

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

Juliane Stuani Esquiçato

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

Juliane Stuani Esquiçato

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Profa. Carla Roberta Ferreira Destro.

Presidente Prudente/SP

2018

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Carla Roberta Ferreira Destro
Orientadora

Ligia Maria Lario Fructuozo
Examinadora

Juliana Piantcoski Martins
Examinadora

Presidente Prudente, 07 de Novembro de 2018.

O SENHOR é o meu pastor, nada me faltará. Salmos
23:1

Dedico este trabalho:

A Gabriela Maria Tovani e Aline Yukaren Nakamura
(in memoriam), que já se foram, mas continuam
sendo minha maior força e inspiração na vida.
Aos meus pais, que sempre me incentivaram e
acreditaram em mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que permitiu que tudo isso acontecesse ao longo de minha vida, por ter me conduzido até aqui e por me dar toda a sabedoria de que necessitei durante o curso.

Aos meus pais, que me deram todo o apoio necessário, para que eu pudesse concluir mais uma etapa da minha vida.

A minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, e que durante o curso sempre acreditaram em mim e me deram força para que eu realizasse o meu sonho.

Aos meus amigos e irmãos na amizade, que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza

A esta universidade e a todos os docentes, por proporcionarem-me todo o conhecimento, a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional.

Em especial, a minha querida orientadora Dra. Carla Roberta Ferreira Destro, pela dedicação, paciência e orientação, que me serviu de suporte para o desenvolvimento deste trabalho.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo indicar as situações em que se pode enquadrar a responsabilidade civil do médico, bem como as hipóteses de devida reparação civil. De início, buscou-se explicar a responsabilidade civil em uma análise geral, com seus aspectos e elementos para o melhor entendimento do tema. Pretende-se uma conclusão e uma visão sobre os reflexos que uma conduta médica pode causar perante o ordenamento jurídico, especificando em quais situações existe o erro médico e, quando o médico será responsabilizado por suas ações. Assim, será discutido se a responsabilidade do profissional da saúde será subjetiva ou objetiva. O tema em questão é de grande importância, tendo em vista grande número de indenizações do paciente lesado. Destaca-se que o bem tutelado é a vida humana, principal direito fundamental protegido pela Constituição Federal. O tema da pesquisa está inserido no campo do Direito Civil e do Código de Defesa do Consumidor, e fez uso de documentação indireta utilizando o método de pesquisa bibliográfica. Foi empregado o método de abordagem dedutivo e o de procedimento monográfico. Por fim, o presente trabalho procura induzir ao leitor uma análise e opinião a respeito da responsabilidade civil médica e a sua obrigação de reparar os danos causados diante de sua atuação.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Responsabilidade Médica. Conduta. Reparação. Erro Médico.

ABSTRACT

The purpose of this study is to indicate the situations in which the civil liability of the physician can be framed, as well as the hypotheses of due civil reparation. At the outset, the author sought to explain the civil responsibility in an analysis in general, with its aspects and elements to better understand the theme. It seeks a conclusion and an overview of the reflexes that a medical conduct can cause before the legal system, specifying in what situations there is a medical error and when the doctor will be held responsible for his actions. Thus, it will be discussed whether the responsibility of the health professional will be subjective or objective. The issue in question is of great importance, in view of the large number of compensation for the injured patient. It is emphasized that the protected asset is human life, the main fundamental right protected by the Federal Constitution. The subject of the research is inserted in the field of Civil Law and the Code of Consumer Protection, and made use of indirect documentation using the method of bibliographic research. The deductive approach method and the monographic procedure method were used. Finally, the present work tries to induce the reader an analysis and opinion about the medical civil responsibility and its obligation to repair the damages caused before acting.

Keywords: Civil Liability. Medical Responsibility. Conduct. Repair. Medical error.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 RESPONSABILIDADE.....	12
2.1 Responsabilidade e Obrigação.....	14
2.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	14
3 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
3.1 Espécies de Responsabilidade Civil.....	17
3.2 Elementos da Responsabilidade Civil.....	19
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	21
4.1 Dos Direitos e Deveres do Médico.....	22
4.2 Responsabilidade Subjetiva do Médico.....	24
4.3 Responsabilidade Objetiva do Médico.....	25
4.4 Responsabilidade Médica A Luz do CDC (Código De Defesa Do Consumidor)..	27
4.5 Excludentes da Responsabilidade Civil Aplicável Diante do Erro Médico.....	28
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	31
5.1 Do Erro Médico.....	31
5.1.1 O Erro Escusável e o Erro Inescusável.....	33
5.2 Do Erro de Diagnóstico e a Responsabilidade Civil.....	34
5.3 Causídicos em que foi Reconhecida a Responsabilidade Médica.....	37
5.4 Causídicos em que não foi Reconhecida a Responsabilidade Médica.....	40
6 APLICAÇÃO DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE.....	45
7 DA RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E PLANOS DE SAÚDE.....	48
8 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Desde o início da vida em sociedade, os médicos eram vistos como verdadeiras entidades divinas. No entanto, a figura do médico foi mudando na medida em que a população passou a ficar ciente de seus direitos, lutando por eles.

O interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico é muito importante, tendo em vista que muitos desses profissionais tem agido com imperícia, imprudência ou ainda com negligência.

Toda atividade que venha causar prejuízo a outrem acarreta uma reparação jurídica, chamado de responsabilidade civil.

Debateu-se no decorrer desse trabalho acerca da responsabilidade civil do médico no exercício de sua profissão, trazendo também uma breve noção de responsabilidade civil e suas consequências no mundo jurídico.

Diante de estatísticas existe um grande número de processos envolvendo médicos e hospitais em virtude de processos de reparação civil, porém são poucas ações julgadas procedentes.

É diante dessa situação que se estabeleceu uma reflexão sobre a responsabilidade civil na conduta médica, devendo ser abordado que a responsabilidade do médico e de todos profissionais liberais é subjetiva.

O médico assim como todos profissionais, são passíveis de erro, porém, não é possível se negar que em algumas situações a negligência, a imprudência e a imperícia podem estar presentes e, perante isso, os familiares e os pacientes devem ser reparados quando ocorre o evento morte ou lesão grave.

Buscou um estudo sobre a responsabilidade civil, seu conceito, seus elementos e espécies, bem como o estudo do erro médico abordando-o diante do Código de Defesa do Consumidor, trazendo os direitos e deveres que os médicos possuem em relação aos seus pacientes no exercício de sua profissão.

Ainda, foi estudado o erro médico com enfoque no erro de diagnóstico, conceituando as espécies de erro médico e análises de casos em que foram e que também não foram reconhecidas a responsabilidade médica.

Por fim, o presente trabalho possui o objetivo de demonstrar que no âmbito do código civil e da responsabilidade civil existem meios legais para se obter uma justiça e uma indenização, fazendo que médicos respondem pelos erros cometidos no exercício de sua profissão.

Possui também, o objetivo de incentivar e auxiliar os interessados a postularem seus direitos perante o Judiciário.

2 RESPONSABILIDADE

A palavra responsabilidade possui origem na raiz latina *Spondeo*, preceito pelo qual se caracteriza como uma vinculação que o devedor possui diante de contratos verbais perante o direito romano.

Como preceito fundamental para o Direito se encontra o *neminem lardere*, podendo afirmar seu significado em “não lesar ninguém”, portanto, é claro que aquele que lesar direito e acarretar prejuízo a outrem possui o dever como fato social de repará-lo, como uma forma de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial, garantindo a justiça ao autor do fato, com o intuito de restituir a pessoa lesada para o estado que estava antes do dano (*status quo ante*), surgindo a partir dessa premissa a ideia de responsabilidade civil.

Conclui-se então, que responsabilidade nada mais é que uma ideia de contraprestação de um dano causado a determinado indivíduo, de modo que volte ao estado que era antes da lesão.

Assim, a responsabilidade decorre da violação de um dever originário, decorrente de uma obrigação de dar, de fazer ou não fazer, colocando ao responsável um dever de agir conforme, sob pena de responder pelas consequências decorrentes de sua atitude causadora de dano não desejável, respondendo pela sua ação ou omissão, restaurando o indivíduo ao *status quo ante*.

Segundo Gonçalves (2018, p. 19-20):

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito, e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Enfim, a responsabilidade é o dever de reparar o dano causado pelo autor diante de conduta em relação ao lesado.

No entanto, é importante ressaltar que desde os primórdios da humanidade, a responsabilidade está calcada na concepção de a vingança privada ser a solução admitida para a reparação das lesões até então causadas, possuindo como principal premissa a Lei das XII Tabuas conhecida como Lei de Talião (olho por olho, dente por dente).

Na definição de Alvino Lima (1999, p. 21):

Este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.

A lei das XII Tábuas, que determinou o quantum para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A *actio de reputis sarcendi*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada hoje, como não contendo tal preceito.

Destarte, a Lei de Talião foi um marco, introduzindo na sociedade a ideia de que um indivíduo, ao ser lesionado através de uma conduta danosa, deverá ter como resposta uma retribuição na exata proporção, partindo da premissa de estar dentro de um critério de proporcionalidade.

No mesmo sentido Nader (2007, p.345):

Nos tempos primitivos, diante da lesão de um direito prevalecia o princípio da vingança privada. A própria vítima ou seus familiares reagiam contra o responsável. Quando surgiu a chama *pena de talião*, olho por olho, dente por dente, houve um progresso. Se, anteriormente, não havia qualquer critério convencionado, a retribuição do mal pelo mesmo mal estabelecia a medida da reparação. Esse critério, que surgiu espontaneamente no meio social, chegou a ser consagrado por várias legislações, inclusive pela Lei das XII Tábuas. A grande evolução na matéria ocorreu com a composição voluntária, em que a vítima entrava em acordo com o infrator, a fim de obter uma compensação pelo dano sofrido. O resgate (*poena*), que a vítima recebia, consistia em uma parcela em dinheiro ou na entrega de um objeto. Tal critério, foi inconstitucionalizado posteriormente e recebeu a denominação de *composição tarifada*. A Lei das XII Tábuas estabeleceu o *quantum* ou valor do resgate. Com a *Lex Aquila*, inspirada na doutrina do pretor Aquiles, ocorreu um importante avanço quanto à composição. Além de definir mais objetivamente os atos ilícitos, substituiu as penas fixas: o resgate deveria ser no valor real da coisa.

A partir de então o contexto é mudado, a responsabilidade civil adquiriu caráter econômico, com o único objetivo de ressarcir a vítima, de tal modo que a mesma volte ao estado que era antes da ação danosa, introduzindo a culpa, substituindo a ideia da pena. Confere à vítima de um dano injusto ao direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro do seu causador (e não mais a retribuição do mesmo mal causado), independentemente de relação obrigacional preexistente. (VENOSA, 2005, p. 27).

Diante de tudo que fora exposto, poderia se dizer que a responsabilidade civil é pautada na ideia de que o autor do dano deve suportar as consequências de

seus atos, ou seja, consiste no dever de reparar o dano provocado em decorrência de ser autor direto ou indireto, como veremos no decorrer do trabalho.

