

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

**FACULDADE DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO**

Jeniffer Gonçalves Pereira

Presidente Prudente/SP  
2017

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

**FACULDADE DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO**

Jeniffer Gonçalves Pereira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente/SP  
2017

# **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO**

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

## **Banca Examinadora**

---

Wilton Boigues Corbalan Tebar  
(orientador)

---

Ligia Maria Lario Fructuozo

---

Luciane Grigoletto Guarizi

Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.

Charles Chaplin

Dedico este trabalho a minha  
família, fonte de amor e  
perseverança.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por sempre ter me concedido saúde, fé e a benção de ter por perto bons amigos que me ajudaram a concluir esta etapa, superando todas as dificuldades.

Aos meus pais que são exemplos de superação, a ambos minha eterna gratidão por todos os dias me incentivarem a buscar o conhecimento.

As minhas amigas e companheiras de estudo Izabela Gardenal e Monique Cavalcante por todo apoio e companheirismo durante o curso.

Ao Dr. Wilton Boigues Corbalan Tebar, advogado, professor e orientador pela eficiente orientação concedida durante minha produção monográfica.

A Dra. Ligia Maria Lario Fructuozo, advogada e coordenadora do EAAJ – Escritório de Aplicação de assuntos Jurídicos, onde pude estagiar e obter um aprendizado imensurável e inesquecível.

A Dra. Luciane Grigoletto Guarizi, advogada que me acompanhou durante o período de estágio e por quem tenho muito carinho e admiração.

Por fim e não menos importante sou grata a todos aqueles que direta ou indiretamente fizeram parte da minha jornada acadêmica.

## RESUMO

Neste trabalho de conclusão de curso a autora debate sobre a polemica do erro de diagnóstico médico e trata do erro médico em geral, sob a ótica da responsabilidade civil, além de abordar a temática sob uma perspectiva diferenciada, qual seja, vislumbrando hipóteses em que não só os pacientes mas também os médicos acabam por ser entes vulneráveis, tendo em vista a impossibilidade da ciência identificar todas as doenças e anomalias que podem acometer o ser humano, dada a complexidade da atividade médica. Dispõe sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor, sobre o Código de Ética médica, sobre a teoria da perda de uma chance, dentre outros tópicos; além de apresentar acórdãos jurisprudenciais para que o tema ora estudado se verifique no caso em concreto. Para o desenvolvimento deste trabalho se fez imprescindível um estudo evolutivo sobre a responsabilidade civil e a análise de casos reais, a fim de se demonstrar que poderá haver situações em que o medico será da mesma forma que o paciente, vulnerável no exercício de seu ofício.

**Palavras-chave:** Erro médico. Erro de diagnóstico. Responsabilidade subjetiva. Obrigação de meio. Indenização.

## **ABSTRACT**

In this essay for course conclusion, the author debates the controversy of the error of medical diagnosis and medical error in general, from the perspective of the peculiarities of civil responsibility, besides treating the subject from a different perspective, that is, looking at hypotheses in which only the patients, but also the doctors can be considered vulnerable, considering the impossibility of the science to predict all the diseases and anomalies that can affect the human being, emphasizing the divergences regarding the normative incidence and dealing with the application of the Code of Defense of the consumer. For the development of this work, it was essential to analyze concrete cases in order to demonstrate the most common mistakes made by physicians in providing a diagnosis to the patient, as well as to demonstrate that there are situations in which the physician will be the vulnerable agent of the relationship.

**Keywords:** Medical error. Diagnostic error. Subjective responsibility. Medium Obligation. Indemnity.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEM – Código de Ética Médica

CRM – Conselho Regional de Medicina

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	12
2.1 Origem e conceito.....	13
2.2 Elementos para a caracterização.....	18
2.3 Teorias ou espécies .....	20
2.4 Função da Responsabilidade Civil na atualidade .....	22
2.5 Responsabilidade contratual e extracontratual .....	23
<b>3 A TEORIA SOBRE O ERRO</b> .....	25
3.1 Conceito .....	25
3.2 Espécies .....	26
3.3 Do Erro Médico.....	27
3.4 Código de Ética Médica – Direitos e deveres.....	30
<b>4 O ERRO DE DIAGNÓSTICO</b> .....	34
4.1 Da responsabilidade dos hospitais e clinicas .....	38
4.2 Das excludentes de responsabilidade civil médica.....	41
4.3 Da incidência do Código de Defesa do Consumidor .....	42
4.4 Análise de caso.....	47
4.5 A teoria da perda de uma chance.....	48
4.6 Da vulnerabilidade do profissional .....	50
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	53
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	55

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade médica possibilita desde os primórdios da civilização a identificação e a cura de diversas doenças, preservando a saúde do homem. Sendo que todos os indivíduos da sociedade, inevitavelmente foram ou serão atendidos pelos profissionais que exercem a medicina, restando clara a importância do médico em nossas vidas.

Direitos fundamentais como o direito a saúde, a vida, a dignidade da pessoa humana e a integridade física, ressaltam a importância de se discutir a responsabilidade civil do médico, pois a atividade médica está intimamente ligada a estes, em especial a vida, que é o principal bem jurídico tutelado por nossa Constituição Federal.

Não se pode exigir destes profissionais a infalibilidade, não nos parece justo já que “errar é humano” além de que um bom profissional jamais pretende incidir em erro, no entanto, há fatores comuns do dia a dia como o estresse, o excesso de trabalho e até mesmo um pequeno momento de desatenção, sem a menor intenção de prejuízo, que podem provocar danos irreversíveis ou causar a morte de um paciente.

Superou-se há muito tempo atrás a ideia da sociedade que enxergava o médico como um ser dotado de poderes sobrenaturais. Diante dos avanços da tecnologia e da ciência a sociedade está atenta aos seus direitos, não aceita mais o plano passivo nesta relação e procuram, sobretudo, por um atendimento/tratamento médico de qualidade.

Impende ressaltar que, o objetivo do tema escolhido é voltar à atenção da sociedade para a quantidade de demandas judiciais ajuizadas em decorrência de diagnósticos errôneos, demonstrar os cuidados que podem ser tomados para que diminua o índice destes erros, além de analisar a responsabilização do médico sem desconsiderar que nem todo mau resultado, ou erro, decorre de uma má prática do profissional, sendo importante demonstrar que o médico em muitas situações não concorrerá para o evento danoso.

Neste viés, esta pesquisa buscou traçar parâmetros e sugestões para a diminuição da problemática, visando dar maior importância ao tema, além de vislumbrar a figura do médico como ente vulnerável em determinadas situações.

