obesidade dos filhos menores, na possibilidade de unificação das responsabilidades contratual e extracontratual etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito civil, suas problemáticas e sutilezas, no quadro da contemporaneidade, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIMAR / FMU

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO DE DIAGNÓSTICO: A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA EM ESTUDO DE CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

CIVIL LIABILITY FOR DIAGNOSIS ERROR: THE THEORY OF THE LOSS OF AN APPLICATION IN A CASE STUDY OF THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF GOIAS.

Denise Pineli Chaveiro ¹
Susana Silva Araújo ²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil dos médicos e hospitais quanto ao erro de diagnóstico, apontado suas nuances e diferenças com o erro médico. O erro de diagnóstico está presente em situações onde pode não haver erro médico, mas mesmo assim as consequências nefastas da demora na solução do problema acarretam ao paciente um dano indenizável. A responsabilização aqui é fundamentada na teoria da perda de uma chance, onde o autor do ato ilícito, com a sua conduta, retira do paciente as chances de obtenção de uma situação futura melhor (cura ou tratamento mais adequado).

Palavras-chave: Obrigações, Teoria da perda de uma chance

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the civil liability of doctors and hospitals regarding the error of diagnosis, pointed their nuances and differences with the medical error. Diagnostic error is present in situations where there may be no medical error, but even then the harmful consequences of delay in solving the problem will cause the patient harm. Accountability here is grounded in the theory of loss of chance, whereby the perpetrator of the wrongful act, with his or her conduct, withdraws from the patient the chances of obtaining a better future situation (cure or more appropriate treatment).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Obligations, Civil responsibility, Medical error, Diagnostic error, Medical liability of the physician, Civil liability of hospitals

¹ Coordenadora do Curso de Direito do Uni-Anhanguera. Professora de Direito Civil e Processo Civil do UNI-Anhanguera e UNIALFA. Especialista em direito processual pela Unisul

² Servidora do TJ-GO. Professora de Processo Civil no UNIALFA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Uniderp. Mestranda em Ciência Política da UFG.

1 INTRODUÇÃO

A normatização do Direito Civil Brasileiro, assim como outros ramos do Direito, vem passando pelo processo de constitucionalização de seu estudo. Faz-se necessária, portanto, uma breve retomada histórica, para fins de contextualização da análise sobre a responsabilidade civil por erro de diagnóstico que se pretende empreender neste artigo.

A Constituição de 1824 determinava a elaboração de um Código Civil “baseado na justiça e na equidade”, tarefa designada ao baiano Teixeira de Freitas (contratado em 1855), mas concluída apenas por Clóvis Beviláqua (CE), com a publicação do Código Civil de 1916. Extremamente influenciado pelos códigos francês e alemão, o CC/1916 era individualista e patrimonialista. O Código de Beviláqua não se preocupava com valores existenciais, apenas com o caráter patrimonial das relações jurídicas.

Até 1988, as Constituições brasileiras não se preocupavam com o Direito Privado, pois tratavam essencialmente do Direito Público, assim o CC/1916 se manteve incólume (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969).

A neutralidade e indiferença das Constituições brasileiras em relação ao Direito Civil, após a edição do CC/1916 deu voz ao movimento do ‘ocaso da codificação’. Na década de 70, esse movimento italiano foi liderado por Natalino Irti e, no Brasil, por Orlando Gomes. Defendia-se que era preciso reestruturar o Direito Civil, ademais, à época, se estudava o Código e não o Direito Civil.

A constitucionalização do Direito Civil ganha força com a nova tábua axiológica imposta pelo texto constitucional de 1988: dignidade da pessoa humana (liberdade, igualdade substancial e solidariedade social). Assim, vários institutos foram inseridos na CF/88, objetivando sepultar a divisão entre Público e Privado.

Nesse contexto, é gestado o Código Civil de 2002, capitaneado pelo jurista Miguel Reale, com novas diretrizes: eticidade, operabilidade e socialidade, que visavam instrumentalizar a tábua axiológica constitucional.

Paralela a essa evolução constitucional do Direito Civil, e com raízes nela, tem-se a introdução do estudo da responsabilidade civil no Brasil, por José de Aguiar Dias (1944), o qual asseverava que “toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade”.

Em seu sentido etimológico e jurídico, a responsabilidade civil está atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro.

A ideia de responsabilidade civil está, portanto, ligada à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

Dentre as espécies de responsabilidade civil, aquela decorrente de erro médico é sempre um tema de grande repercussão na medida em que envolve de um lado a responsabilidade de um profissional que tem como função salvar vidas e de outro a falibilidade a que se sujeita qualquer ser humano no desempenho de suas atividades profissionais.