2.1 Responsabilidade e Obrigação

É importante distinguir responsabilidade e obrigação. Essa trata de um dever jurídico originário, enquanto que aquela se pauta em uma violação de uma obrigação diante de um dever jurídico sucessivo.

De acordo com Gonçalves (2018, p. 20):

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confunde, pois, obrigação e responsabilidade. Está só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Cavaliere Filho (2008, p. 02), também ensina:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever originário. Se não cumprir a obrigação (deixa de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não – cumprimento da obrigação.

Em síntese, toda obrigação existe um dever jurídico originário, diferente da responsabilidade onde há um dever jurídico sucessível. Sempre que estaremos diante de uma situação danosa, é necessário saber se a lei imputou um dever originário ou uma obrigação.

2.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

É necessário, diante de uma lesão decorrente de conduta danosa, definir se houve descumprimento contratual ou extracontratual.

De acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2018, p. 44), a responsabilidade extracontratual:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Assim, na responsabilidade extracontratual, o agente infringe o dever legal, não existe nenhum vínculo jurídico entre a vítima e o autor do dano no momento da infração. Da mesma maneira que abrange a violação de deveres gerais de omissão ou também de abstenção, incluindo os direitos que correspondem aos direitos do autor, direitos reais, e personalidade.

Logo, ao se tratar de responsabilidade contratual, Gonçalves (2018, p. 44-45), nos traz o seguinte exemplo:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado de contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Quanto a responsabilidade contratual, o agente infrator descumpre o combinado, ou seja, ao contrário da responsabilidade extracontratual, as partes já se vincularam em um momento anterior a este, sendo a culpa, portanto, um descumprimento do dever de adimplir.

A responsabilidade contratual abrange também, o inadimplemento ou mora decorrente de qualquer situação. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 59-60) ponderam:

Como já visto, quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado. Esse dever passível de violação, porém, pode ter como fonte tanto uma obrigação imposta por um dever geral do Direito ou pela própria lei quando uma relação comercial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato. O primeiro caso é conhecido com responsabilidade civil aquiliana, enquanto o segundo é a epigrafada responsabilidade civil contratual. E quais as diferenças básicas entre essas duas formas de responsabilização? Três elementos diferenciadores podem ser destacados, a saber, *a necessária preexistência de uma relação jurídica* entre lesionado e lesionante; *o ônus da prova quanto à culpa*; e *a diferença quanto à capacidade*.

Na culpa contratual, o ônus da prova é do autor sendo presumida. Já quando se trata da culpa extracontratual, a culpa deve ser provada pela vítima.

3 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme ensina Venosa (2011, p. 01), o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sendo assim, toda conduta humana gera um dever de indenizar. A responsabilidade civil pressupõe uma atividade danosa de uma determinada pessoa, que viola o interesse de outrem, subordinando-se a arcar com as consequências de seus atos.

3.1 Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil possui duas grandes espécies, quais sejam a subjetiva e a objetiva.

Por responsabilidade civil subjetiva podemos concluir que a culpa é seu principal fundamento, englobando um sentido mais amplo (*lato sensu*). Não havendo culpa, não podemos falar de responsabilidade. Para Gonçalves (2018, p. 48):

Diz-se, pois ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

No mesmo sentido, Cavalieri Filho (2008, p. 29):

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo. Vem daí a observação: “a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade a exceção.

Sabendo disso, podemos concluir que quando estivermos com todos os elementos da responsabilidade (conduta, nexos causal, dano e culpa), estaremos diante da responsabilidade subjetiva.

O artigo 186 do Código Civil nos traz a seguinte ideia: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano*

a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. De acordo com o Código, todo ato ilícito será derivado da culpa sendo, portanto, responsabilidade subjetiva.

Noutra banda, de acordo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil: *Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* Sendo assim, temos uma nova espécie de responsabilidade civil, denominada objetiva, pois existe situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade independentemente de culpa, ou seja, a culpa na conduta é irrelevante.

A responsabilidade objetiva possui pressuposto diversos da subjetiva, pois é baseada na Teoria do Risco, teoria que demonstra a responsabilidade diante da conduta do agente pelo viés do risco, e através disso, terá o dever de indenizar pois sua atividade pode implicar por sua natureza risco aos direitos de terceiros. Nesse sentido, Gonçalves (2018, p. 49):

Um das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia do risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Para Valler (1995, p. 24):

Apesar de o Código Civil de 1916 ter adotado a teoria clássica de culpa, a teoria objetiva se estabeleceu em vários setores da atividade, através de leis especiais. Assim é por exemplo, que o Decreto nº 2.681, de 1912, disciplina a responsabilidade civil das estradas de ferro, tendo em vista o risco da atividade exercida. Em matéria de acidente do trabalho a Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976, se fundou no risco profissional e a reparação dos danos causados aos trabalhadores passou a se fazer independente da verificação da culpa, e em valores prefixados.

Isso significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites. (GONÇALVES, 2018, p. 51).

A regra geral é que preside a responsabilidade na ideia de culpa, porém cumpre ao legislador fixar casos em que possuirá dever de indenizar independente desta. Conforme palavras de Miguel Reale (1978, p. 176-177):

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsável, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.

Nos casos em que existe responsabilidade objetiva não é necessário provar a culpa do agente, tendo em vista que, ora algum caso a culpa é presumida, ora outros é prescindível.

Inverte-se o ônus da prova quando a culpa é presumida, será preciso comprovar a ação e omissão, bem como o dano diante da conduta do réu, como nos casos o caso do dono do animal que venha causar dano a outrem. Porém, nesses casos, se o réu não conseguir provas as excludentes da responsabilidade elencadas no artigo 188 do Código Civil (legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido; deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente), deverá indenizar pois é considerada presumida.

3.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Diante da análise do artigo 186 do Código Civil é notável a presença de quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano.

A) Ação ou Omissão: Trata-se do ato gerador do dano que causa a responsabilidade. É o comportamento que se exterioriza diante de uma ação ou omissão que recai consequências jurídicas. Este ato gera a obrigação de reparação, podendo ser causado pelo autor ou outro que está diante desta responsabilidade, seja por dolo, imprudência, imperícia ou negligência. O Código prevê ato próprio, por fatos de terceiros e danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente.

B) Culpa ou dolo do agente: A culpa será caracterizada quando o agente infrator não tinha a real intenção de provocar, agindo com imprudência, negligência ou imperícia. Em relação ao dolo, é a vontade de cometer a infração.

Nas palavras de Gonçalves (2018, p. 53), dolo é “a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”.

C) Nexo de causalidade: A relação de causalidade é o efeito e o elo entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima. Não podemos falar em responsabilidade se o dano sofrido não for ocasionado em decorrência do ato do agente. Portanto, não basta que a vítima apenas sofra determinado dano, é necessário que este dano derive de uma conduta do agente infrator.

D) Dano: O dano pode ser material ou moral, sendo ele inexistente impede a pretensão de uma reparação. Nada mais é que o resultado da ação seja qual for a espécie de responsabilidade, pois a conduta do agente deve causar prejuízo ou danos a outrem.

A reponsabilidade civil é a reparação de um dano causado por outrem. Assim, não basta apenas que ocorra um ato e um dano, é necessário que estejam presentes os elementos acima citados para que realmente ocorra a reparação civil.

Desta forma, os elementos listados para a caracterização de tal responsabilidade são: a “ação ou omissão”, a “culpa ou dolo do agente”, o “nexo de causalidade” e o “dano”.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Enquanto profissão, a medicina possui como intuito prevenir os males causados a seres humanos e estabelecer padrões de saúde e vida a sociedade.

O ser humano é sujeito a enfermidades e quando isso acontece, recorrem aos médicos. No entanto, pode existir situações diversas do esperado, é diante dessas situações que entra a responsabilidade civil médica.

Segundo Melo (2008, p. 04):

[...] o primeiro documento histórico que tratou especificadamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Esse código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão. Tais penas eram aplicadas nos casos de morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois se referisse a escravo ou animal a previsão de pena era apenas ressarcimento do dano.

A ideia presente no Código de Hamurabi, no Código de Manu e posteriormente na Lei das XII Taboas, era de punição. Aqueles povos edificaram tais normas, impregnadas de fortes componentes penal, com a finalidade de constranger e inibir a prática dos atos ilícitos.

A partir de então, no mesmo sentido, Melo (2008, p. 05):

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês, que o padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presentes em todos os códigos civis das nações cultas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. É a essência da responsabilidade aquiliana que continua a ser norte das legislações modernas.

É exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos.

Foi no direito francês que foi estabelecido as primeiras normas sobre responsabilidade civil médica, surgindo daí o primeiro julgado que reconhece a possibilidade de condenação de um erro médico.

Nas palavras de Croce (2002, p. 3):

Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir

curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato.

A responsabilidade civil médica possui como conceito uma obrigação que tem o profissional da saúde a reparar o dano causado a outrem diante de sua profissão.

No entanto, a comprovação de culpa médica é muito difícil devido ao grande corporativismo dos médicos e sua função social de grande importância, havendo muitas dificuldades para devida punição.

4.1 Dos Direitos e dos Deveres do Médico

A medicina é uma profissão que está a serviço do ser humano e da coletividade, assim, o médico deve dar toda atenção devida para seu paciente.

A relação entre médico e paciente é de grande importância, pois muitas das vezes é a partir do primeiro contato que nasce um vínculo de confiança. Se o resultado desse primeiro contato não for um dos melhores, dificilmente o médico irá transmitir confiança ao seu paciente.

Moraes (2002, p. 402) sobre o mecanismo de relacionamento entre médico e paciente:

O mecanismo pelo qual se estabelece a relação do médico com seu paciente é *sui generis*. Na maioria das vezes ela se verifica em decorrência de uma doença. O motivo que leva o paciente a procurar o médico costuma ser dor, sangramento, febre, enfim, um mal que o aflige. Certamente, só esse fato já cria condições diferentes para o relacionamento do qual vou tratar. O doente chega ao médico contrariado por viver uma situação de infortúnio, condição de certa ou muita angústia; entretanto, essa mesma situação de relativa inferioridade leva em si uma enorme dose de esperança.

Ainda em seu livro Moraes (2002, p. 403-404) estabelece recomendações que devem ser observadas para fortalecer a confiança do paciente ao seu médico. São elas:

- 1- Se o doente o procurou por indicação de outro paciente, perguntar qual seu relacionamento com este e indagar como ele está passando;
- 2- Proceder com o paciente como seu médico de família, permitindo que ele assim o sinta;
- 3- Lembrar sempre que as condições em que o paciente vai ao médico nunca são espontâneas e sempre por necessidade, no momento de dor ou de aflição.