Para a formulação do presente trabalho utilizou-se o método dedutivo, permitindo um aprofundamento na realidade, partindo da análise geral para o entendimento de casos específicos.

Desta forma o estudo fora realizado sequencialmente. Partiu-se inicialmente de uma análise histórica do surgimento da responsabilidade civil, evoluindo de acordo com a sociedade, acompanhando-a até os moldes dos dias atuais, abordando suas principais teorias.

Em um segundo momento apresentou-se o instituto do erro médico e as premissas estabelecidas no Código de Ética Médica.

Por fim, tratou-se do erro de diagnóstico e suas peculiaridades. Deu-se ênfase na responsabilização do profissional e se discutiu a responsabilização dos hospitais e clínicas frente a este e outros erros médicos; imprescindível se fez analisar esta relação: médico x paciente perante o Código de Defesa do consumidor.

E ainda, ao discutir sobre o erro de diagnóstico médico, se fez necessário abordar a chamada teoria da perda de uma chance, cuja aplicação é reconhecida pelo STJ, exigindo, no entanto, que o dano seja real, atual e certo.

Neste sentido, a presente pesquisa traz diversos entendimentos jurisprudenciais a fim de demonstrar o quão comum, importante e imprevisível é o assunto tratado.

## 2 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil é um ramo do Direito Civil frequente em toda sociedade, visto que todo e qualquer cidadão está sujeito a causar ou sofrer um dano passível de reparação.

Notório é que grande parte das demandas judiciais atuais buscam a responsabilização de outrem pelos danos ocasionados, objetivando diminuir os prejuízos causados com o devido ressarcimento as vítimas.

Aduz Maria Helena Diniz (2010, p. 13):

Todo aquele que causa dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica, fica obrigado a repará-lo, reestabelecendo o equilíbrio rompido (CC.art. 186 c/c art. 927), cabendo ao lesado a prova, no caso concreto, de dolo ou culpa do agente. Quando a responsabilidade advém de ato do próprio imputado, ela será direta

A origem deste instituto está calçada na concepção de vingança privada, primitivamente considerada a reação pessoal contra o mal sofrido, é dessa visão que parte o direito romano, que então passa a regular esta reação pessoal, intervindo na sociedade, a fim de permiti-la ou excluí-la.

Este ramo frequente do Direito Civil denominado “Responsabilidade Civil” acompanha a evolução da sociedade, sendo que sua regulamentação veio para impedir que a solução dos conflitos ocorra através do exercício arbitrário das próprias razões (autotutela), impedindo, portanto, que o indivíduo reaja como bem queira diante do mal que lhe fora causado.

Evidentemente a vedação da autotutela tem a finalidade, sobretudo, de garantir um bom convívio entre os cidadãos, além de garantir a justiça na resolução dos conflitos de interesses.

Inúmeras são as hipóteses que ensejam a responsabilização do agente pelos danos por ele provocados, sendo que o direito não pode tolerar que as pessoas que sofram diretamente estes prejuízos fiquem sem reparação.

## 2.1 Origem e Conceito

Nos primórdios da humanidade ao sofrer um dano, o sujeito desencadeava uma reação brutal, imediata e instintiva, pois nenhum tipo de limitação era imposta a ele, este sistema era denominado vingança privada.

Sobre a Responsabilidade Civil, conceitua Silvio de Salvo Venosa (2010, 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. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 26 e 27):

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa lesante dano idêntico ao que experimentou

Percebendo que seu patrimônio ou seu próprio corpo estava sendo lesado por outrem, o homem reagia instintivamente buscando impedir qualquer tipo de prejuízo, ou se já verificado a ocorrência de um dano, o homem buscava uma compensação pelo mal sofrido.

Nas raízes do direito romano, expõe o advento da responsabilidade civil o autor Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 52):

De fato nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calçada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido. É dessa visão do delito que parte o próprio direito romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da pena de Talião, da qual se encontra traços na Lei das XII Tábuas

A referida lei de talião vigorou em uma fase selvagem, primitiva em que o indivíduo agia de forma espontânea diante da agressão sofrida, visto que ele rebatia a agressão com outra agressão, ocasionando um dano compatível ou ainda pior ao que lhe fora causado.

Essa era a solução mais comum para todos os povos da antiguidade e justamente nesta ideia de vingança privada a lei de talião ganhou força, expressa pela máxima: “olho por olho, dente por dente”, cuja função era reparar o mal pelo mal.

A própria palavra define este sistema visto que “talião” vem do latim “talio”, que significa “tal” ou “igual”, ou seja, a ideia inicialmente era a reparação na exata intensidade, porém, ao longo do tempo esta premissa se perde e acaba por surgir punições cruéis e injustas.

Flávio Tartuce expõe em sua obra as lições de Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 316):

A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo à necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. De toda sorte, deve ficar claro que o elemento culpa somente foi introduzido na interpretação da Lex Aquilia muito tempo depois, diante da máxima de Ulpiano segundo a qual a in lege Aquiliaet levíssima culpa venit, ou seja, haveria o dever de indenizar mesmo pela culpa mais leve. (Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria geral..., 2008,p.246)

Observa-se que desta forma, ao invés de ocorrer à devida reparação do dano, ocorriam dois danos, se não mais, sendo importante mencionar que quase sempre os indivíduos eram mortos ou brutalmente feridos, não havendo nenhuma proporcionalidade naquele ato, o que mais se assemelha com a própria vingança, uma satisfação pessoal, fazendo com que o outro indivíduo experimente uma lesão descabida, visto que o emprego de força física sempre acabava ultrapassando os limites.

Portanto, caracterizou-se este período como uma fase cruel, em que predominava um sistema injusto, baseado no desejo de vingança pessoal e não na necessidade de se punir com justiça.

Após este período, resumidamente, vivemos uma fase de composição voluntária, onde o indivíduo percebendo que não obtinha a reparação do dano, e de

fato, apenas estava ocasionando um novo dano, passou a substituir a retaliação por uma compensação de ordem econômica.

Segundo o entendimento de Maria Helena Diniz (2010, p. 11):

Depois desse período há o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da poena (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos à res publica), e do lesado, se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de particulares) – do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido

Desta forma, ao perceber que ele poderia receber uma recompensa material pelo dano sofrido, ser ressarcido financeiramente ao invés de empregar um castigo físico; o homem superou a fase em que agia instintivamente.

Importante mencionar que a culpa, neste período, ainda não era cogitada como elemento necessário para responsabilização de alguém, ou seja, não era preciso culpa para ensejar a indenização, a responsabilidade era puramente objetiva, dispensando-se a análise deste elemento.