O erro de diagnóstico, por sua vez, entra numa seara ainda mais delicada, pois atua onde não se detecta um erro, mas sim as consequências nefastas da demora na solução do problema. A responsabilização aqui é fundamentada na teoria da perda de uma chance. Neste caso, o autor do ato ilícito, com a sua conduta faz com que outra pessoa perca uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, ou seja, faz com que a vítima perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor (cura ou tratamento mais adequado). Segundo esta teoria, esta conduta enseja indenização pelos danos causados.

Além da diligência no emprego das técnicas, nota-se que o diagnóstico também é uma fase importante do atendimento médico, que antecede a aplicação de suas habilidades, e dele pode resultar redução das possibilidades de cura ou melhora na situação que levou o paciente a buscar os serviços médicos.

Portanto, amplia-se, desta forma, o espectro de responsabilidade do médico, que vai para além da comprovação de que não agiu com imperícia, imprudência ou negligência, para verificar também se não houve a redução das possibilidades, ou expectativas de cura ou melhora de condição do paciente, como um diagnóstico tardio ou um protocolo médico em desuso.

O estudo que se apresenta foi feito a partir do julgamento realizado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás da apelação AC 0319704.13.2007.8.09.0079, fundamentado em decisões do Superior Tribunal de Justiça, e busca analisar os elementos da responsabilidade civil no erro por diagnóstico, com destaque para a legitimidade passiva do médico e do hospital para figurarem como

partes desta demanda. A análise apresentada objetiva empreender uma revisão bibliográfica acadêmica e jurisprudencial acerca desse debate.

A questão envolveu uma paciente que teve rotura perineal de 3º grau em linha mediana (abertura do períneo até o esfíncter anal), fato ocorrido durante o parto. Passou por uma sutura imediata, que se mostrou incapaz de solucionar o problema já que a paciente, por mais de quatro meses teve comprometida suas funções excretoras, com exposição à infecções.

A partir do estudo deste caso, pretende-se avaliar o conceito de responsabilidade civil, bem como os elementos necessários à análise do mérito em situações nas quais o que se discute é o equivocado diagnóstico por parte do profissional de saúde. A escolha do caso se deu em razão do caráter de novidade que a decisão do Tribunal Goiano esboça, e por permitir a delicada relação entre médicos e pacientes.

Não se trata, por óbvio, de advogar a banalização da responsabilização de médicos. Entende-se, todavia, que é preciso sobrelevar o fato de que o paciente sob tratamento se encontra em situação de extrema suscetibilidade ao arbítrio do profissional de saúde. Ao mesmo tempo, sabe-se que a maior parte das pessoas que atuam na área médica busca constante atualização e treinamento a fim de evitar que o cotidiano lhes traga a soberba de julgar que tudo sabem.

Ainda assim, relatos infelizes como o que será tratado neste trabalho ainda são realidade nos Tribunais de Justiça dos estados e no Superior Tribunal de Justiça. Portanto, cabe à academia o debate acerca do erro de diagnóstico, sobretudo por envolver valor tão caro ao ser humano, sob o qual se pauta sua própria existência e sua possibilidade de viver dignamente, como é o caso do direito à saúde.

2 DAS OBRIGAÇÕES DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE E DA RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A responsabilidade civil está diretamente relacionada à lesão dos direitos da personalidade, assim, quando a conduta danosa decorre da atuação do médico em uma relação permeada por situações de confiança e fragilidade do paciente frente ao conhecimento, nota-se a preocupação do ordenamento jurídico, no que se refere à integridade física e psíquica do paciente. Caracteriza-se como ilícita conduta do médico que, preenchendo os requisitos da responsabilidade civil, venha a causar dano ao

paciente. Guilherme de Oliveira nos lembra que, nos primórdios a medicina não considerava a vontade do doente, tampouco lhe incumbia o esclarecimento das possibilidades para que pudesse em conjunto tomar decisão, até porque as escolhas não eram tantas e muitas baseadas em conhecimentos muito rudimentares. Na contemporaneidade, este campo de atuação alargou consideravelmente o seu espectro e dá ao contrato firmado nuances que o tornam especial. A relação entre o paciente e o médico ou o hospital, toma contornos interessantes quando se nota ainda uma relação de consumo, especialmente quando se trata de profissional liberal e clínica privada. Nessa nova ótica o paciente assume um protagonismo diferenciado, e por isso deve ser bem informado sobre todos os procedimentos, sobre os riscos, sendo que a ausência desta atenção acarretará ao médico e ao hospital o dever de indenizar. Assegurado está, desta forma, o direito constitucional à informação, quer sob o ângulo da necessidade de sua obtenção, quer sobre os meios existentes para o procedimento a ser adotado (SOUSA, 2016, p. 15)

Exige-se hoje do médico um padrão de atendimento, com anotações em prontuários médicos e informação sobre todos os procedimentos adotados, o que também torna-se uma segurança para o profissional a fim de prevenir-se de demandas judiciais. O prontuário assume importante instrumento de proteção tanto do médico como do paciente, pois é a partir deste conjunto de informações obtidas de forma padronizada, organizados para registro dos atendimentos médicos e paramédicos que pode realizar um atendimento e um diagnóstico correto com plano de tratamento, atendimento efetuado e preservação do paciente (KATO *et al*, 2018, p. 69).