- 4- Tornar fácil o contato, ser simpático, não se atrasar, não reclamar, não empregar palavras ríspidas de crítica ou chulas;
- 5- Fazer exame completo e bem feito (não esquecer de medir a pressão arterial, contar ao doente os valores encontrados), ser atento à história, não cortar a palavra do paciente, mesmo que ele esteja contando fatos circunstanciais e sem interesse para o caso;
- 6- Dar atenção, responder às perguntas, explicar seu problema, mas não falar demais;
- 7- Não mostrar exageradamente dúvidas nem convicções;
- 8- Não se descartar do caso, encaminhando o doente a outro colega, sob a alegação de que não é essa sua especialidade, mas não assumir responsabilidade que não lhe cabe;
- 9- Apresentar o diagnóstico e o prognóstico com firmeza, cautela e sempre com esperança. Falar só o necessário. Ao encaminhar o doente a outro colega jamais adiantar os procedimentos que serão adotados;
- 10- Dar ao paciente, bem como a seus familiares alívio de tensões descabidas, esperança de cura ou, pelo menos, de não sofrer.

Se o paciente em questão for bem cuidado, a medicina terá uma melhor qualidade.

O Código de Ética Médica (CEM) nos elenca em seus artigos diversos deveres do médico. Dentre eles, o artigo 34 elenca o direito de informar. O médico tem o dever de informar o seu paciente e seus respectivos familiares, a respeito do tratamento e das respectivas complicações que possam surgir.

O tratamento que o CDC dá em relação ao dever de informar é prioritário, deve ser preciso. Assim, o artigo 31 confirma essa tese na seguinte afirmativa “a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em língua portuguesa, preço, garantia, prazos de validade e origem do produto, bem como informar sobre os riscos que o produto apresenta à saúde e à segurança do consumidor”.

O médico deve respeitar o seu paciente sobre o direito de decidir livremente o procedimento a ser realizado.

De acordo com o artigo 13 do Código de Ética Médica, o médico deve esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença, bem como respeitar o interesse e a integridade física e mental do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, conforme artigos 27 e 28 do CEM.

Todo e qualquer médico deve usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento em favor do paciente, disposto no artigo 32 do CEM. Ainda, deve fornecer laudo médico ao seu paciente se por ventura for transferido ou em caso

de alta, e dar acesso ao paciente de seu prontuário, exames, e explicações necessárias.

O profissional da medicina não pode se abster de atender um paciente diante de um perigo, como consta artigo 58 do CEM, sendo assim, diante de alguma situação de urgência, deve prestar o atendimento.

A medicina é uma profissão em benefício da saúde, motivo pelo qual o profissional deve agir diante dos deveres e obrigações dispostos no Código de Ética Médica, para o melhor crescer de sua capacidade profissional.

4.2 Responsabilidade Subjetiva do Médico

A responsabilidade do médico e dos profissionais liberais é subjetiva, ou seja, é aquela que depende da existência de dolo (intenção) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) por parte do agente que causa o dano. O paciente deve provar a culpa do médico.

O médico no exercício de sua profissão deve estar atento, não podendo praticar atos danosos aos seus pacientes, elencados como imprudência, negligência e imperícia.

Por imprudência entendemos que é a previsão do agente em virtude de sua ação. O médico nesses casos, possuem total conhecimento do risco, e de certa forma ignora o risco e toma a decisão de agir da mesma maneira. A imprudência é o resultado da não racionalização. Aqui, as técnicas utilizadas podem ser nocivas para o paciente.

A imperícia por sua vez, é estabelecida quando o médico realiza atos e procedimentos que não domina, ou seja, falta conhecimento e preparo necessário para exercer um determinado procedimento técnico. O médico deve estar sempre atento as novas tecnologias e avanços da medicina, agindo então como imperito não sabe, o que deveria saber.

A negligência acontece pela falta de cuidado e atenção que deveriam sido observadas ao realizar determinado procedimento. Assim, é considerada uma inércia da parte médica, falta de agir com cautela. O médico negligente não observa uma técnica que os demais médicos observaram.

4.3 Responsabilidade Objetiva do Médico

Neste tópico, analisaremos o aspecto objetivo da responsabilização, concluindo através de um caminho doutrinário e legal.

A Constituição de 1988, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, enfatizou a responsabilidade objetiva, possuindo como principal fundamento a teoria do risco administrativo. As pessoas prestadoras de serviço público diante de sua atividade, são responsáveis, sendo desnecessário, provar a culpa do agente por parte da vítima.

Nesse sentido preleciona o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Indenização – Instituição hospitalar, Legitimatío ad causam – Responsabilidade objetiva – Denúnciação da lide – A entidade mantenedora do hospital e que tem legitimidade jurídica para responder a ação de indenização aforada contra o nosocômio – A saúde e a execução de seus serviços é dever do Estado e direito do cidadão. Portanto, aplica-se, a regra da responsabilidade objetiva, quando o atendimento médico é prestado em hospital integrante da rede do SUS – Deve ser deferida a denúnciação da lide ao médico que ministrou o atendimento, na qualidade de agente público, no interior do hospital/réu, em obediência ao princípio da economia processual, pois, provada a culpa ou dolo do profissional, o prestador de serviço público dispõe de ação regressiva contra ele, consoante o art. 37, § 6º, parte final, da CF (TAMG – Processo; 237623- 4/00 – Descrição: Agravo de Instrumento (CV) – Origem: Belo Horizonte – 2ª Câmara Cível – Rel. Juiz Almeida Melo – 12-8-97 – Decisão: unânime – VENOSA, 2001, p. 565).

Conforme nos ensina Miguel Kfourí Neto (1998, p. 83), a responsabilidade objetiva é presumida e, nela, não se cogita de culpa, por isso transfere-se ao causador do dano o ônus de provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, circunstâncias que arredam o nexo de causalidade, visando a eximir-se da obrigação de indenizar.

No mesmo contexto, Hermes Rodrigues de Alcântara (1971, p. 38) aborda as seguintes exposições:

Com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador não se exigirá que vista o escafrando etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores, todos os cálculos são possíveis para se determinar uma incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata.

É muito importante estabelecer que em algumas áreas da medicina como a cirurgia plástica, inverte-se o ônus da prova em benefício da vítima, justamente por se tratar de uma obrigação de resultado.

Ao se tratar de responsabilidade objetiva do médico, não se exige prova de culpa do agente, a culpa é presumida pela lei ou é dispensada a sua comprovação. Desse modo, o ônus da prova será invertido, ou seja, o autor deverá provar o resultado danoso, simplesmente posto que a culpa do médico já está presumida.

Dentro dessa modalidade de responsabilidade objetiva, podemos extrair duas vertentes: Teoria do risco proveito (responsabiliza aquele que busca tirar proveito da atividade danosa, quem auferir o bônus, deve suportar o ônus) e teoria do risco criado (incide quando aquele que, diante sua profissão, cria um perigo, estando assim a reparar o dano que causar, salvo prova de haver obedecido a todas as medidas para ter evitado).

Na teoria do risco, toda ação, gerando risco para terceiros, faz com que o agente responda por eventuais danos independente de culpa, conforme entendimento de Serpa Lopes (1964, p. 200).

Conclui-se então diante de tudo que fora exposto que, a responsabilidade objetiva do médico conduz a teoria do risco (o médico que através de sua atividade, cria risco de dano para seus pacientes deve ser obrigado a repará-lo, ainda que seu comportamento seja isento de culpa), portanto, ao existir a cominação de dano e nexos causal diante de uma situação, o autor do dano somente se eximirá da obrigação de indenizar mediante prova de culpa exclusiva da vítima.

Há que se destacar, ainda a existência do risco integral. Para Miguel Kfoury Neto (1998, p. 84):

A teoria do risco integral, estágio mais avançado, não admite qualquer prova conducente à ausência de reparação: bastará à existência do dano, e seu autor, em qualquer hipótese, estará obrigado ao ressarcimento. Mesmo em se tratando de responsabilidade civil do Estado, os doutrinadores repelem este último posicionamento teórico, que favoreceria as mais diversas fraudes.

Assim, a teoria do risco integral, preconiza a indenização pelos danos causados, mesmo se tratando de atos regulares, praticados pelo profissional no exercício regular de suas funções.

4.4 Responsabilidade Médica a Luz do CDC (Código de Defesa do Consumidor)

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor protege os direitos dos consumidores e disciplina as relações de responsabilidade entre consumidores e fornecedores, sobre danos causados aos fornecedores diante de um serviço prestado por consumidor.

O artigo 2º do CDC conceitua consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, isto é, destinatário econômico e de fato do bem ou do serviço. Assim, o paciente se enquadra nesta definição, utilizando dos conhecimentos do médico em proveito próprio e pessoalmente, e o remunera por essa prestação de serviço.

Logo, o artigo 3º do CDC diz que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, ou prestador de serviço. Ademais, é configurado prestador de serviço o médico como pessoa física e o hospital pessoa jurídica nos termos do CDC.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva e decorrente de uma obrigação de meio, como dispõe o artigo 14, §4º, do CDC, vejamos:

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

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (Destacou-se)

A jurisprudência tem, reiteradamente, ressaltado a ideia de responsabilidade civil subjetiva:

Ação de indenização por danos morais e estéticos. Autora que apresentava um quadro de apendicite. Ausência dos sinais característicos da enfermidade. Diagnóstico, no caso, difícil. **Ausência de defeito na prestação de serviços pelas rés. Inaplicabilidade, ademais, à atividade médica a responsabilidade civil decorrente do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Arte médica que não é ciência exata. Necessidade, apenas, de que seja dispensado o tratamento adequado, sem garantia de cura.** Improcedência da ação reconhecida. Sentença reformada. APELO DO RÉU HOSPITAL SANTA PAULA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação 994080424203 (6151574000) - Comarca de Origem: São Paulo - Donegá

Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009) (grifos nosso)

“Ação de indenização por danos materiais e morais. Nulidade processual pelo indevido reconhecimento da revelia. Matéria acobertada pela preclusão. Afastamento. Ilegitimidade passiva. **Requerido que interveio no tratamento dispensado ao paciente, realizando, inclusive, intervenção cirúrgica. Afastamento do erro.** Erro de diagnóstico. Paciente tratado como portador de NEUROCISTICERCOSE, quando, na verdade, padecia de Câncer na cabeça. Efeitos da revelia. Presunção de veracidade que é relativa. **Prova documental indica a inexistência de erro de diagnóstico grosseiro. Diagnóstico extraído a partir da realização de exames de ressonância magnética do encéfalo. Afastamento da culpa do médico. Improcedência da ação reconhecida.** APELO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO DOS AUTORES”. (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 994080452164 (6129084600) – Comarca de Origem: Poá - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009) (grifos nosso)

Portanto, a responsabilidade civil dos médicos será subjetiva cabendo a vítima comprovar além do dano e do nexo causal, também a culpa do profissional.

4.5 Excludentes da Responsabilidade Civil Aplicável Diante do Erro Médico

Quando falamos de “excludentes da responsabilidade” aplicável diante do erro médico, tratamos de alguns institutos que podem isentar o profissional da saúde acerca de sua responsabilidade, ou seja, apesar de diante de uma situação ficar demonstrada uma lesão ocasionada ao paciente durante o exercício da profissão médica, poderá ocorrer fato que desobrigue o profissional a arcar com tal situação conforme veremos a seguir.