Com o passar do tempo e as alterações na estrutura do Estado, as autoridades soberanas passaram a proibir a vingança privada, não permitindo mais a justiça com as próprias mãos, então, o Estado passa a se colocar no lugar do sujeito lesado, e regular a pena do causador do dano, sendo que a composição deixa de ser voluntária e passa a ser obrigatória.

Eis que surge a composição tarifada, nada mais que a tarifação dos danos, sendo que a cada caso concreto era fixado um valor a ser pago pelo ofensor, como pena.

O Estado notando que também era lesionado quando perturbada a ordem pública, optou por dividir os delitos em duas categorias, quais sejam, os delitos públicos (que eram as ofensas mais graves, de caráter perturbador a ordem) e os delitos privados (aqueles cuja autoridade estatal intervinha para fixar a composição).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 07):

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e

os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal

A devida punição ao causador do dano, portanto, ficou por conta do Estado, e este instituiu como meio a ação indenizatória, colocando a responsabilidade civil ao lado da responsabilidade penal.

Posteriormente a este período, surgiu a Lei Aquília, sendo esta uma divisa e referencial extremamente importante na evolução da responsabilidade civil, trouxe um princípio geral que regula a reparação de danos e tornou-se alicerce para o desenvolvimento da responsabilidade civil atual, esta, baseada na culpa.

Maria Helena Diniz em sua obra “Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil” (2010, p.11):

A Lexaquilia de Damno veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a arbitrar o dano à conduta culposa do agente. A Lex Aquilia de Damno estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor

Afastou-se a responsabilidade objetiva (independente de culpa) e passou-se a analisar o elemento subjetivo “culpa” para caracterizar a obrigação de indenizar.

A chamada “Lex Aquilia” se dividia em três capítulos, o primeiro regulamentava os casos de morte de escravos e quadrúpedes que pastavam em rebanhos; o segundo capítulo tratava sobre o dano causado por um credor acessório ao credor principal, que abate a dívida em prejuízo do outro credor; já o terceiro e considerado mais importante capítulo, regulava o “*damnum injuria datum*”, nada mais que a destruição da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem direito ou escusa legal.

Neste sentido, Pablo Stolze (2010, p.53):

Um marco na evolução histórica da Responsabilidade Civil se dá, porém, com a edição da Lex Aquília, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado

Esta lei inseriu efetivamente o elemento subjetivo da culpa para a caracterização da responsabilidade civil, sendo necessário a partir de então, constatar no ato do agente, “a intenção” ao lesionar outrem, excluindo a anterior responsabilidade objetiva, bem como a ideia de pena que agora passava a ser a justa indenização.

Desta forma, além de fixar parâmetros que passaram a regulamentar a reparação do dano, através da indenização, a Lei Aquília introduziu a culpa como elemento fundamental da responsabilidade.

Como anteriormente exposto, podemos conceituar a responsabilidade civil de forma simples como sendo a obrigação de reparação a outrem, pelos danos ocasionados.

Um ato coercitivo que faz com que o causador do dano, repare os prejuízos suportados pela vítima.

Para Flávio Tartuce (2011, p. 315 e 316):

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C.

Encontramos a previsão legal deste instituto nos artigos 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e no artigo 927 do mesmo diploma legal, que dispõe: “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Maria Helena Diniz nos traz a seguinte definição (2011, p. 50):

Poder-se á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral, ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva)

Interpretando estes dispositivos, concluímos que o instituto é de fato uma obrigação imposta pela lei, obrigação de ressarcir todo e qualquer dano causado a alguém, e para a sua ocorrência, extraímos os elementos expostos nos artigos supramencionados, quais sejam: a conduta (ação ou omissão), o dano, o nexo de causalidade e eventualmente a culpa.

Salientando que este último elemento (culpa) é dispensado para a ocorrência da responsabilidade objetiva.

Para Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 17):

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade

Há na doutrina grande divergência quanto aos pressupostos necessários para a ocorrência da responsabilidade civil, mas a presença necessária de três dos elementos referidos é indiscutível: deve haver necessariamente a ação, sendo esta comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade.

## **2.2 Elementos Para a Caracterização**

Desde a introdução da Lei Aquília, o entendimento que predominou foi o de haver a necessidade da análise do elemento subjetivo, ou seja, só haveria a devida indenização se demonstrada a culpa do agente, necessariamente a conduta do agente ativo deveria ser culposa, caso não fosse, não haveria a obrigação de indenizar o dano.

De forma que para haver a responsabilidade civil será preciso quatro elementos fundamentais: conduta (ação ou omissão), dano, nexo de causalidade e culpa.

Maria Helena Diniz, sobre o elemento culpa (2011, p. 58):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever

Para o autor Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 66):

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)

Verifica-se que a culpa como elemento de responsabilização gera divergência, para o autor supramencionado, por exemplo, não podemos estabelecer a noção de culpa como pressuposto geral da responsabilidade civil.

A regra geral do direito brasileiro é a responsabilidade subjetiva, com a análise da culpa do agente, sendo que a responsabilidade objetiva (sem culpa), somente pode ser aplicada quando há autorização expressa na lei.

Inexistindo permissão para a sua aplicação, a teoria clássica/subjetiva vigora em nosso ordenamento, devendo estar presentes os quatro elementos para sua caracterização: Conduta humana/ação (positiva ou negativa), dano ou prejuízo, o nexo de causalidade e culpa.

Conduta (ação ou omissão) se trata da exteriorização da atitude do homem, que de forma voluntária, gera consequências relevantes para o direito, sendo esta conduta comissiva, significa dizer que ela se materializa no plano concreto, através de um ato positivo, e por omissiva, entende-se a conduta negativa.

Dano: é a lesão experimentada pela vítima, o prejuízo, se trata do elemento central para a caracterização da responsabilidade civil, salientando que este dano experimentado pela vítima precisa ser injusto, não sendo, afasta-se a possibilidade de responsabilização.

Nexo causal: é a relação de causalidade, o liame de causa e efeito entre a conduta praticada pelo indivíduo e o dano experimentado pela vítima; a análise deste elemento nos casos concretos, na maioria das vezes é tarefa árdua, devido à insuficiência de seu conceito naturalístico.

Culpa: como já mencionado, este elemento é fator essencial para a responsabilidade subjetiva, e dispensado na objetiva. Em síntese, se um indivíduo, através de uma ação ou omissão causar dano a outrem, sendo sua conduta dotada de voluntariedade, negligência ou imprudência, ele ficará obrigado a repará-la.