São instrumentos que devem estar contidos no prontuário todos os exames realizados tanto laboratoriais como de imagem, os atestados médicos emitidos, as informações sobre as internações os estudos realizados, as receitas emitidas. A anamnese, uma das principais ferramentas do médico para diagnóstico, deve apresentar-se com identificação clara da razão que levou o paciente ao atendimento, histórico de doenças, histórico familiar de antecedentes, hábitos do paciente, além do prognóstico (KATO *et al*, 2018, p. 70).

O prontuário é um instrumento importante para demonstrar de forma clara todo o desenrolar do tratamento e serve como importante instrumento ao médico e ao paciente, será seu melhor aliado no caso de demandas judiciais, e demonstra muitas vezes nuances do relacionamento mantido entre o profissional e seu paciente, o que torna esta uma relação muito mais transparente e amistosa (KATO *et al*, 2018, p. 70).

O exercício da medicina hoje demanda um relacionamento claro entre paciente e médico, incumbindo a este último tornar clara todas as informações, por mais tecnicismo que o tem envolva, em uma última análise deverá ser sempre do paciente as decisões sobre seu tratamento, como está no uso de suas faculdades, contudo, essa decisão somente faz sentido se ele conhece as opções, os riscos, a as possibilidades que envolvem esta escolha, o que deverá ser transferida à família quando não puder o paciente se autodeterminar (SOUSA, 2016, p. 16).

O ato médico deve, portanto, ser claro, com informações simplificadas, tanto quanto possível, independentemente do caso concreto. Como ressaltado, é do paciente a decisão, no sentido de submeter-se ou não ao tratamento indicado, numa precisa avaliação dos riscos que poderão advir de sua escolha. Cumprida esta etapa o ato médico estará apto a ser realizado (SOUSA, 2016, p. 16).

Importante instrumento para normatização da conduta médica é a Resolução CRM no 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), nela estão contidos os princípios fundamentais, as normas atinentes ao exercício da profissão do médico. Apresenta-se como exigência a inscrição do profissional no Conselho Regional do respectivo Estado ou do Distrito Federal para lhe permitir o exercício da medicina, bem como permitir a fiscalização do exercício profissional. Nela também está condida a definição da ciência médica como sendo “uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade”, estabelece ainda que “será exercida sem distinção de qualquer natureza”. Assim, o exercício da medicina impões a observância a princípios fundamentais norteadores da atividade médica e, ainda, os direitos dos médicos, o sigilo profissional, sua remuneração profissional, a relação com pacientes e familiares, direitos humanos e responsabilidade profissional (SOUSA, 2016, p. 20).

Assim, o médico no exercício de sua profissão deve pautar-se por uma conduta clara, ética, despido de suas convicções religiosas ou culturais sob pena de estar praticando ato ilícito.

Além deste diploma o direito brasileiro, cuida da responsabilidade civil do médico em outas normas, a exemplo do Decreto-Lei no 20.931, de 11 de janeiro de 1932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil. Em seu art. 1116, trata da responsabilidade no caso de erro, estabelecendo penas de suspensão e até mesmo de demissão, esta última no caso do exercício de função pública. No Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil é tratada principalmente nos arts. 186 e 951, sendo que este, de forma mais direta, faz referência aos arts. 948, 949 e 950, não se

podendo fazer ressalva que esta relação também regulada pelo Código de defesa do consumidor (SOUSA, 2016, p. 21).

Além disso, a relação entre médico e paciente é uma relação de consumo, uma prestação de serviços por profissional liberal, conforme artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando prestados no âmbito da iniciativa privada, regendo pelas regras do direito público o atendimento no âmbito dos serviços públicos.