Em regra, as excludentes serão: culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Assim, Cavalieri Filho (2000, p. 89) nos traz a seguinte afirmação:

Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Deste modo, iremos enumerar dois tipos de causas de excludentes da responsabilidade, conforme afirmadas por Roberto Senise Lisboa (1998, p.151): “causas naturais” sendo acontecimentos imprevisíveis, inevitáveis; e “causas voluntárias” sendo fatos imputáveis a um terceiro, ou a uma das partes. Esta última,

são causas que afastam o nexo de causalidade, tendo por consequência afastar a conduta do médico diante do evento danoso.

Maria Helena Diniz (2005, p. 110) se posiciona nesse mesmo raciocínio: “sendo o nexo de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser provado. O ônus *probandi* caberá ao autor da demanda”.

No que diz respeito à culpa exclusiva da vítima, ocorre em casos que há procedimento de omissão ou comissão por sua parte, assim, exonera o médico de qualquer responsabilidade, uma vez que fica demonstrado que ele não teve culpa.

Se de alguma forma o profissional médico concorre na concretização do resultado danoso, não há que se falar mais em culpa exclusiva da vítima.

Como meio de entendimento Hildegard Taggesell Giostri (2004, p. 201) cita um exemplo:

Se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpre as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as consequências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo.

A culpa exclusiva da vítima rompe de todo o nexo de causalidade. Assim, nesses casos, não havendo o nexo causal que liga o dano a conduta, não há que se falar em responsabilidade civil médica.

O fato de terceiro será a segunda excludente analisada, com capacidade de eximir o médico diante de um dano. É o envolvimento de uma terceira pessoa, além da vítima, que não tenha ligação com o dano e nem com o agente causador do dano.

Para Hildegard Taggesell Giostri (2004, p. 201):

[...] só quando este termo (terceiro) estiver a se referir a pessoas estranhas ao corpo médico, já que o profissional é responsável por seus prepostos, tais quais, enfermeiros, auxiliares, e instrumentadores e, neste caso, fala-se em responsabilidade de outrem. [...]

Portanto, entende-se que para configurar fato de terceiro, esse terceiro não pode integrar a equipe médica, sob pena de caracterizar fato de outrem.

No que diz respeito ao caso fortuito e força maior, o artigo 393 do Código Civil prevê: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizados”

A inevitabilidade é a sua principal característica ao se tratar dessas excludentes.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 485):

O Caso Fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparado no dispositivo legal supratranscrito, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

Assim, por exemplo, se um raio romper os fios de alta-tensão e inutilizar os isolantes, não será, a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado. Se há caso fortuito, não pode haver culpa, à medida que um exclui o outro.

Importante destacar que o caso fortuito não se pode provir de ato culposo do obrigado, tendo em vista que a própria natureza “inevitável” exclui essa hipótese.

Assim, traz-se novamente o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 485):

Na lição da doutrina exige-se, pois, para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, a presença dos seguintes requisitos: A) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro. Como dizem os franceses, culpa e fortuito, *ces sont des choses que hurlent de se trouver ensemble*; B) o fato deve ser superveniente e inevitável, fora do alcance do poder humano.

Lembrando novamente os ensinamentos de Hildegard Taggesell Giostri (2004, pág. 199) que os efeitos de jurídicos, tanto do caso fortuito, como de força maior são assemelhados, em razão da impossibilidade de serem evitados, já que nenhuma força os pode impedir de atuar.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO DE DIAGNÓSTICO

Os erros médicos são causas para o aumento considerável de processos indenizatórios. Dentre as condutas lesivas está o erro de diagnóstico, objeto de análise neste tópico.

5.1 Do Erro Médico

Erro médico é a falha do médico no exercido de sua profissão. É o resultado ou resultado adverso não esperado decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica.

O Conselho Federal de Medicina, baseado nos preceitos do Código de Ética Médica, conceitua o erro médico como a “conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.¹

Erro médico é o mau resultado ou resultado adverso decorrente de ação ou da omissão do médico. O erro médico pode se verificar por três vias principais. A primeira delas é o caminho da imperícia decorrente da "falta de observação das normas técnicas", "por despreparo prático" ou "insuficiência de conhecimento" como aponta o autor Genival Veloso de França (1). É mais freqüente na iniciativa privada por motivação mercantilista. O segundo caminho é o da imprudência e daí nasce o erro quando o médico por ação ou omissão assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico ou, sobretudo, sem esclarecimentos à parte interessada. O terceiro caminho é o da negligência, a forma mais freqüente de erro médico no serviço público, quando o profissional negligencia, trata com descaso ou pouco interesse os deveres e compromissos éticos com o paciente e até com a instituição. O erro médico pode também se realizar por vias esconas quando decorre do resultado adverso da ação médica, do conjunto de ações coletivas de planejamento para prevenção ou combate às doenças.²

Cabe ao médico lidar com o bem mais precioso para a espécie humana que é a vida.

Deste modo, o erro médico pode ser caracterizado por alguns fatores que veremos a seguir:

¹ Disponível em: <<https://www.assisvideira.com.br/blog/o-que-diz-o-codigo-de-etica-medica-sobre-o-erro-medico/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

² Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>. Acesso em: 15 out. 2018.

- 1- **Imprudência:** Quando médico assume determinados risco para o paciente em seu tratamento sem respaldo científico para tal.
- 2- **Negligência:** O Profissional Liberal age de forme negligente quando descuida de seu paciente, principalmente por falta de relação médico e paciente. Acontece muito em hospitais de governo em que o paciente é internado na instituição e não por um paciente particular.
- 3- **Imperícia:** Este decorre da falta de observação técnica, por falta de conhecimentos ou de preparo e estudo.
- 4- **Erro doloso:** É aquele erro que é cometido voluntariamente. É inadmissível esse tipo de erro ao médico.
- 5- **Erro de Conduta:** Ato do agente que está sob a responsabilidade de outro que produz resultado danoso seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia.
- 6- **Erro deliberado:** é aquele realizado para tratar mal maior.
- 7- **Erro profissional:** Aquele que decorre de falha não imputável ao profissional liberal, e que depende das naturais limitações da Medicina.
- 8- **Erro técnico:** se refere a erro do médico procedente de falhas estruturais, falhas de equipamentos e condições no local de trabalhos.

Conforme disposto por Julio Meirelles:

Os fatores concorrentes para o erro médico são aqueles que contribuem para a geração do erro, aumentam sua incidência ou agravam sua expressão, excluída a ação original do ato médico ou sua ausência.

- 1- Condições adversas para o exercício da medicina, desde a escassez de recursos materiais, o número excessivo de pacientes ou a limitação dos meios de diagnósticos e cura impostos pelos contratos de medicina de grupo ou seguro-saúde;
- 2- O atendimento em massa, das massas desassistidas de baixa renda; um padrão massificado de cunho social adverso. A medicina a serviço das campanhas ou esmagada nos pequenos centros médicos localizados em comunidades muito pobres;
- 3- A morbi-mortalidade crescente da sociedade brasileira;
- 4- O contato mais freqüente com o médico desprovido de recursos adequados na instituição pública; a par da extraordinária dificuldade de acesso ao próprio sistema público ou privado de alto poder resolutivo;
- 5- A formação médica deficiente em nível de graduação, que dispensa comentários. A inexistência de educação continuada na pós-graduação;
- 6- A utilização crescente em medicina de procedimentos de alta complexidade tecnológica, de difícil controle, além da introdução de procedimentos de altorisco;
- 7- A capacitação tecnológica em descobrir o erro médico, por exemplo: tomografia computadorizada, ecografia, etc.;

8- O mercantilismo desvairado e selvagem, por iniciativa isolada do médico em especialidades rendosas ou em conjunto por meio de cooperativas ou empresas médicas comprometidas com o lucro. É lícito ainda cogitar sobre o estímulo quantitativo existente na prática dos convênios, forma prevalente de remuneração do ato médico.³

Diante disso, disciplina Júlio César Meirelles Gomes e Genival Veloso de França (2002, p. 254) as sugestões para a prevenção do erro médico são:

1. Trabalhar com a sociedade para que ela tome parte na luta pela melhoria das condições dos níveis de vida e de saúde;
2. Entender, o médico, que seu ato profissional é antes de tudo um ato político;
3. Lutar pela revisão das propostas do aparelho formador;
4. Melhorar a relação médico-paciente;
5. Promover a atualização e o aperfeiçoamento dos profissionais por meio do ensino médico continuado;
6. Exigir dos órgãos de fiscalização profissional um enfoque particular com relação à doutrinação e à ação pedagógica.

Por fim, fica claro que o médico no exercício de sua profissão, se agir com cautela e com cuidado poderá evitar um erro e uma possível indenização.

5.1.1 O Erro Escusável e o Erro Inescusável

O erro de diagnóstico inserido no erro médico pode ser considerado em análise a cada circunstância e a cada caso erro escusável e erro inescusável.

O erro escusável é aquele erro inevitável, ou impossível ao homem mediano, no exercício de sua profissão evitar que acontecesse. Serão inevitáveis os erros decorrentes das próprias limitações da Medicina (SCHAEFER, 2002, p. 66).

Existem várias doenças que não foram catalogadas ou não foram estudadas diante do avanço da tecnologia, doenças que muitas das vezes é difícil concluir um diagnóstico, motivo pelo qual não será punido.

O segundo tipo de erro é inescusável, que consiste em determinado tipo de diagnóstico que pode ser evitado se todos os cuidados possíveis teriam sido tomados.

Este sim é o erro que envolve a responsabilidade civil do médico, vez que o erro de diagnóstico evitável traz complicações seriíssimas ao paciente, desde

³ Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342. Acesso em: 15 out. 2018.

problemas emocionais, “até a realização do tratamento errôneo, que acarreta consequências graves e por vezes irreversíveis à saúde do paciente, podendo levá-lo, inclusive, à morte” (SCHAEFER, 2002, p. 66).

O erro de diagnóstico é escusável, tendo em vista a razão da natureza da medicina, que não se enquadra como ciência exata. Ou seja, acontece em alguns casos que os sintomas não são precisos, impondo ao médico uma conclusão a partir da probabilidade.

5.2 Do Erro de Diagnóstico e a Responsabilidade Civil

O diagnóstico é uma conclusão da doença de um paciente e sua causa. O erro de diagnóstico é escusável, salvo se tomado sem atenção e precauções conforme já visto anteriormente nos deveres do médico, apresentando-se como um erro grosseiro e devidamente manifesto.

Assim, em casos como não se atentar a exames, aplicar um medicamento para uma doença que não existe, diagnóstico de uma doença cujo sintomas é totalmente claro, com certeza será caracterizado erro médico

Para melhor apreciação da existência do erro de diagnóstico, é necessário fazer uma retrospectiva a fim de verificar o comportamento do médico na hora da consulta quando o paciente apresentou os seus sintomas. É importante analisar se o médico tomou todas as providências necessárias e cabíveis ao caso, sabendo se o erro pode ser evitável ou não.