Traduz-se em um comportamento contrário ao direito, revela a violação de um dever preexistente que importa na falta ou na inobservância de um ato que o indivíduo era obrigado a conhecer/observar.

Para haver culpa é preciso que o resultado seja previsto pelo agente, ou sob o ponto de vista do homem mediano, ser aquele resultado danoso ao menos previsível e evitável, salientando que a culpa pode ser dividida em graus (grave, leve ou levíssima).

### **2.3 Teorias ou Espécies**

Após a edição da Lei aquílica, a chamada teoria clássica ganhou força, tornando-se necessário analisar a responsabilidade civil sob o aspecto do elemento subjetivo culpa.

Esta teoria compreendia 4 (quatro) elementos essenciais para sua caracterização, quais sejam: a ação ou omissão do agente, o dano decorrente desta ação, a relação de causalidade e a culpa. Também chamada de responsabilidade subjetiva, esta integra e prevalece até os dias atuais em nosso ordenamento jurídico.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.30):

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. 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. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa

Constitui-se na obrigação de reparar os danos dolosos e os danos culposos (não intencionais, mas causados pela negligencia, imprudência ou imperícia), que violem direitos alheios.

No entanto, com o decorrer do tempo e os avanços da sociedade, devido a grande gama de situações que a teoria clássica não podia abranger, mais especificamente devido aos avanços provocados pela revolução industrial, se tornava cada vez mais difícil a comprovação da culpa em certas condutas lesivas, de forma que a responsabilidade subjetiva que até então reinava de forma absoluta,

abriu espaço para a responsabilidade objetiva, esta que há muito tempo havia sido ultrapassada, tornou a vigorar em nosso ordenamento.

Ainda sob o ponto de vista do autor Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.30):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexos de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige a prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível

Neste sentido o autor aduz que (2008, p.10):

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultante (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi comoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)

Desta forma surgiu à chamada “teoria do risco”, que excluiu o elemento “culpa” dos elementos essenciais caracterizadores de responsabilização, sendo que através desta teoria, se considera o simples exercício da atividade perigosa como fundamento de responsabilidade civil.

Por este viés objetivo de responsabilização, se faz necessária apenas a verificação da ocorrência do dano e a verificação dos prejuízos; sendo o mero risco o elemento caracterizador.

Ocorre que esta nova concepção de responsabilidade objetiva se subdividiu em diversas espécies, de acordo com as diferentes correntes doutrinárias que surgiram na época, como a teoria do risco integral, teoria do risco criado, teoria do risco profissional, risco – proveito, entre outras.

O parágrafo único do artigo 927, em nosso atual código civil, positiva uma destas teorias, sendo esta a teoria do risco criado.

Segundo esta teoria, quem submete outrem a qualquer tipo de risco, em razão da atividade que desenvolve, independentemente de obter proveito da situação ou não, estará obrigado a responder pelos prejuízos que a vítima venha a suportar.

Justifica a adoção desta teoria, Carlos Roberto Gonçalves, ao expor (2008, p. 9):

O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas. Nos últimos tempos ganhou terreno a chamada teoria do risco, que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima

Cabe reforçar que aqui, se faz necessária a reparação do dano independentemente de dolo ou culpa, pautando-se apenas na justificativa do risco.

Isto posto, concluímos que na teoria do risco se considera o simples exercício da atividade perigosa como fundamento de responsabilidade civil, se o agente exerce determinada atividade que possa oferecer qualquer tipo de perigo, o mesmo ficará obrigado a ressarcir os prejuízos que advirem de tal atividade, assumindo, portanto, os riscos de sua atividade.

#### **2.4 Função da Responsabilidade Civil na Atualidade**

O instituto vem avançando gradativamente, observamos as reações primitivas diante da violação do direito do homem, especificamente quando lhe causavam um dano passível de reparação, e verificamos a forma com que nossos antepassados lidavam com esta violação.

Conforme a sociedade evolui, a responsabilidade civil se desenvolve e se aperfeiçoa, deixando de se caracterizar por uma conduta que envolve a satisfação pessoal e o sentimento de vingança, para caracterizar-se como um meio de justa reparação de danos.

A responsabilidade civil esta ligada a conduta do agente que provoca danos através de sua ação ou omissão; sendo que atualmente, a regra geral em vigor é a responsabilidade subjetiva.

No que tange ao conceito e aos pressupostos, vimos que a maioria dos autores são praticamente uniformes, apesar da divergência sobre a necessidade da culpa como elemento ou não da responsabilidade civil, sendo que prevalece a análise da culpa como pressuposto caracterizador de responsabilização.

Neste sentido, nota-se sua grande importância, pois rege o bom convívio e as relações jurídicas.

Neste sentido expõe Maria Helena Diniz (2011, p. 05):

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”

Como já exposto, o que vigora na atualidade é a responsabilidade subjetiva (sendo necessário a análise da culpa do agente), porém, “a exceção” da responsabilidade objetiva (que implica na responsabilização independentemente de culpa), vem se tornando de aplicabilidade rotineira, tendo em vista a grande gama de casos em que se torna dispensável a verificação da culpa do agente ofensor.

A vontade de ver reestabelecido o equilíbrio violado é o que enseja a responsabilização, de fato, constitui uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento.

## **2.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual**

A diferença é meramente didática, independente do tipo de responsabilidade será sempre necessário que esteja presente os elementos ensejadores, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. E em se tratando de responsabilidade subjetiva, a culpa deverá sempre existir quer a responsabilidade derive de um contrato ou não.

Na responsabilidade contratual, a obrigação decorre do não cumprimento do contrato existente. Dispõe o art. 1.056 do CC que não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, o devedor responderá por perdas e danos.

Existe, portanto, a responsabilidade contratual quando há uma inexecução obrigacional que decorre de um contrato.

Neste sentido, aduz Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 15):

Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma

obrigação imposta por preceito geral de direito, ou pela própria lei. É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação

Por outro lado, a responsabilidade é considerada extracontratual ou aquiliana, quando não se cumpre uma obrigação estabelecida por lei, há um inadimplemento normativo. Podendo ser subjetiva se houver culpa do devedor ou objetiva, não dependendo de culpa.