Não se pode deixar ainda de pontuar que existem, enfermidades que em razão da sua complexidade, os exames para o diagnóstico preciso do quadro clínico do paciente nem sempre são suficientes, ou ainda quando temos mais um protocolo de atendimento em uso. Nesses casos, apenas um diagnóstico equivocado, por si só, não se constitui em motivo para a responsabilização civil do médico. Em situações tais o diagnóstico adequado pode demandar a confluência de muitas variáveis de várias especialidades. Essas variáveis podem apresentar-se de forma errônea, advindas do próprio paciente ou por ele omitidas. Portanto, em situações tais, a análise da culpa deve ser detalhada, com a avaliação dos meios colocados ao alcance do médico, para a realização do diagnóstico. O mesmo não acontece quando a análise clínica depende de métodos simples. Em tais hipóteses, o médico não pode invocar a falta de condições de trabalho (SOUSA, 2016).

Dessa forma, não se pode ter uma visão determinista ou simplista, transformando qualquer erro de diagnóstico em dever de indenizar. A responsabilidade civil do médico somente poderá ser considerada quando decorrente de culpa, pela falta de diligência a que estava obrigado médico ou, ainda, quando o médico age com imprudência ou imperícia. Qualquer dessa hipóteses leva o erro ao campo da culpa, sem influência de outros fatores. Há casos em que o erro de diagnóstico pode levar a conduta para o terreno da responsabilidade objetiva, ainda que excepcionalmente (SOUSA, 2016).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PELO ERRO DE DIAGNÓSTICO

Além da responsabilização do médico pelo erro de diagnóstico, importante se permitir um pequeno adendo para tratar da responsabilidade dos hospitais, claro que sem intenção de esgotar o tema, mas apenas para contextualizar a situação.

No caso em análise, a sentença também condenou, além do profissional médico, o hospital, da qual ele é parte integrante de sua equipe. Nota-se que, a despeito da cirurgia corretiva não ter se dado nas suas dependências, a conduta que acarretou o dever de indenizar se deu quando do primeiro atendimento com a alta médica, portanto, configurados estão os elementos a ensejar o dever de, solidariamente, indenizar.

A responsabilidade das instituições hospitalares, quando demandadas em virtude de alegação de erro em atuação específica de médico contratado de seu corpo clínico ou que nele atenda por força de convênios ou pelo SUS, se verifica subjetivamente, com aferição de culpa.

Quando um paciente dá entrada em um Hospital espera-se que este preste os serviços necessários ao internamento, cabendo ao nosocômio, assim, fornecer os equipamentos, os medicamentos e os materiais utilizados durante o internamento, bem como as instalações para a realização de eventual cirurgia.

A obrigação do Hospital, pois, é classificada como sendo “de meio”, cabendo a ele fornecer os meios necessários ao correto atendimento do paciente.

Portanto, é inafastável a conclusão de que quando o Hospital e seus agentes fornecem ao paciente o tratamento previsto na Ciência Médica, não há que se cogitar da prática de ato ilícito hábil a ensejar sua responsabilidade civil. Por outro lado havendo falha nesta prestação deve o hospital responder solidariamente com o médico que se encarregou dos cuidados ao paciente.

Assim, para que o Hospital possa vir a ser responsabilizado, é imprescindível a prévia comprovação da prática de ato ilícito por parte dos médicos.

Este entendimento já foi objeto de debate no Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CONDUTA IMPUTÁVEL AOS ENFERMEIROS E AO MÉDICO CIRURGIÃO. CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO HOSPITAL. VIOLAÇÃO DO ART. 14, CAPUT, DO CDC. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. 1. A responsabilidade da instituição médica, no que tange à atuação técnico-profissional (erro médico) de seu preposto é subjetiva, dependendo, portanto, da aferição da culpa pelos danos causados. 2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ) 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 647.110/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 29/05/2015)

Assim, a análise da responsabilidade civil do hospital perpassa pela análise da responsabilidade civil do médico, integrante de sua equipe, devendo suportar solidariamente as consequências.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

A noção de responsabilidade civil tal como é concebida hoje pelo nosso ordenamento jurídico pode ser definida como juízo de reprovação a uma ação censurável que induz à responsabilização do autor da conduta (BRAGA NETO, 2017).

Nota-se, assim, a junção de duas ideias justapostas, a ação danosa praticada por uma agente, qualificada moralmente de forma negativa.

Essa reprovação moral, por isso, conduz a um juízo de imputação ao agente do seu dever de reparar, também qualificado como juízo de retribuição.

A responsabilidade civil como hoje consagrada a partir do Direito Romano e do Código Francês, proclamou a dicotomia entre contratual e extracontratual. (MELO, 2014).

Se de um lado se tem uma relação obrigacional definida pelas partes, de outra banda tem-se o descumprimento de um dever legal do qual decorre o dever de indenizar.

Para configuração do dever de indenizar, que decorre da responsabilidade civil, é necessário que se coadunem quatro elementos, quais sejam: a ação ou omissão do agente, a culpa ou o dolo do agente, a relação ou o nexo de causalidade e o dano.