Não há de se falar em erro de diagnóstico os casos em que faltam recurso, ou até mesmo insuficiência da medicina.

O profissional liberal diante de sua atividade, deve confirmar o diagnóstico diante de uma suspeita de alguma doença que o paciente transpareça ter através sintomas relatados, queixas e histórico familiar. Logo após, será realizado exames físicos com mais complexidade para ser caracterizado o diagnóstico correto.

Em suma, o médico ao prescrever um diagnóstico deve considerar todos os sinais e sintomas do paciente, a modo de dar o melhor tratamento ao paciente.

O erro médico, quando se está diante a um caso extremamente e cientificamente duvidoso com várias opiniões médicas diferentes não gera a responsabilidade, o que se é completamente compreensível, tendo em vista que nem mesmo a ciência médica conseguiu dirimir vários diagnósticos médicos diante de um

caso concreto, portanto, seria de maneira razoável o médico responder por essa indefinição.

Assim, determinar a responsabilidade civil do médico decorrente de erro de diagnóstico, é de muita dificuldade por adentrar em um campo técnico como a medicina.

Para Juliane Stuani Esquiçato (2017, s.p.) a determinação de responsabilidade civil decorrente por erro de diagnóstico de um profissional é muito difícil pois é um campo técnico. Podemos deixar claro que um erro de diagnóstico talvez não seja uma falta de negligência do médico, pois pode acontecer de médicos experientes mesmo tomando o devido cuidado errar um diagnóstico. O critério a ser levado em consideração, será como o médico chegou aquele diagnóstico, se usou todos os meios possíveis e cuidados, para depois ser falado em responsabilidade.

Segundo estudo apresentado Laboratório Teuto (2014),⁴ de 307 casos designados como imperícia médica a partir de pacientes ambulatoriais que alegaram erro ou atraso no seu diagnóstico, mostrou-se que 181 reclamações envolveram erros de diagnósticos que prejudicaram os pacientes; 59% (106 de 181) desses erros foram associados a danos graves, e 30% (55 de 181) resultaram em morte. Para 59% (106 de 181) dos erros, o câncer foi o diagnóstico envolvido, principalmente de mama e colorretal. Os prejuízos mais comuns no processo de diagnóstico foram insuficiência em realizar um teste de diagnóstico apropriado (100 de 181 (55%)), a falta de acompanhamento adequado do paciente (81 de 181 (45%)), a falta de uma adequada história ou exame físico incompleto (76 de 181 (42%)), e a interpretação incorreta de exames complementares (67 de 181 (37%)). Os principais fatores que contribuíram para os erros foram equívocos no julgamento dos médicos (143 de 181 (79%)).

Irany Novah (1998, p 22) traz em seu livro um exemplo de erro de diagnóstico e acerto na conduta, qual seja, um caso de abdome agudo por salpingite é erroneamente diagnosticado como apendicite aguda; o procedimento correto, em ambos os casos é cirúrgico. No caso, o médico, ao abrir o abdome, vai comprovar o erro de diagnóstico e operar corretamente, concluindo, errou o diagnóstico porem acertou a conduta.

⁴ Disponível em: <http://www.drteuto.com.br/blog/2014/10/01/erros-de-diagnostico-medico>. Acesso em: 10 outubro 2018.

Do ponto de vista médico, podemos conceituar que o diagnóstico consiste em determinar e identificar qual a doença de seu paciente em questão, pois é a partir daí que irá surgir o tratamento de forma correta e adequada.

É necessário para chegar ao diagnóstico com precisão, muita observação.

Em análise do tema, Javier Fernández Costales nos traz a seguinte linha de raciocínio à cerca do erro de diagnóstico: O primeiro ato da análise diagnóstica - que é um dos momentos mais importantes da atividade médica - consiste na arguição do paciente. O médico, para poder estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas, etc); e b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica.

Deste modo, a jurisprudência vem entendendo:

**TJ-PR - Apelação Cível AC 4769419 PR 0476941-9 (TJ-PR)
Jurisprudência • Data de publicação: 14/10/2008**

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO - OMISSÃO MÉDICA CARACTERIZADA - EXAMES CLÍNICOS NÃO SOLICITADOS NO ATENDIMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO MUNICÍPIO DE CURITIBA - RECURSO PROVIDO. 1. A responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva) pressupõe necessariamente, que o dano suportado esteja relacionado, direta e imediatamente, com a ação ou a omissão do agente, sem o que não se forma o nexo de causalidade, indispensável à configuração do dever de indenizar. **2. O erro de diagnóstico caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado, à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. É, em princípio, escusável, a menos que seja por completo, grosseiro. Assim, não é qualquer erro de avaliação diagnóstica, que induzirá responsabilidade a um médico prudente.**

Assim, quando o erro de diagnóstico leva a um tratamento incorreto não possuindo os cuidados e atenção necessários o estado clínico do paciente pode piorar de forma significativa.

Em suma, o médico ao analisar o paciente em sua consulta deve prescrever um diagnóstico correto e deve considerar todos os sinais e sintomas do paciente.

O médico para estabelecer qual o procedimento adequado, deve analisar a natureza da enfermidade e a sua gravidade, tomando sempre providências preliminares, adotar como base a exploração completa de acordo com os sintomas do paciente, e a realização de todos os procedimentos e exames necessários e interpretação dos dados obtidos previamente relacionando-os entre si.

5.3 Causídicos em que foi Reconhecida a Responsabilidade Médica

Nesse tópico, estará demonstrado casos em concreto onde ficou comprovado o erro por parte do profissional liberal.

Nesse sentido vejamos o julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE FETO MORTO, QUE LEVOU A PACIENTE A INGERIR REMÉDIO ABORTIVO, VINDO A SABER EM OUTRA CLÍNICA QUE O FETO ESTAVA VIVO. DANO MORAL. ANGÚSTIA, SOFRIMENTO E TRISTEZA. INDENIZAÇÃO BEM FIXADA PELA SENTENÇA. **Ação indenizatória objetivando o recebimento de indenização por danos morais em decorrência de erro de diagnóstico cometido pelo segundo réu, médico, dentro do hospital primeiro réu,** onde foi diagnosticado que o feto que a autora carregava em seu ventre estava morto, tendo sido ela encaminhada a outro nosocômio onde, diante do diagnóstico apresentado, foram ministrados medicamentos abortivos, tendo sido posteriormente constatado que o feto estava vivo. (...) **Responsabilidade civil do hospital primeiro réu (Serviço de Assistência Social Evangélico - SASE), que se baseia na teoria objetiva, com fulcro nos artigos 14 do CDC e nos artigos 932, III, e 933, do Código Civil, respondendo civil e objetivamente ante a comprovação do defeito no serviço, por atos de seus prepostos ou em razão da deficiência de seus equipamentos e instalações.** No caso em tela, o documento de fl.23 comprova claramente que o resultado do exame de ultrassonografia realizado no hospital primeiro réu, assinado pelo médico segundo réu, indicou a existência de "aborto retido", informação que posteriormente foi desmentida por outro hospital, onde se constatou que o feto estava vivo e saudável (fls. 24 e 32). Laudo de fl.23 que não contém qualquer ressalva acerca da necessidade da realização de outros exames confirmatórios ou de se consultar o obstetra para fechamento do diagnóstico de aborto, tampouco a possibilidade de erro. Assim, a taxatividade do resultado do laudo com relação à ocorrência de aborto retido, sem qualquer ressalva como as supramencionadas, confirma a conclusão adotada pela sentença no sentido de que o primeiro apelante deixou de agir com o cuidado necessário que a situação exigia, restando caracterizada tanto a imprudência - pela ausência do cuidado que se faz imprescindível ao comunicar um diagnóstico de feto morto à gestante como pela imperícia - por não ter constatado qualquer batimento cardíaco ou movimentação embrionária no feto vivo. (...) **Dano moral que, no caso dos autos, carece de comprovação, pois existe in re**

ipsa, ou seja, decorre da gravidade do ato ilícito em si. Logo, uma vez demonstrado o fato ofensivo, também estará demonstrado o dano moral em razão de uma presunção natural. (...) (0091155- 38.2007.8.19.0001 - APELACAO - DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 31/03/2015 - VIGESIMA QUINTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR).

AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. LABORATÓRIO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANOS MORAIS. OCORRENCIA. CASO CONCRETO. I. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. Para ser caracterizada a responsabilidade civil subjetiva, nos termos do artigo 927, do Código Civil, é necessária a comprovação da ação (conduta comissiva ou omissiva), da culpa do agente, da existência do dano e do nexo de causalidade entre a ação e o dano. No entanto, a hipótese dos autos trata de relação de consumo, sendo objetiva a responsabilidade do fornecedor de serviços, nos termos do art. 14, caput, do CDC, ou seja, a parte requerida responde, independentemente de culpa, pela reparação aos danos causados ao consumidor, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade. II. Além do mais, em se tratando da realização de exames médicos, os laboratórios possuem a obrigação de resultado, e não de meio, na medida em que é legítima a expectativa do consumidor quanto a exatidão das conclusões lançadas nos respectivos laudos. III. No que se refere a responsabilização civil do médico, tal como se dá em relação aos demais profissionais liberais, é necessária a análise subjetiva da conduta, não prescindindo da demonstração do agir culposo para sua caracterização (art.... 14, § 4º, do CDC). IV. **No caso em tela, restou demonstrada a ocorrência do erro de diagnóstico**, eia que o laudo do exame histopatológico, constatou que o autor, do sexo do masculino, era portador de tumor do color do útero. Diante desse resultado, médico assistente do demandante solicitou a realização de novo exame de histopatológico, cujo laudo repetiu a conclusão anterior, apenas suprimindo a informação acerca do colo do útero. Ainda, em vista da incerteza quanto ao diagnóstico, o demandante foi submetido a novo procedimento Linfadenectomia, sendo retirado novo material, e encaminhado para outra biopsia, também realizada pelos requeridos, a qual apontou com precisão tratar-se de carcinoma na região cervical. V. Além disso, não restou comprovado pelos réus qualquer equívoco pelo médico que encaminhou o material para a realização do exame histopatológico, ônus que lhes incumbia, na forma do art. 373, I, do CPC. [...] Ora, o diagnóstico equivocado e impreciso atrasou o início do tratamento do autor, acometido de grave doença (carcinoma na região cervical). VII. Majoração da indenização por danos morais, tendo em vista a condição social do autor, potencial econômico dos réus, a gravidade do fato, o caráter punitivo- pedagógico da reparação e os parâmetros adotados por esta Câmara em casos semelhantes. [...] **APELAÇÃO DOS RÉUS DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70078789856, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard Julgado em 26/09/2018). (TS-RS-AC: 70078789856 RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 26/09/2018, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/10/2018).

Em relação ao último acórdão, fica demonstrado que para ser caracterizada a responsabilidade civil subjetiva é necessária a comprovação da culpa do agente, do dano e do nexo de causalidade. Assim, trata-se de relação de consumo onde é objetiva a responsabilidade do fornecedor de serviços, ou seja, o requerido

responde independente de culpa, bastando somente a comprovação do ato danoso e o nexo de causalidade.