Para Flávio Tartuce (2010, p. 330):

No que concerne à classificação da responsabilidade civil, repise-se que se pode falar, inicialmente, em responsabilidade civil contratual ou negocial, situada no âmbito da inexecução obrigacional. Sendo uma regra prevista no direito romano, a força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) traz a previsão pela qual as cláusulas contratuais devem ser respeitadas, sob pena de responsabilidade daquele que as descumprir por dolo ou culpa. Mas, conforme este autor tem defendido em todos os seus trabalhos, essa regra vem sendo bastante relativizada ou mitigada diante da influência da doutrina da função social dos contratos e da boa-fé objetiva (princípios sociais contratuais)

Pode ainda ser classificada como simples/direta ou complexa/indireta.

A primeira hipótese ocorre quando a obrigação derivar de um ato próprio imputado diretamente. Neste sentido será indireta ou complexa se derivar de um ato de terceiro, com quem o agente possui vínculo legal.

### 3 A TEORIA SOBRE O ERRO

Entende-se viciado o negócio jurídico quando a vontade que o gera é mal expressa, mal formulada ou quando se pretende enganar/prejudicar terceiros.

Ao constatar a presença de vícios de consentimento, sendo o erro uma das modalidades de vício, estabelece o art. 171, II do Código Civil a anulabilidade deste ato, sendo facultado as vítimas reclamar judicialmente.

#### 3.1 Conceito

Inicialmente insta salientar que atos voluntários destinados a produzir efeitos na esfera jurídica são considerados negócios jurídicos. Sua constituição depende da associação de três elementos: emissão de vontade dos agentes; os efeitos jurídicos por eles desejados e a aprovação do ordenamento jurídico.

Havendo a junção destes elementos passará a existir o negócio jurídico, que para ser válido precisa respeitar ainda determinadas especificidades, sob pena de ser considerado nulo ou anulável.

Importante mencionar também que o negócio jurídico pode se constituir mesmo que de forma defeituosa, em razão de algum vício que o impede de produzir seus efeitos da forma que inicialmente pretendiam as partes.

Em nosso Código Civil atual existem seis tipos de defeitos do negócio jurídico, sendo o erro um deles, bem como o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.

O presente estudo irá se limitar a estudar apenas um deles, qual seja: o erro ou ignorância, que embora sejam institutos diferentes, recebem o mesmo tratamento jurídico.

O erro nada mais é que um falso conhecimento sobre determinado fato, não se confundindo com a ignorância, pois esta última é o completo desconhecimento sobre a situação fática.

É uma modalidade de vício de consentimento onde se tem uma falsa percepção da realidade, o indivíduo engana-se sozinho em relação ao objeto, pessoa, negócio, ou direito.

Importante mencionar que quando o agente é induzido a erro por terceira pessoa, deixa de se caracterizar erro e passa a ser considerado dolo.

O que evidencia o erro é o fato de ser espontâneo, não há induzimento, o individuo acaba incidindo em erro por fazer uma interpretação incorreta sobre os fatos.

### **3.2 Espécies**

Nem toda espécie de erro é capaz de anular o negócio jurídico, regula este instituto, o artigo 138 do Código Civil, ao dizer que são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligencia normal, em face das circunstancias do negócio.

Podemos extrair três requisitos do artigo supramencionado, sendo: a substancialidade, o reconhecimento do erro por pessoa de diligencia normal e a escusabilidade.

Em outras palavras, para ser capaz de anular o negócio, o erro precisa ser substancial, imperceptível, bem como, irreconhecível por pessoa de diligencia normal e, neste sentido precisa ainda ser justificável, de forma que qualquer outra pessoa nas mesmas condições também agiria de forma equivocada.

Adentrando as espécies de erros, temos o erro substancial, que é aquele que possui importância determinante para o agente, no sentido de que se o agente conhecesse a verdade, não praticaria o ato.

Há o erro acidental, que se opõe ao substancial, por se referir a uma circunstancia de menor importância, uma qualidade secundária do individuo ou da coisa. Aqui o negócio jurídico se realizaria ainda que o erro fosse percebido, sendo que esta espécie de erro não anula o negocio jurídico, visto que não causa prejuízo.

Entende-se por “erro real” aquele que importa efetivo prejuízo ao interessado, deste modo o erro poderá ser real substancial ou real acidental.

Quanto ao erro escusável, esta é a modalidade de erro justificável, desculpável, ou seja, há por trás da conduta adotada uma razão plausível, importante destacar que o atual código civil adotou um padrão abstrato para se aferir a escusabilidade, considerando as características do “homem médio”.

Erro quanto ao objeto: é quando o agente incide em erro por equivocarse quanto a qualidade ou identificação do objeto do negócio jurídico.

Erro quanto ao negócio: “error in negotio” quando o erro incide sob a espécie negocial, o indivíduo acaba praticando ato diferente de sua intenção.

Erro quanto à pessoa: está relacionado ao equívoco quanto à identidade, ou qualidade de pessoa determinada.

Deste modo quando o indivíduo desconhece a realidade (ignorância), ou a interpreta e a representa de forma equivocada (erro propriamente dito), haverá a possibilidade de anular o negócio ora realizado.

### 3.3 Do Erro Médico

Esta modalidade de erro se caracteriza com a falha profissional imputada ao sujeito que exerce a medicina, aqui obtém-se um resultado diverso do pretendido em virtude da ação ou omissão do profissional.

Para Sergio Cavalieri filho (2010, p. 387):

Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa medica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável à mediana cultura medica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

A prestação de serviços médicos é obrigação de meio, tendo em vista que o profissional não pode afirmar com exatidão que curará o indivíduo e a prova do elemento subjetivo (culpa) neste sentido é imprescindível.

A responsabilidade civil no erro médico segue a mesma lógica da responsabilidade civil genérica, sendo obrigação do médico que praticou uma conduta com a intenção de causar dano ou com culpa, ressarcir todos os prejuízos decorrentes de seu ato.

Segundo Maria Helena Diniz (2010, p. 311,312):

Embora nosso Código Civil tenha regulado a responsabilidade médica no capítulo atinente aos atos ilícitos, tal responsabilidade, a nosso ver, é contratual. Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico

cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. Assim, se o médico operador for experiente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem da eventual seqüela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são, em regra, de meio e não de resultado

Como não há risco profissional, há a necessidade de se demonstrar a culpa do agente (negligência, imprudência ou imperícia) para sua responsabilização.

Sobre o erro médico, expõe Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 261,262):

Estabelecida a premissa de que a responsabilidade civil do médico, como atividade profissional (liberal ou empregatícia), é subjetiva, vem a lume a questão do erro médico. De fato, a prestação de serviços médicos não consiste em uma operação matemática, em que o profissional pode afirmar, de forma peremptória, que curará o indivíduo, dada a sua condição, em regra, é obrigação de meio. Por isso, a prova do elemento anímico (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional.