Na responsabilidade civil contratual, como só se presumir pela sua nomenclatura, ocorre em decorrência do vínculo obrigacional estabelecido previamente, por um contrato entre as partes. Assim, o contratado ao unir os quatro elementos da responsabilidade civil (ação ou omissão, culpa ou dolo, nexo e o dano) decorrente do vínculo jurídico que lhes cerca, incorrerá na chamada Responsabilidade Civil Contratual. (ARONNE; MONTEIRO, 2018).

Em outra senda, a responsabilidade civil extracontratual, também denominada *aquiliana*, tem-se que o agente não tem vínculo contratual prévio com a vítima, este vínculo será estabelecido no momento em que ele age em descumprimento de um dever legal, causando à vítima, um dano que tem relação de dependência com a ação (nexo de causalidade) por culpa ou dolo.

A natureza jurídica dos serviços prestados pelos médicos é contratual, com um traço característico que a diferencia, pois, sendo profissional liberal, não responde pelo resultado, mas pela diligência no emprego dos meios que estão ao seu dispor, em conformidade com as técnicas científicas e protocolos pertinentes ao caso. Significa dizer que não se compromete com o resultado, sendo sua obrigação definida como de meio (SOUSA, 2016).

Não é do médico a obrigação de restabelecer a saúde ou a cura do paciente, lhe incumbindo aplicar de forma diligente as técnicas necessárias para atingir o resultado esperado (MELO, 2014).

A [...] obrigação inerente ao exercício da medicina é o cuidado que deve ter com o doente. Saliente-se que o cuidado não resulta necessariamente em cura, mas sim na utilização de todos os meios disponíveis para esse desiderato. Nesse aspecto, importante questão a ser esclarecida é o frágil liame que separa o inadimplemento natural do adimplemento, sem êxito, na cura ou no tratamento. Às vezes, apesar do insucesso, o médico empregou todos os meios possíveis, não podendo ser responsabilizado (SOUSA, 2016, p. 25).

Nesse sentido, os médicos estão inseridos no contexto da responsabilidade civil atinente aos profissionais liberais e, conforme disposição do parágrafo quarto do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Sobre o assunto, Felipe Peixoto Braga Netto, entende que o diploma consumerista pode ser aplicado aos profissionais liberais da Medicina. Destaca, no entanto, que a responsabilidade dos profissionais liberais é apurada quando se verifica culpa, nos termos do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

A disciplina do CDC aplica-se aos médicos, que são profissionais liberais. Há, contudo, em relação a eles, disposição específica, afirmando que a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (CDC, art. 14, § 4º). O STJ teve oportunidade de proclamar que os “serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor” (STJ, REsp 696.284, Rei. Min. Sidnei Beneti, 3a T,D J 18/12/09). (BRAGA NETO, 2017)

Do mesmo modo, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011) no sentido de entender que não cabe ao médico conduzir ao resultado curativo, mas a atenção aos cuidados que serão prestados durante o tratamento

O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de com acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. (GONÇAVES, 2011).

A responsabilidade decorre da ausência de zelo na utilização dos recursos e esforços empreendidos na busca pela cura. Assim, para responder por erro médico deverá ser provado a sua culpa, mediante a verificação de imprudência, negligência ou imperícia.

A razão de aplicar-se desta forma as regras decorre do fato de que, no exercício da medicina, o resultado almejado não é uma consequência lógica do trabalho desempenhado, muitos aspectos fogem à expertise do médico, assim, a cura ou o resultado esperado contam com a forma como o organismo do paciente vai se comportar diante do tratamento, como responderá aos medicamentos, dentre outras variáveis que fogem ao controle das técnicas aplicadas (SOUSA, 2016).

Conclui-se que a assertividade da atividade do médico não pode ser aferida pelo resultado objetivo, porque ele não detém todo o controle sobre a situação, há elementos e variáveis importantes a interferir no resultado que independem da sua atuação, “[...] não se pode atribuir ao médico o poder supremo da vida, da saúde, da perfeição física e da morte” (MELO, 2014).

Portanto, a responsabilidade civil dos profissionais liberais, deverá ser apurada mediante a verificação de culpa (responsabilidade civil subjetiva). Configurada como obrigação de meio e não obrigação de fim, não há condição objetiva de garantir o fim do serviço, salvo exceções como a intervenção estética e outros, o que não é o caso em análise (ARONNE; MONTEIRO, 2018).

Além da diligência no emprego das técnicas nota-se que o diagnóstico também é uma fase importante deste atendimento, que antecede a aplicação de suas habilidades, e dele pode resultar redução das possibilidades de cura ou melhora na situação que levou o paciente a buscar os serviços médicos.