Os laboratórios possuem obrigação de resultado e não de meio ao se tratar de realização de exames médicos.

No que tange a responsabilidade dos médicos, é necessária a análise subjetiva.

O propósito recursal, consiste em definir se há responsabilidade civil do laboratório e do médico subscritor do laudo de exame de DNA que apontou falsa paternidade.

Conforme entendimento do Des. Jorge André Pereira Gailhard nos autos da apelação cível de nº 70078789856:

Em se tratando da realização de exames médicos laboratoriais, tem-se por legítima a expectativa do consumidor quanto à exatidão das conclusões lançadas nos laudos respectivos, de modo que eventual erro de diagnóstico de patologia ou equívoco no atestado de determinada condição biológica implica defeito na prestação do serviço, a atrair a responsabilidade objetiva do laboratório (Des. Jorge André Pereira Gailhard).

Sobre o tema, posiciona-se a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EQUÍVOCO EM RESULTADO APRESENTADO EM EXAME CLÍNICO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. QUANTUM REDUZIDO. JUROS DA DO EVENTO DANOSO. [...] A parte autora assevera que, em 25/10/2011, levou o filho, nascido prematuro há apenas dois meses, por orientação médica, para realização de exames laboratoriais, diante da aparência amarelada deste. De posse do resultado do exame a mãe apresentou-o à pediatra do menino que se mostrou extremamente preocupada e sugeriu que os pais do menor procurassem um especialista em Gastroenterologia Pediátrica, tendo em vista que o resultado do exame poderia indicar problemas no fígado, no baço, nos rins ou na vesícula biliar da criança. 3. É incontroverso nos autos, nos termos do artigo 374, II do Código de Processo Civil, que houve erro na digitação dos resultados do exame por parte da ré. 4. O laboratório demandado deve ressarcir os danos morais ocasionados, na forma do art. 186 do novo Código Civil, cuja incidência decorre da prática de conduta negligente na atuação profissional, caracterizando o agir culposo, ocasionando a lesão imaterial que consiste na dor e sofrimentos causa à parte postulante, em função de diagnóstico equivocado dado a esta referente ao exame de seu filho com apenas dois (02) meses de idade, erro confessado pela ré em contestação. 5. Frise-se que não há como afastar, portanto, o abalo psicológico de uma pessoa que recebe diagnóstico de existência de doença grave que pode levar ao óbito de seu filho, quando este está, dentro do quadro geral de uma criança prematura, perfeitamente saudável. Trata-se aqui de dano moral puro que prescinde de qualquer prova a respeito, pois a dor e o sofrimento nesses casos são presumidos, o que é passível de indenização. 6. No que tange à prova do dano moral, por

se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita da demandada que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 7. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum indenizatório reduzido para R\$ 20.000,00. [...] (Apelação Cível Nº 70072370836, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 26/04/2017);

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. EXAME LABORATORIAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO VERIFICADA. DANO MORAL IN RE IPSA. O serviço prestado pelo laboratório de análises clínicas insere-se na relação de consumo, tem regência pelo CDC e a responsabilidade é objetiva. Compete, assim, à parte autora apenas a demonstração do fato, do dano e do nexa causal. O laboratório se exime apenas se comprovar que não houve defeito na prestação do serviço ou que a culpa é exclusivamente da vítima (art. 14 e seu § 3º). Na hipótese dos autos, restou demonstrado o defeito na prestação do serviço, considerando que o demandado não comprovou ter seguido adequadamente o protocolo determinado pelo Ministério da Saúde para o correto diagnóstico laboratorial da infecção pelo HIV, bem como por ter falhado no seu dever de informação, uma vez que emitiu laudo evidenciando que a autora seria reagente para esse vírus sem qualquer ressalva no sentido de que o exame não seria definitivo e de que deveria ser realizada nova coleta, em trinta dias, para fins de confirmação do resultado. Dano moral in re ipsa, ou seja, decorre do próprio fato, uma vez que é presumível que a autora tenha entrado em desespero e tenha sofrido muito ao pensar que pudesse estar infectada com uma doença incurável. Comporta redução o valor da condenação para R\$ 10.000,00, diante das peculiaridades do caso concreto e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da natureza jurídica da indenização. **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70070775598, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 14/12/2016).

Colocando fim a análise do caso, foi negado provimento à apelação dos réus e dada provimento à apelação do autor para majorar a indenização por danos morais para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

5.4 Casos em que não foi Reconhecida a Responsabilidade Médica

Nesse tópico, estará demonstrado casos em concreto onde foi entendido que, o médico não possui o dever de reparar.

De acordo o Tribunal de Justiça, analisaremos o seguinte acórdão
Apelação de nº 1081464-30.2017.8.26.0100:

Ação de indenização por danos morais fundada em erro de diagnóstico. R. sentença que julgou a demanda improcedente. Ausência de dano. Diagnóstico corretamente realizado. Juízo "a quo" analisou corretamente as questões suscitadas e o conjunto probatório. Incidência do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desnecessária repetição dos adequados fundamentos expendidos pela r. sentença recorrida. Recurso improvido.
(TJ-SP 10814643020178260100 SP 1081464-30.2017.8.26.0100, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 12/06/2018, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/06/2018).

Conforme relatório do relator Jose Joaquim Dos Santos do
referido acórdão:

Trata-se de ação de indenização por danos morais, na qual a autora alega que em novembro de 2016, passou em consulta médica, na qual fora solicitada a realização de exames de ultrassonografia do abdome total, ultrassonografia pélvica transvaginal, sangue (hemograma) e sangue CA19-9. Conta que após alguns dias da realização dos exames, dirigiu-se até a requerida para retirar os resultados dos dois primeiros exames citados, acompanhados de imagem, e, posteriormente, dos exames restantes. Declara que, na posse dos exames, retornou ao médico em consulta, entregando as duas pastas contendo todos os resultados dos exames entregues pela ré, mas que esse profissional (Dr. Francisco Miguel Correa), ao verificar os resultados e imagens, constatou que existiam dois resultados diferentes dos exames de Ultrassonografia do Abdome Total e Ultrassonografia Pélvica Transvaginal, no qual um estava acompanhado com a imagem do resultado e outro não, com conclusões totalmente diferentes. Afirma que, ainda assim, o médico conseguiu identificar o resultado correto por conhecer o histórico da sua paciente. Sustenta que entrou imediatamente em contato com a requerida, cuja atendente registrou a reclamação e informou que o departamento responsável verificaria o ocorrido em no máximo 24 horas, mas que o retorno se deu intempestivamente, sendo-lhe oferecida a possibilidade de nova realização dos exames de forma gratuita, o que fora rejeitado pela perda de confiança nos serviços fornecidos. Afirma, assim, que a requerida poderia ter causado sérios e graves danos à saúde, caso tivesse entregado somente o errado dos exames pois, conseqüentemente, não teria tido tratamento adequado e necessário para a sua recuperação.

Deste modo, o acórdão julgou improcedente o pedido de apelação,
constando a razão pela não aceitação proferida pelo relator Jose Joaquim Dos Santos:

É incontroverso, porque não impugnado e até mesmo admitido pela ré, que a autora se submeteu a exames de imagens realizados nas dependências da requerida, assistida pelos componentes de sua equipe profissional e que, após receber os resultados dos seus exames, se encaminhou para o consultório do seu médico de confiança. Também é incontroverso, por falta de impugnação específica, que (conforme palavras da própria autora) "em

consulta, ao verificar os resultados e imagens dos exames, o médico - Dr. Francisco Miguel Correa - constatou que haviam dois diagnósticos e/ou resultados diferentes dos exames de ultrassonografia do abdome total e ultrassonografia pélvica transvaginal do qual um estava acompanhado com a imagem do resultado e outro não, somente com o diagnóstico e/ou resultado [...] Porém, ainda que tenha havido erro de procedimento administrativo da requerida, ou dos seus sistema de diagnósticos, não se verifica dano material e/ou dano moral a ser indenizado, visto que a própria autora admite em suas manifestações que só tomou conhecimento do erro em questão em consulta com o seu médico de confiança (fls. 90), que então soube interpretar corretamente o estado clínico da autora e afastar o exame incorreto, até por força de já vir há certo tempo acompanhando a paciente e porque cada exame apresentava apenas uma imagem, ainda que cada um com dois diagnósticos. É certo que, ainda que laboratórios de exames também prestem serviços de análise e diagnósticos das imagens que produzem, não é a ela que cabe o papel de fazer esse diagnóstico, mas sim ao profissional de confiança do paciente, a quem cabe fazer a correta análise das imagens e delas extrair o diagnóstico cabível, pois é a ele que cabe escolher o correto tratamento médico a ser tomado com base nas imagens desse exame. Ao menos, é isso que comumente se espera de um bom profissional de medicina: que saiba ele interpretar imagens e a partir delas realizar o correto diagnóstico e aplicar o tratamento cabível, não lhe cabendo delegar essa responsabilidade ao laboratório de análises clínicas e de imagens. **E isso, como consta dos autos, foi feito pelo médico de confiança da autora, que bem exerceu a sua atividade e cuidou, ele próprio, de analisar e interpretar as imagens que lhe foram encaminhadas pela requerida acerca do quadro clínico da autora [...]** Observe-se, no caso presente, que mesmo que o médico de confiança da autora tivesse dúvidas sobre o real estado clínico da autora, por conta da apresentação de dois diagnósticos diferentes relativos a uma mesma imagem, cuidou a requerida de bem resolver a situação pois, conforme admitido pela própria autora, ofereceu-se a ré para realizar os referidos exames novamente, gratuitamente, de maneira a resolver de forma correta e tempestiva a falha em que incidiu, exatamente dentro dos parâmetros previstos pelo Código de Defesa do Consumidor [...] Sendo assim, não se verifica que a autora tenha se submetido a qualquer tipo de procedimento que tenham lhe acarretado despesas indevidas e consequente dano material a ser reparado. Por esse mesmo motivo, também não se verifica dano moral a ser indenizado, pois a autora só tomou conhecimento dos diagnósticos em duplicidade e contraditórios no consultório de seu médico, sendo certo que sequer chegou a ter a oportunidade de se angustiar ou se assustar com tal fato porque o seu médico, de plano, já evitou tal situação ao afastar o diagnóstico errado [...] **logo, ainda que se afira erro de procedimento da ré, por sorte, estava o médico da autora atento. (Grifos nossos).**

Observa-se que diagnóstico foi correto no momento em que a autora entregou o exame ao médico. Assim, não foi motivo passível de indenização por danos morais.

Desta feita, não há como reparar danos que poderiam ter acontecido baseado em situações que não ocorreram.