A análise da culpa é feita de acordo com o caso em concreto, sendo a averiguação dos procedimentos adotados com o paciente.

Neste esteio, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 238,239):

É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão. Portanto, para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de "meio" e não de "resultado". O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência

Sendo assim, usufruindo de todos os recursos necessários, os médicos possuem o dever de tratar seus clientes/pacientes com total zelo, contudo não se obrigam a cura, havendo de arcar com a responsabilidade civil apenas quando incidirem em qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Ressalta-se que o médico pode responder ainda não só por ato danoso próprio, como também por aqueles atos danosos praticados por terceiros, desde que estejam sob suas ordens.

Carlos Roberto Gonçalves de forma sucinta explica (2008, p. 240,241):

Assim, por exemplo, presume-se a culpa do médico que mandou sua enfermeira aplicar determinada injeção da qual resultou paralisia no braço do cliente. Convém lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave, para responsabilizá-lo. Esta severidade é ainda maior no tocante aos médicos especialistas. Ao médico que diz ter conhecimento e habilidade especiais para o tratamento de um órgão ou doença ou ferimentos específicos, é exigido desempenhar seu dever para com o paciente, empregando, como tal especialista, não meramente o grau normal de habilidade possuído pelos praticantes em geral (...)

Portanto, o erro médico pode ser dividido em erro culposo e erro doloso, sendo o culposo o que vem sendo tratado no presente trabalho, aquele que se verifica quando o médico incide em negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência se verifica pelo descaso e pela omissão. Ocorre por exemplo, no abandono de um doente quando este necessitar de cuidados especiais, ou pela saída de um médico do plantão antes da chegada de um outro substituto, ainda, quando um médico não concede a devida atenção às informações fornecidas pelo paciente para a elaboração do diagnóstico, dentre diversas outras situações corriqueiras e comuns no sistema de saúde brasileiro.

A imprudência está ligada a temeridade, um procedimento realizado sem cautela. Por exemplo: quem age com imprudência usa técnica ainda não testada ou emprega uma técnica antiga, ou com pressa, ou, por exemplo, pratica ato de especialidade diversa da sua área de atuação, sem estar devidamente capacitado, salvo em casos de emergência.

Já a imperícia se caracteriza pela falta de habilidade, pelo despreparo técnico do indivíduo, como por exemplo: quando um médico ortopedista, por não saber imobilizar o membro, ao imobilizar de forma errada uma fratura provoca defeito físico no paciente.

E no que tange ao erro doloso, será aquele que o agente pretende o resultado diverso ou assume o risco de produzi-lo.

A responsabilização do médico se fará necessária sempre que houver violação de um dever ou falta objetiva do dever de cuidado, restando ao profissional à obrigação de reparar todo e qualquer dano causado.

Insta salientar que o profissional poderá ser responsabilizado nestas duas modalidades: erro culposo/erro doloso, e nesta última hipótese responderá penalmente, além do dolo influenciar no valor da indenização.

Para Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 384):

A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado. Entendo que após o Código do Consumidor essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, etc

Discutiremos a responsabilidade médica advinda de uma prestação de serviços direta com o profissional liberal, bem como discutiremos a prestação de serviços médicos cuja relação é entre o paciente e a entidade hospitalar. No entanto, antes de adentrarmos nesta esfera, convém saber, por hora, que como não há risco profissional há a necessidade de se demonstrar a culpa do médico (culpa decorrente da negligência, imprudência ou imperícia) para que assim ocorra a devida responsabilização do profissional.

Além da responsabilização em âmbito jurídico (civil ou penal), o profissional que exerce a medicina está sujeito a sanções administrativas do Conselho Federal ou Estadual de Medicina que é a entidade fiscalizadora capaz de em situações de extrema gravidade, proibir o indivíduo de exercer seu ofício.

Situações estas que por óbvio deve observar o devido processo legal e garantir ao profissional o contraditório e a ampla defesa.

### **3.4 Código de Ética Médica – Direitos e Deveres**

A atividade do médico tem por objetivo a prevenção e o tratamento dos males que acometem o ser humano, sendo uma atividade socialmente imprescindível, seu caráter fundamental é reconhecido e exposto no próprio Código de Ética Médica.

Entende-se que a responsabilidade do médico não se presume, tem de ser provada para que ele possa ser penalizado ante a sua ação ou omissão danosa, decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia, como exposto anteriormente.

O Código de Ética Médica em vigência desde 13 de abril de 2010, nada mudou no que tange ao teor e aos seus dispositivos, inclusive em se tratando da numeração dos artigos que versam sobre a questão do erro médico, seu texto reúne

sugestões de médicos e especialistas, bem como de instituições da área médica, em 14 capítulos.

Reforçando o caráter subjetivo da responsabilidade do médico, a medicina afirma que não se tolera como comércio e, portanto, repudia a concepção do paciente como consumidor e da saúde como produto.

“IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.”

O referido Código descreve de forma clara as regras a serem seguidas pelos profissionais, em seu artigo 14 afirma que “o médico deve empenhar-se para melhorar as condições de saúde e os padrões dos serviços médicos e assumir sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e a legislação referente à saúde” devendo, portanto, zelar também pelos recursos fornecidos pelo Estado para que estes sejam aplicados de forma correta, de acordo com a necessidade da população.

Em seu artigo 16 discorre que “nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente” sendo tal regulamentação um princípio fundamental.

Logo adiante, no capítulo “Direitos dos Médicos”, prevê o Código que é garantido ao profissional exercer a medicina sem sofrer discriminação por questões ligadas a religião, raça, cor, sexo, nacionalidade, opção sexual, condição social, opinião política, entre outras.

A norma posterior também merece destaque, pois dispõe que o médico deve “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.” Sendo este um dever imposto ao profissional.

Os incisos seguintes deste capítulo, referem-se às instituições de trabalho.

Estabelece o inciso III, capítulo II que é direito do médico: “apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes

e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição”.

No inciso IV: “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.” Sendo a recusa, portanto, um direito do profissional caso ele verifique condições indignas para o bom exercício do ofício, da mesma forma que o inciso seguinte regula que o médico pode “suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina”.

Mais adiante, o capítulo III trata sobre a responsabilidade do profissional, trazendo a seguinte disposição em seu artigo 1º: “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.” E em seu parágrafo único regula ainda que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida; prevendo assim, os atos incoerentes com a índole de um bom profissional.