Portanto, amplia-se, desta forma, o espectro de responsabilidade do médico, que vai para além da comprovação de que não agiu com imperícia, imprudência ou negligência, para verificar também se não houve a redução das possibilidades, ou expectativas de cura ou melhora de condição do paciente, como um diagnóstico tardio ou um protocolo médico em desuso (SOUSA, 2016).

O erro médico estará configurado pelo dano causado em decorrência de uma ação do agente no exercício de suas funções, quando for demonstrado que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Nestas condições, será responsável pelos prejuízos daí advindos, nos moldes do que se encontra preconizado no artigo 14 do código consumerista e artigo 951 do Código Civil (SOUSA, 2016).

A prudência está presente na cautela e cuidado do profissional que direciona suas ações de forma refletida, tempestiva, conhecedor de suas habilidades. A *contrário sensu*, a imprudência se verifica quando age de forma precipitada ou intempestiva como exemplo, podemos citar o caso do cirurgião que, sem esperar a chegada do anestesista, faz ele mesmo o procedimento que acaba por levar à morte o paciente por choque anafilático (MELO, 2014).

A negligência, por sua vez, é o cuidado, a atenção, a consciência da medida de suas habilidades e recursos, o conhecimento dos tratamentos disponíveis, dos protocolos mais recentes, a atenção com a assepsia e higiene.

A perícia traduz-se pela habilidade, conhecimento da técnica, expertise na sua área de atuação, podendo ser caracterizado, assim, como imperícia a ação praticada com incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade (MELO, 2014).

Portanto o erro médico estará configurado quando se observa que o evento danoso foi precedido de ações que contribuíram de forma decisiva para isso, ou seja, teve como causa uma ação médica conduzida pela imprudência, imperícia ou negligência. Configurado, portanto, todos os elementos da responsabilidade civil (SOUSA, 2016).

Deve-se considerar que o dano não é um elemento decisivo para sua configuração, mas sim a atitude que o causou, como já debatido alhures, a responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal, em regra, é uma responsabilidade de meio e não de resultado.

Portanto, é possível concluir que há resultados danosos onde não houve erro médico, mas não é possível que exista erro médico sem que tenha ocorrido o evento danoso.

Por outra senda, a ampliação da responsabilidade do médico se observa quando se analisa o erro de diagnóstico, que antecede ao erro médico, como veremos a seguir. Nota-se uma ampliação da responsabilidade quando o dano pode ser verificado pela redução das chances de cura ou de melhora no quadro do paciente (ARONNE; MONTEIRO, 2018).

Fica claro que o dano indenizável decorre do erro vinculado à falta de diligência do médico, que destoa do padrão exigido, quando outro profissional, na mesma situação faria o correto diagnóstico, portanto, deve-se concluir, nestas situações, pelo erro de diagnóstico, que decorre da falta de diligência ou da perícia do profissional (SOUSA, 2016, p. 86).

O erro de diagnóstico relaciona-se com a teoria da perda de uma chance, que tem como centro a álea, mas não somente ela. Responsabiliza-se o agente que reduziu ou eliminou as chances de sucesso daquele que busca, ainda que com probabilidade remota, o resultado (SOUSA, 2016).

Credita-se a origem desta teoria (*perte d'une chance*) a *Cour de Cassation*, Corte de Cassação, tribunal de última instância do Poder Judiciário Francês, no final do século XIX. Neste caso paradigmático, a corte condenou um advogado a pagar indenização por retirar a chance de vitória da vítima. Entretanto há registros de argumentos semelhantes na doutrina italiana (Giovani Pacchioni na obra *Diritto Civile Italiano*), americana e inglesa (Chaplin V. Hicks - [1911] 2 KB 786, Court of Appeal of England And Wales).

No Brasil, a ausência de ato normativo expresso sobre a teoria da perda de uma chance não impediu que jurisprudência e doutrina se debruçassem sobre os argumentos e os requisitos de incidência da teoria. O *leading case* brasileiro foi o REsp 788.459/BA, do ano de 2005. Naquele julgado, foi utilizada a teoria da perda de uma chance para condenar um programa televisivo ao pagamento de indenização, pois ficou demonstrado que a autora de fato havia perdido a oportunidade de vencer o programa e levar o prêmio por culpa da ré que elaborou pergunta sem resposta.

Os elementos para caracterização da obrigação de indenizar em decorrência da perda de uma chance, consistem no i) interesse em um resultado aleatório; ii) redução da possibilidade de alcançar o resultado esperado ou não obtenção do resultado esperado; iii) incerteza contratual (CARNAÚBA, 2013).