Outro em que também não foi reconhecida a responsabilidade civil do profissional em questão, foi o acordão Apelação de nº 0018876-29.2009.8.26.0053 conforme demonstrado a seguir:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. Filha da autora, de 3 anos, que deu entrada no hospital réu, em 03.08.2004, com febre alta e dificuldade respiratória, sendo internada por 8 dias até a alta hospitalar. Piora no estado de saúde, com entrada em outro hospital, poucos dias após a alta, recebendo o diagnóstico de câncer em estado desenvolvido. Óbito ocorrido em 19.07.2006. Prova pericial inconclusiva em razão da destruição do prontuário médico da menor em um incêndio criminoso, aos 09.07.2012. Sentença de improcedência. Apela a autora, alegando que a menor compareceu diversas vezes ao hospital réu, sem que a doença fosse diagnosticada, porém em outro nosocômio recebeu diagnóstico imediato; o medicamento prescrito não era adequado e agravou o estado de saúde da criança; o réu foi negligente ao permitir que seus arquivos fossem incinerados; o réu não conseguiu afastar as alegações da autora; pertinência da fixação de indenização. Descabimento. Erro médico. Não caracterização. Menor que ficou internada no hospital réu por 8 dias, recebendo alta com orientação de encaminhamento ao especialista. Diagnóstico de câncer avançado obtido em outro hospital, dias após a alta hospitalar. Criança que respondeu de forma excelente ao tratamento, até a recidiva da doença. **Impossibilidade de se aferir a possibilidade de diagnóstico prévio, tampouco se o diagnóstico prévio teria evitado a recidiva da doença e o óbito. Responsabilidade objetiva (art. 14, CDC). Necessidade, todavia, da caracterização do defeito no serviço, do dano e do nexo de causalidade. Ausência de elementos aptos a caracterizarem o defeito na prestação do serviço médico, inviabilizando a fixação de indenização. Recurso improvido.**

No caso em tela, a filha da autora, deu entrada no início de agosto de 2004 no hospital requerido, com febre alta e dificuldade respiratória, sobrevivendo sua internação por 8 dias e a alta hospitalar.

Acontece, logo após apresentou piora no estado de saúde, com inchaço na região do pescoço e rosto, sendo encaminhada ao Hospital das Clínicas, onde recebeu o diagnóstico de câncer em estado desenvolvido, e que motivou seu óbito em 19.07.2006.

A prova pericial restou inconclusiva, em razão da impossibilidade de acesso ao prontuário médico da menor, mantido pelo hospital réu, tendo em vista que foi destruído em um incêndio criminoso ocorrido em 09.07.2012 resultando na sentença de improcedência.

A autora apelou, buscando a reforma, pelos seguintes motivos: (i) a menor compareceu diversas vezes no hospital réu, sem que a doença fosse diagnosticada, porém em outro nosocômio recebeu diagnóstico imediato; (ii) o medicamento prescrito no estabelecimento réu não era adequado e agravou o estado de saúde da criança; (iii) o réu foi negligente ao permitir que seus arquivos fossem incinerados; (iv) o réu não conseguiu afastar as alegações da autora; (v) pertinência da fixação de indenização.

O Relator do Acórdão James Siano negou o provimento ao recurso pelos seguintes motivos:

Em que pesem as alegações da autora, e a fatalidade que acometeu a criança, não se vislumbra a demonstração de defeito no serviço prestado pelo réu.

Com efeito, a menor deu entrada no nosocômio em 03.08.2004, permanecendo internada por 8 dias, e recebendo alta em 10.08.2004, com melhora do quadro e orientação de encaminhamento a um especialista (cardiologista).

Todavia, não há como se ter certeza de que a doença estivesse evoluída de modo a possibilitar seu diagnóstico no interregno da internação, permitindo concluir pelo defeito na prestação de serviço do réu.

Tanto que mesmo com a piora do quadro, após a alta hospitalar, e o encaminhamento ao Hospital das Clínicas, o exame realizado sugeriu que deveria se “considerar a possibilidade de doença linfoproliferativa”.

Além disso, não se pode desconsiderar que, submetida a tratamento para Linfoma Não Hodgkin, a menor teve excelente resposta ao tratamento até fevereiro de 2006, quando houve recidiva da doença com infiltração de medula óssea e evolução para óbito.

Assim, não há como saber se havia possibilidade de diagnóstico prévio ao efetuado no segundo hospital, tampouco se um diagnóstico prévio teria evitado a recidiva da doença, muito menos o óbito da criança.

A responsabilidade do hospital, segundo o art. 141 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva, bastando a caracterização do defeito no serviço, do dano e do nexo de causalidade.

Todavia, em que pese o dano experimentado pela autora, não se verifica a ocorrência do defeito na prestação do serviço, não se podendo olvidar que os serviços médicos e hospitalares, em geral, comportam certa insegurança, inerente a sua própria natureza (art. 14, § 1º, II, CDC).

Portanto, apesar do sofrimento vivenciado pela autora, não há elementos nos autos capazes de indicar a existência de defeito no serviço médico prestado, passível de ensejar a compensação moral, tampouco ressarcimento.

Assim, conforme acórdão proferido, está comprovado de que a responsabilidade civil do médico só será caracterizada se demonstrada o defeito no serviço, do dano e do nexo de causalidade.

6 APLICAÇÃO DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE.

A Teoria da Perda de uma Chance surgiu na década de 60 no Direito Francês, onde procura reparar uma chance de quem foi prejudicado. Ou seja, diante de uma conduta ilícita, a pessoa ofendida perde uma chance de obter algo que seria seu por direito.

Essa perda deve ser séria e real por conta do erro do ofensor e será indenizado a perda da oportunidade de auferir uma vantagem em si, e não a perda de uma vantagem.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2015, p. 75):

A teoria da perda de uma chance (perte d' une chance), [...] se utiliza nos casos e que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se 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 melhor emprego, 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 chance.

A indenização paira sobre a expectativa que o ofendido tinha de ganhar determinada vantagem ou evitar algum tipo de prejuízo.

De acordo com Flávio Tartuce (2016, p. 552):

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa idéia, [...] essa chance deve ser séria e real. Buscando critérios objetivos para a aplicação da teoria, Sérgio Savi leciona que a perda da chance estará caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento).

Deste modo, para ser caracterizado a teoria da perda da chance é levado em consideração que o valor do bem não pode ser alcançado por não ter como ser provado, e que a vítima realizaria o resultado se não tivesse sofrido a lesão.

Nos casos de erro médico, a perda de uma chance pode ser configurada pelo erro de diagnóstico ou pelo tratamento inadequado aplicado ao paciente, e diante dessa atitude causa prejuízos ao paciente, nesse caso, deverá ser comprovada a culpa do profissional.

A teoria da perda de uma chance no cenário médico é pautada e relacionada a ideia de que o médico oferece uma proteção ao seu paciente, na qual a

teoria citada tenta amenizar o dano causado a vítima. O médico tem obrigação de seguir os procedimentos corretos.

Dessa forma, um médico que não age de acordo com o tratamento correto e não arca com os cuidados necessários ao paciente, retira a chance que o paciente teria de ter uma boa recuperação e uma melhoria em sua saúde, tendo em vista que se a conduta do médico ao receitar um medicamento inapropriado teria sido ao contrário e receitasse um medicamento e um tratamento adequado, o paciente poderia ter uma chance de sobrevivência.

Sobre o tema:

A presença da teoria da “perte d’une chance”, em um atendimento médico-hospitalar, na sua avaliação em juízo, pode se dizer que fica bem caracterizada quando, mesmo que não se possa dizer com toda certeza que um paciente venha a se recuperar de uma determinada doença, seja possível se admitir que o paciente teve a perda de uma chance de se curar integralmente, ou até mesmo parcialmente, da sua doença, ou mesmo evoluiu para óbito, por não ter o médico empregado todos os meios de investigação e terapêutica, inclusive com o concurso de outros especialistas, à sua disposição para o tratamento da mesma. A culpa, no caso, se caracterizaria pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento, inclusive especializados) de se recuperar de sua moléstia. Pode, neste caso, pois, presumir, o julgador, estar a culpa presente no agir - conduta - do profissional médico, podendo, assim, haver decisão judicial de conceder uma indenização ao paciente, embora até possa vir a ser, na sentença, de menor monta o seu valor pecuniário.⁵

Assim, ao se falar perda da chance, seria possível falar em presunção de culpa por parte do profissional liberal.

Grácia, Cristina Moreira do Rosário, 2009, p. 165, diz que existe uma dificuldade ao comprovar a relação do nexó de causalidade, vejamos:

No que concerne à perda da chance de cura, para deflagrar a responsabilidade civil do médico faz-se necessário um liame objetivo que oferte a chance desejada ao aguardado pelo enfermo. A chance há de ser séria e realizável, sendo indispensável a determinação da identidade do nexó causal ligado à conduta ilícita do agente, como causa obrigatória à realização do evento danoso. A perda da chance só será possível quando der lugar à reparação da lesão procedente de uma oportunidade perdida devida a um erro médico.

⁵ GRÁCIA, Cristina Moreira do Rosário. **Erro médico e a perda de uma chance**. Acesso em: 20 out. 2018.. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4155.pdf>.

Essa dificuldade não pode ser pautada em impedir que se reconheça a perda de uma chance e o direito a indenização, pois feriria a dignidade da pessoa humana e o paciente merece o melhor tratamento possível.

Em relação a natureza jurídica da teoria perda de uma chance, acreditava-se que possuía a natureza de lucros cessantes. Paulo Nader (2009) entende que a perda de chance, quando concreta, real, enquadra-se na categoria de lucros cessantes, ou seja, danos sofridos pelo que se deixou de ganhar ou pelo que não se evitou perder.

Ocorre que, ao ser considerado a perda de uma chance como categoria de lucros cessantes, rebate a ideia de uma certeza, o que não ocorre no âmbito médico como ocorre na perda da chance de cura ou de sobrevivência. O entendimento majoritário é que devesse configurar como natureza jurídica uma categoria autônoma.

Nesse sentido, é pacificado pela doutrina que diante dessas situações, a perda de uma chance ao ser configurada como real e séria deverá indenizar a vítima, pautando ainda na reparação integral de todo o prejuízo causado.

A fixação do valor (o quantum a ser reparado pela perda de uma oportunidade de cura ou de sobrevivência) a ser indenizado pela perda da chance é uma incógnita.

Para Nehemias Domingos de Melo (2011, p. 97):

No que diz respeito aos critérios norteadores para a fixação de um valor que possa a um só tempo, cumprir o papel compensatório para a vítima e sancionatório para o ofensor, a doutrina sugere sejam analisados o grau de culpa (ou dolo) de quem praticou a lesão; a capacidade econômica das partes; as circunstâncias fáticas da ofensa; a intensidade do sofrimento da vítima; as condições sociais e políticas da vítima e o ofensor; dentre outros. Além desses, tudo deve ser sopesado à luz dos critérios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

É necessário analisar as peculiaridades do caso concreto para tal, levando em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na perda da chance o valor nunca vai alcançar o bem perdido. Nesse sentido, a indenização deve ser entendida como um caráter duplo ao profissional da saúde, possuindo caráter de compensar o paciente ao dano sofrido e punir o médico para que tal conduta não se repita.