Outros dois dispositivos de destaque são os artigos 13 e 14 deste capítulo, pois vedam expressamente aos médicos: “deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”. E “praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País”.

Consoante às normas expostas podemos verificar que o Código de Ética Médica estabelece diversos atos incoerentes com a índole dos bons médicos, e também, diversos atos que são passíveis de punição, em virtude da prática danosa e a prática sem o consentimento prévio do paciente ou de seu representante legal.

Este código certifica ao médico sua autonomia profissional, técnica e científica, devendo as comissões de ética cuidar da fiscalização, zelando pelo cumprimento das normas aqui estabelecidas.

Salientando que os profissionais que não aderirem a estas normas irão incidir a penas disciplinares previstas por lei.

Possuem, portanto, obrigação de meio e devem se precaver em todos seus atos, respeitando o CEM - Código de Ética Médica que prevê além de deveres, direitos aos profissionais, sendo atribuição do paciente provar que o médico laborou com dolo ou culpa.

## 4 O ERRO DE DIAGNÓSTICO

O diagnóstico médico é considerado um ato complexo, há uma gama extensa de ações judiciais ajuizadas em razão do atraso e da falha no diagnóstico fornecido pelo médico.

Quando este diagnóstico errôneo conduz ao tratamento tardio, incorreto ou até mesmo a nenhum tipo de tratamento, pelo fato do diagnóstico fornecido não identificar anormalidades, ou não identificar o real problema do paciente, a situação do indivíduo se agrava significativamente, ele se vale de medicação desnecessária, passa por grandes traumas, obtém gastos elevados, isto quando o tratamento incorreto não o leva a morte.

O erro de diagnóstico é considerado falha técnica, as falhas técnicas podem ser divididas em erro de diagnóstico, erro no tratamento, faltas em intervenções cirúrgicas, erro de prognóstico, falta de higiene e erros cometidos por terceiros pertencentes à equipe médica.

Em relação às falhas técnicas cometidas pelos médicos, o erro de diagnóstico é sem dúvida o mais difícil de ser combatido, devido a sua invisibilidade e difícil avaliação e, ainda que os diagnósticos errados sejam temidos e preocupantes para os médicos, o tema não é estudado a fundo, principalmente no contexto ambulatorial.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 244):

Se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos

Geralmente o erro no diagnóstico é resultado de múltiplas falhas, uma junção de fatores ligados ao sistema de saúde e de fatores individuais.

Neste sentido, o autor complementa: (2008, p. 244):

Diante do avanço médico tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu

cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso

Em se tratando de diagnóstico, é preciso analisar no caso em concreto se consoante à ciência e a tecnologia da época era ou não possível exigir do médico um diagnóstico preciso, seguro, bem como, se era possível exigir um tratamento satisfatório.

Para Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 391):

Embora a obrigação assumida pelo médico seja via de regra de meio, não se desconhece que em determinadas especialidades a obrigação é de resultado, como por exemplo, nos serviços radiológicos e nos que tenham por objeto a realização de exames e diagnósticos. Há de se exigir, nestas hipóteses, a correta indicação do estado do paciente. O mesmo ocorre em relação ao anestesista, não podendo este alegar desconhecimento de eventuais intolerâncias ou alergias do paciente em relação às drogas ministradas na anestesia. O dever de tomar as precauções devidas e colher as informações do paciente é ínsito a atividade deste profissional

Muito se discute sobre a modalidade da obrigação neste caso, se é de meio ou de resultado. A obrigação de resultado quando reconhecida, vincula o agente a alcançar certo fim, de forma que se não for alcançado o que fora previamente estipulado, o agente deverá arcar com as consequências. De forma que, na obrigação de meio a própria atividade do médico é a finalidade, já nas obrigações de resultado o próprio resultado previamente estipulado é que equivale a finalidade.

Maria Helena Diniz aduz que: (2010, p. 312):

O médico que atende um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo. Há, portanto, um contrato entre o médico e seu cliente, que se apresenta como uma obrigação de meio e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina, procurando sempre obter seu consentimento prévio e esclarecido

Desta forma, haverá hipóteses em que a obrigação do médico será considerada “de resultado”, como ocorre nos casos de diagnóstico, cirurgia plástica estética e nos casos de contrato de hospitalização, em que o médico se obriga a fornecer tal resultado desejado pelo paciente e na outra hipótese assume o dever de preservar o enfermo de acidentes, sendo assim, a responsabilidade será objetiva e não mais subjetiva.

Maria Helena Diniz complementa (2010, p. 313):

Assim, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico (Código de Ética Médica, art 1º, parágrafo único); ele (CDC, art. 6º VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência ou imprudência sua

O diagnóstico é considerado uma atividade-fim, uma obrigação de resultado, segundo entendimento do STJ:

“Este Tribunal Superior já se manifestou no sentido de que configura obrigação de resultado, a implicar responsabilidade objetiva, o diagnóstico fornecido por exame médico.” Observando que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável a prova do ato ilícito, ou seja, deve provar a falha na prestação de serviços oferecida, bem como deve provar o nexo de causalidade e o dano.

Podendo o médico defender-se alegando o cumprimento rigoroso do Código de Ética ou ainda a inexistência do nexo de causalidade. Se restar comprovado que o profissional dispôs de todos os meios a ele disponíveis para que o dano não ocorresse, não haverá por óbvio, sua responsabilização.

A responsabilidade civil dos médicos não está apenas vinculada ao resultado do tratamento, mas ao emprego dos meios disponíveis para se chegar ao resultado, sendo que o efeito inesperado não significa a inadimplência do profissional.

A questão é que em muitos casos o erro do profissional ocorre muito antes do tratamento, em sede de diagnóstico da patologia.

Sobre este assunto que gera grande polêmica e divergência, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo como uma questão delicada e firmando posicionamento no sentido de que erros de diagnósticos resultam em danos morais passíveis de indenização.

Desta forma, o erro de diagnóstico é visto como uma obrigação de resultado, devendo ser regulado pela responsabilidade objetiva da mesma forma que as cirurgias plásticas de fins estéticos.

Quanto aos danos, insta salientar que excepcionalmente o dano moral é presumido e neste caso independe da comprovação do abalo psicológico sofrido pelo paciente (in reipsa).

Por óbvio aqui no erro de diagnóstico o dano é presumido e dependerá da gravidade da patologia que foi diagnosticada erroneamente.