Nota-se assim que, transportando a questão para o âmbito dos contratos de prestação de serviços médicos, o paciente almeja a obtenção de um resultado aleatório, qual seja, a cura ou melhora em seu quadro clínico, o que é reduzido drasticamente pela demora na escolha do procedimento, o que amplia a chance maior de insucesso.

O incorreto diagnóstico de doença congênita em fetos a partir da leitura equivocada de exames é um exemplo disso. Ou, ainda, a postergação no início do tratamento do câncer já diagnosticado. Em ambos os casos, percebe-se a ocorrência de dano indenizável.

Contudo, deve-se advertir que o erro, decorrente de diferentes apreciações diante de protocolos médicos vigentes, com variáveis muito subjetivas, em um caso cientificamente duvidoso ou com opiniões diferentes na doutrina médica, não pode causar responsabilidade ao médico.

Portanto, o erro de diagnóstico, por si só, detém o condão de acarretar ao profissional a obrigação de indenizar, deve ser diretamente atrelado ao resultado danoso, que decorreu da redução das possibilidades de cura.

Nestes casos, a ação ou omissão no ato médico antecede ao tratamento e o prejuízo se restringe à demora quanto ao correto diagnóstico da patologia ou ao risco que o paciente é exposto até que lhe seja prescrito o correto tratamento. Tal fato relaciona-se com a teoria da perda de uma chance.

A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva, na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito, não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal (ARONNE; MONTEIRO, 2018).

Utiliza-se esta teoria como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada na hipótese em que a demora no diagnóstico tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.

Essa situação já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça que firmou seu entendimento no sentido de que o erro no diagnóstico também resulta em danos morais passíveis de indenização, conforme se nota pelos arestos a seguir:

[...] 8. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.(...) (REsp 1622538/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 24/03/2017)

No mesmo sentido REsp 1622538 / MS, AgRg no AREsp 623461 / RO, AgRg no AREsp 623461 / RO, AgInt nos EDcl no Ag 1349003 / RJ.

Assim, o erro de diagnóstico é anterior ao denominado erro médico, isso porque, reduz as possibilidades concretas e reais de cura do paciente.

O caso analisado pela 5ª Câmara Cível do TJ-GO, na apelação cível nº 0319704.13.2007.8.09.0079, relata-se a história de uma paciente encaminhada pelo serviço médico de uma cidade do interior de Goiás, onde morava, para a capital, Goiânia, em razão de o atendimento inicial não comportar média ou alta complexidade.

Na capital, o atendimento foi realizado em hospital particular, conveniado ao SUS, onde o médico optou pela realização do parto normal, conforme protocolo geral estabelecido para o caso, descartando a possibilidade de cesariana, conforme indicado no primeiro atendimento. No momento do parto a paciente sofreu rotura perineal de 3º grau em linha mediana (abertura do períneo até o esfíncter anal), o que demandou procedimento cirúrgico de sutura, ainda dentro do centro cirúrgico, logo após o parto.

Foi esclarecido ainda, pelo relator, com base na perícia médica realizada, que a rotura não é situação atípica, tampouco representa erro médico, contudo, no caso em tela a sutura realizada, procedimento indicado para o caso, mostrou-se insuficiente para solução do problema. Ainda assim, houve alta médica.

A paciente retornou a sua cidade, contudo, teve que passar por vários retornos, e novos encaminhamentos a capital, outras três internações, bem como a exposição ao risco de infecções, uma vez que defecava ao tentar urinar e, somente após quatro meses de intenso sofrimento foi encaminhada pelo profissional que realizou o parto a um urologista para realização da já necessária intervenção cirúrgica de nova sutura para, enfim, resolver o problema.

Deste modo, destacou o relator que desde a primeira alta médica já havia a necessidade da cirurgia reparadora. E, mesmo diante desta constatação, optou-se por alta médica e profilaxia medicamentosa. Sendo assim, o período de exposição ao risco de infecções mostrou-se demasiado, além da dor e sofrimento a que foi exposta a paciente, razão pela qual foram responsabilizados tanto o profissional que realizou o procedimento e lhe deu alta médica de forma indevida, como também o hospital.

Isso porque, constatando-se que os demais atendimentos, não foram realizados nas suas dependências, o diagnóstico tardio deu-se em decorrência da escolha feita no primeiro atendimento, por médico de seu quadro clínico.

Concluiu-se que mesmo não havendo necessariamente um erro médico, no qual se pudesse provar imperícia, imprudência ou negligência, houve a implementação de um risco para a paciente. Em razão da opção de profilaxia medicamentosa, houve a

demora no diagnóstico que de fato resolveria o problema, ou seja, a realização do procedimento cirúrgico reparador.