Conclui-se que o valor da indenização, deverá refletir a chance real, o grau de probabilidade de obter uma vantagem e sofrer um prejuízo.

7 DA RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E PLANOS DE SAÚDE

A culpa dos profissionais liberais é sempre um tema importante nos processos contra conduta médica, dado que a sua inexistência exclui o dever de indenizar. É verificada mediante culpa, caracterizando assim responsabilidade objetiva.

Ao se analisar a responsabilidade dos hospitais, notamos que sua responsabilidade assim como do médico é objetiva. Desse modo, os hospitais se equiparam aos fornecedores diante do Código de Defesa do consumidor, aos serviços defeituosos (serviços que não se dá ao consumidor uma segurança esperada).

Em relação à culpa objetiva dos hospitais, quando ficar comprovado que a lesão aconteceu por culpa exclusiva de terceiros ou até mesmo de seu paciente, a responsabilidade será afastada.

Nos termos do Artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, fica comprovado que se o médico tem vínculo empregatício com determinado hospital, ele responderá objetivamente ao hospital. Acontece que, se o profissional da área da saúde apenas utilizar para internar seus eventuais pacientes particulares, irá ser responsabilizado exclusivamente pelos seus erros, deste modo, o hospital não será responsabilizado.

Se o serviço da unidade de Saúde for prestado sem que haja defeito algum, não podemos falar em indenização ao paciente, mesmo existindo o nexo de causalidade e um dano a vítima. Um grande exemplo são os casos de infecção hospitalar, pois é certo que não podemos evitar todos os tipos de infecções e cada organismo de um paciente funciona de uma maneira diferente da outra. Se o hospital respondesse de uma maneira totalmente objetiva, conseqüentemente arcaria com todos os tipos de infecção.

Deste modo, só será responsabilizado por eventuais infecções, se forem derivadas de um serviço defeituoso.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 278):

Não respondem por indenização decorrente de ato ilícito pela morte de paciente por infecção hospitalar os médicos que cuidaram as vítimas, e sim o hospital onde permaneceu internada. A entidade hospitalar, como fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados à família de paciente internado que veio a falecer em decorrência de infecção hospitalar, eximindo-se desta

responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, caput e parágrafo 3º, I e II, da Lei 8.078/90.

O hospital será responsabilizado pelos danos produzidos por instrumentos e aparelhos hospitalares utilizados na ação danosa.

Em relação aos laboratórios de análises, centro de exames radiológicos, banco de sangue, em geral, sua responsabilidade será objetiva.

Podemos trazer um grande exemplo de responsabilidade objetiva: Imaginemos que em um parto, a falta de aterramento devido em um bisturi elétrico conduz à amputação da perna de um recém-nascido. Nesse caso em questão, quem os pais podem responsabilizar? O hospital, o médico, o fabricante, a equipe; nessas ocasiões, os pais podem responsabilizar primeiramente o hospital, e comprovar que houve um defeito. Posteriormente o hospital poderá acionar o culpado pleiteando o ressarcimento.

É evidente que as unidades de saúde possuem uma função de cuidar dos pacientes e tratar de suas enfermidades, se pautando na ótima conduta médica e em seus deveres com o intuito de minimizá-las. Ocorre que, o risco da enfermidade e consequentemente a morte, não podem ser imputadas ao hospital diretamente. Desse modo, só será responsabilizada se de seu ato ocorrer um dano, deve ser decorrente de um serviço defeituoso, uma vez mostrado o defeito haverá o dever de indenizar mesmo que o hospital tome todos os cuidados necessários.

Assim, sua responsabilidade será afastada se ficar comprovado que o resultado danoso foi ocasionado por circunstâncias fora a conduta médica, ou seja, ocasionado por terceiros e por culpa exclusiva do paciente.

Ao se falar em responsabilidade dos planos de saúde, devemos definir o que vem a ser plano de saúde. Salazar (2007, p. 26) nos traz uma breve noção:

É qualquer tipo de contrato que envolva a prestação de serviços de saúde ou a cobertura dos custos desses serviços, seja pelo mecanismo de reembolso de despesas pagas pelo próprio consumidor ao prestador, seja pelo fornecimento de uma rede credenciada prestadora de serviços. Para tanto, o consumidor paga uma mensalidade e dependendo do caso, arca também com outros custos como franquias e coparticipação.

A relação entre o beneficiário e a operadora é uma relação de consumo, a operadora possui o dever de prestar assistência de acordo com o plano contratado, e o consumidor em troca deverá pagar pela prestação do serviço.

Essa prestação, no entanto, é incerta, tendo em vista que não se sabe se o consumidor irá fazer o uso ou não do plano contratado. O que se tem é que quando necessário o plano deve dar a devida assistência, nos moldes do contrato, para a recuperação da saúde do paciente.

Em relação à responsabilidade civil decorrente de planos de saúde Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 279) nos ensina que:

Já se decidiu que “a empresa locadora direta de serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e nosocômios para suprir as deficiências de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e hospitais que seleciona.

Os contratos celebrados com o plano de saúde são de adesão e cláusulas que muitas das vezes ferem o princípio da boa-fé e se conflita com o Código de Defesa do Consumidor adotou que o plano de saúde na condição de prestadores de serviço, responderá objetivamente pelo serviço que oferece.

O CDC protege os usuários dos planos de saúde, ao passo que se trata de uma relação onde figura aos pacientes como consumidores e os planos de saúde como fornecedores.

Em casos de erro médico, a operadora dos planos de saúde passará a responder solidariamente pelo que aconteceu com o beneficiário do plano. Assim, para o plano de saúde ser responsabilizado, é necessário que o profissional liberal autor do erro tenha sido credenciado ao seu plano.

Desta forma, fica constado que diante o erro médico determinante do prejuízo suportado pelo paciente, devido à má prestação de serviço o plano de saúde responderá objetivamente.

Nessas condições, caberá ao plano de saúde provar que não agiu de forma para prejudicar tal contratante-paciente, e que o médico indicado agiu de boa-fé. Nessas circunstâncias, é possível alegar culpa exclusiva da vítima pelo resultado danoso.

Frisa-se, portanto, que é certo falar que tanto o plano de saúde quanto o médico credenciado pode ser responsável pelo ato danoso.

Por fim, os planos de saúde ao serem responsabilizados pelo erro médico poderão regressar contra o profissional prestador do serviço que ocasionou o dano. A vítima do dano ao responsabilizar somente do plano de saúde, será apreciado

sob a forma objetiva, assim, se optar pela responsabilização do médico, será apreciada sob a forma subjetiva.

8 CONCLUSÃO

A presente monografia buscou estudar o instituto da responsabilidade civil com enfoque na responsabilidade civil decorrente de erro de diagnóstico.

É um tema de grande importância tendo em vista que grandes são os números de ações pleiteando indenização médica.

A medicina não é uma ciência exata, portanto cada paciente pode reagir de uma maneira diferente diante de cada tratamento, resultando isso uma grande importância aos deveres do médico, principalmente o de informação, estando sempre bem atento e agindo sempre de forma profissional durante o exercício de sua profissão.

Nesse passo, é importante salientar que o instituto da responsabilidade civil é um instituto previsto no Código Civil Brasileiro onde estabelece que aquele que causar dano a outrem, possui o dever de repará-lo.

Logo, se o médico no exercício de sua profissão, ocasionar danos ao seu paciente, possui a obrigação de indenizar, ao ser provado que existe o nexo de causalidade entre o ato dano danoso e o seu resultado.

Com base no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do médico é pautada na culpa, denominando-se “subjativa”. Ademais, entre o paciente e o profissional é estabelecida uma obrigação de meio, sendo necessário o emprego de atenção e o emprego de métodos seguros e adequados.

O médico para ser responsabilizado, deve estar claro que os danos causados aos pacientes devem decorrer de negligência, imprudência ou imperícia médica. O paciente possui todo o direito de ser informado sobre riscos e consequências sobre o tratamento escolhido.

O diagnóstico por sua vez é uma obrigação de meios que se insere na teoria da responsabilidade subjativa, onde exige prova da culpa do médico para a reparação do dano. Frisa-se quem sempre o diagnóstico resultará na cura de um paciente, uma vez que a cura se pauta na certeza da probabilidade.

Todavia, é evidente que a medicação e o tratamento compatível com a doença diagnosticada corretamente proporciona uma chance ao paciente de sobrevivência e cura.

É direito do médico de se resguardar contra ações de indenização por danos morais ou materiais, o que deve fazer agindo diante de seus deveres e fornecendo todas as informações ao paciente.

Para os pacientes é possível obter uma indenização justa diante de um erro médico, podendo tornar efetivos seus direitos. Assim, a medicina é uma atividade onde o maior bem tutelado é a vida humana, e deverá ser exercida diante de muita responsabilidade e respeito aos seus pacientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Vol. Cidade: Revista dos Tribunais, vol. 718.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica**. Rio de Janeiro: José Konfibo, 1971.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 19 ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Erro médico: A luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 2004.

DROPA, Romualdo Flávio; Erro Médico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3876. Acesso em 26. Out. 2018.

ESQUIÇATO, Juliane Stuaní – **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO**. ETIC, 2017. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6572>>. Acesso em: 26 out. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 1. ed. (ano 2003), 4 tir. Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, Julio Cezar Meirelles; DRUMOND, Jose Geraldo De Freitas; FRANCA, Genival Veloso De. **Erro Médico**. Editora guanabara Koogan. 4ª Edição, 2002.

GOMES, Julio Cezar Meirelles; Erro Médico: Reflexões. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>. Acesso em 26 out. 2018.

HAZAN, Marcelo. **Erro médico e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI85118,21048>> Acesso em 07 mai. 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade Civil do Médico**. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Responsabilidade Civil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 5.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Nehemias Domingos de. **Dano Moral – problemática: do cabimento À fixação do quantum**. 2ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2011.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. 4. Ed. São Paulo: Lejus, 1998.

_____, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5º. Ed. São Paulo. 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Responsabilidade civil. Vol. 7. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação**. Portal Conteúdo Jurídico. 31 mai. 2010. Disponível em

http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=64
1 Acesso em 04 maio 2018.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROMANO, Rogério Tadeu; A Responsabilidade Civil Do Médico. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/53521/a-responsabilidade-civil-do-medico>>. Acesso em 26. Out. 2018.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALAZAR, Andréa Lazzarini. **Novo guia de planos de saúde** / Andréa Lazzarini Salazar, Karina Grou. 2. ed. São Paulo: Globo, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 994080452164 (6129084600) – Comarca de Origem: Poá - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 994080424203 (6151574000) – Comarca de Origem: São Paulo - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de direito civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Florence.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e perda de uma chance**. Acesso em: Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4155.pdf.%20Acesso%20em%2010%20de%20outubro%20de%202018>>

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

_____, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Editora Método. São Paulo. 2016.

VALLER, Wladimir. **A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 3ª ed. Campinas- SP, E. V. Editora LTDA, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

_____. **Código de Ética Médica.** Resolução do CFM nº 1.931/2009.