O magistrado prolator da sentença esteve ancorado nas afirmações contidas no laudo pericial que afirmou que, ainda que não se pudesse atribuir ato de negligência, imprudência e imperícia, houve uma prolongação da exposição ao risco, de onde se conclui facilmente pelo sofrimento físico suportado até a solução do problema.

A responsabilidade civil, na concepção da teoria clássica, funda-se na conduta do agente, no fato da coisa ou no risco da atividade. No risco da atividade, tem-se a responsabilidade objetiva, em que o dever de indenizar independe da existência de culpa ou dolo do agente. Na responsabilidade civil fundada na conduta, a obrigação de indenizar decorre da existência de dolo ou culpa do agente, bem como da relação causal que ocasionou o dano, configurando a responsabilidade subjetiva.

Com a responsabilização civil tradicionalmente percebida, busca-se reparar os prejuízos causados pelo ofensor ao patrimônio ou à pessoa do lesado, bem como a sua personalidade (ARONNE; MONTEIRO, 2018, p. 30).

Como já ressaltado a responsabilidade civil dos profissionais liberais, é apurada mediante a verificação de culpa (responsabilidade civil subjetiva), com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, pois configurada obrigação de meio e não obrigação de fim, entre o médico e o paciente - não há condição objetiva de garantir o fim do serviço, salvo exceções como a intervenção estética e outros, o que não é o caso em análise.

A sentença concluiu, acertadamente, pelo erro de diagnóstico do médico, razão pela qual o acerto da sentença foi confirmado em grau recursal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo que avança rapidamente em termos de tecnologia e desenvolvimento de equipamentos para diagnósticos cada vez mais precisos de doenças, aliado à ampliação das fontes e possibilidades para atualização nas diversas áreas do conhecimento, a responsabilidade civil dos médicos deixou de ser analisada pela simples ótica do erro médico para abarcar também situações que o antecedem, quando em razão da escolha tardia ou deficiente de um diagnóstico reduz-se de forma considerável as possibilidades de cura ou melhoras do paciente.

A responsabilidade civil vem estruturada em nosso ordenamento jurídico a partir do Código Civil, contudo não foi tratada de forma específica responsabilidade dos

profissionais liberais e, especificamente, dos médicos, o que ficou a cargo do Código de Defesa do Consumidor, além destes diplomas vários outros estruturam um código de conduta para a atividade.

A responsabilidade do médico e dos hospitais, neste contexto, sofre críticas ao tratamento e alocação da lei, em razão da inadequação de sua alocação no código consumerista, o que deveria ser enfrentado no âmbito do Código Civil, em disciplina específica. Apesar dessa lacuna, a prestação de serviços pelos médicos, na qualidade de profissionais liberais, mesmo constituindo exceção no âmbito da legislação consumerista, não representa óbice ao reconhecimento de sua responsabilidade na lei substantiva civil (SOUSA, 2016).

O que se percebe hoje em dia, em razão da tecnologia disponível na área da medicina é um alargamento das situações de responsabilidade do médico na medida em que será obrigado a indenizar quando praticar conduta imprudente, negligente ou imperita, mas também o será quando demonstrado que na realização do diagnóstico reduziu as chances de cura ou expectativas de sucesso do paciente, denominado erro de diagnóstico.

A responsabilidade civil aqui tem como fundamento a teoria da perda de uma chance, onde o autor do ato ilícito, com a sua conduta reduz a possibilidade de obtenção de uma situação futura melhor (cura ou tratamento mais adequado). Segundo esta teoria, esta conduta enseja indenização pelos danos causados.

O erro de diagnóstico que acarreta a obrigação de indenizar tem como centro a álea, mas não somente ela. Responsabiliza-se o agente que reduziu ou eliminou as chances de sucesso daquele que busca, ainda que com probabilidade remota, o resultado (SOUSA, 2016).

Esta nova ótica da responsabilidade civil tende a refletir na formação do profissional médico, na sua especialização e na condução das relações com seus pacientes.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo; MONTEIRO, Fabio de Holanda. Percepções acerca da responsabilidade civil do psiquiatra por erro de diagnóstico na internação compulsória.

Revista de Direito Sanitário, v. 18, n. 3, p. 17-42, 2018.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2013.

BRAGA NETTO, Felipe. FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: Método, 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KATO, Melissa Thiemi et al. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo**, v. 20, n. 1, p. 66-75, 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico** : doutrina e jurisprudência / Nehemias Domingos de Melo. .– 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2014.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira,. 1998.

SOUSA, Leila Cristiani Correia de Freitas. **Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico**. 2016. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Ciências Jurídicas) – Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Disponível em:

<http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32046/1/ulfd133303_tese.pdf>. Acesso em 1 set. 2018.