Em se tratando de demandas ajuizadas com esta problemática podemos verificar que o câncer é o diagnóstico errôneo mais frequente, sendo os problemas mais comuns do processo de diagnóstico: a falta de acompanhamento adequado do paciente; a falta de um “resumo de sintomas” corretamente fornecido ao médico; ou o próprio exame físico realizado pelo médico, feito de forma incompleta, bem como a interpretação incorreta pelos médicos dos exames complementares. A tendência ao excesso de confiança dos profissionais também está ligada a muitos destes equívocos.

Podemos dividir o erro de diagnóstico em duas categorias, uma primeira abrangendo a não identificação da doença/anomalia, ou seja, não é feito diagnóstico nenhum.

E a outra hipótese é quando o diagnóstico é realizado, mas realizado incorretamente.

Carlos Roberto Gonçalves aduz que não gera responsabilidade a “iatrogenia” (2008, p. 244):

Também não acarreta a responsabilidade civil do médico a “iatrogenia”, expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso escusável

Situação que não se equivale quando o médico desconhece a técnica médica e se mostra imperito, não agindo da forma que se espera de um bom profissional.

“A medicina é a ciência da incerteza e a arte da probabilidade” frase do médico canadense, ícone da medicina moderna William Osler, retrata o âmbito nebuloso que é diagnosticar. Importante destacar que um diagnóstico tardio ou até mesmo errado, por si só não caracteriza a negligência, tendo em vista que grandes

profissionais, mesmo utilizando os meios necessários e empregando o devido cuidado, podem equivocar-se e acabar por fornecer um diagnóstico errado.

Uma grande parcela da doutrina tem se voltado para o entendimento de que o erro advindo de uma apreciação subjetiva, em um caso cientificamente duvidoso ou com opiniões de profissionais diferentes, não pode gerar responsabilidade civil, o que nos parece compreensível se o médico utilizar todos os recursos a ele disponíveis para a identificação da anomalia.

No entanto, o diagnóstico equivocado acompanhado de um tratamento desnecessário ou ineficiente enseja sem dúvidas a indenização.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 243,244):

Não se tem considerado como culpável o erro profissional que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas. É que a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional. O erro de técnica, na expressão de Aguiar Dias, “é apreciado com prudente reserva pelos tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões”

Nesta senda, o diagnóstico é entendido como um procedimento delicado e que nem sempre pode ser realizado com precisão, assim, quando houver erro no diagnóstico fornecido pelo médico tanto ao identificar a patologia, como ao indicar o tratamento a ser adotado, nestas duas situações, deve se analisar a repercussão moral ao paciente e, quando relevante, deverá sim haver a justa indenização.

#### **4.1 Da Responsabilidade Civil dos Hospitais e Clínicas**

Ao surgir a necessidade de demandar por conta do erro médico, é comum a dúvida sobre quem será o povo passivo da ação, o médico ou o estabelecimento, se existe responsabilidade solidária, se é necessário a prova pericial; questões como essas são comuns e geram grandes dúvidas até mesmo para os profissionais do direito.

É pacífico na doutrina e jurisprudência que a relação entre o paciente e o estabelecimento hospitalar é uma relação de consumo, portanto deve incidir as normas do código de defesa do consumidor.

A responsabilidade do fornecedor regulada pelo art. 14 “caput” do CDC é objetiva, por outro lado a do profissional liberal é subjetiva e se encontra expressa no parágrafo 4º deste mesmo artigo: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Ainda que a responsabilidade do médico permaneça subjetiva, diferentemente será a responsabilidade do hospital ou clínica médica em que se prestam os serviços.

Para Pablo StolzeGagliano (2010, p. 263):

Com efeito, por força da nova regra de responsabilização objetiva por ato de terceiro, contida no art. 932, III, do CC-02, não há como deixar de aplicar o dispositivo para tais entidades. Registre-se, inclusive, que essa regra se aplica também a hospitais filantrópicos, pois a atividade com intuito assistencial não afasta a responsabilidade pelo dever geral de vigilância e eleição que deve manter com seus profissionais. Se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital ou da clínica, a responsabilidade desta última deflui manifesta, nos termos do referido art. 932, III

A doutrina e a jurisprudência tradicionalmente entendia que a responsabilidade destes estabelecimentos hospitalares se enquadrava no antigo artigo 1.521, IV do código civil de 1916, que regulamentava a responsabilidade de hotéis e hospedarias, pois na época se vislumbrava que além da obrigação de curar, o médico devia fornecer o tratamento ideal e assumir ao mesmo tempo a obrigação de hospedagem, o que lhe gerava uma presunção de responsabilidade; o tornava responsável por tudo que viesse a ocorrer com o paciente.

Sergio Cavalieri Filho entende que (2010, p. 399):

Esse fundamento perdeu a sua razão de ser em face do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito de serviço

A dúvida paira quanto à responsabilização dos profissionais que eventualmente utilizam a estrutura do hospital/clínica para realizar seus atendimentos.

Sobre esta temática trata o autor Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 263):

Entretanto, dúvida pode haver quanto àqueles profissionais que apenas eventualmente utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia, por exemplo. Ainda assim, entendemos existir um liame jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a autorizar a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico. Até porque reputamos muito difícil – senão impossível – à vítima delimitar e diferenciar, no caso concreto, a participação do médico desidioso ou a falta de estrutura ou de higiene do hospital para a ocorrência do dano

Resta claro que na responsabilidade objetiva o agente precisa demonstrar que fora descumprida uma obrigação decorrente de um contrato/acordo de vontades ou da própria lei, sendo que existe um nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Por sua vez, na responsabilidade subjetiva, o agente precisa demonstrar a culpa (elemento este que consiste basicamente na violação de um dever jurídico, englobando tanto o dolo como a culpa em sentido estrito – sendo que o dolo é a exteriorização da vontade livre e consciente, já a culpa em sentido estrito se caracteriza pela imprudência, negligência ou imperícia).

Ao afirmar que a responsabilidade do médico é obrigação de meio, significa dizer, a grosso modo, que este possui a obrigação de empregar todos os esforços necessários para a cura, mas não possui a obrigação de curar.

A dúvida se encontra na questão da responsabilização do estabelecimento médico. Deve o hospital responder de forma objetiva (sem a análise de culpa) pelos danos causados aos seus pacientes?

O autor Carlos Roberto Gonçalves responde de forma clara ao mencionar que (2008, p. 249):

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento. Estão também sujeitos à disciplina do referido Código, com responsabilidade objetiva e de resultado, os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue e centros de exame radiológicos, como prestadores de serviços

Em entendimento recente do STJ (sem deixar de considerar a responsabilidade objetiva) considerou-se que a responsabilidade civil do hospital por erro médico se concretiza ao constatar a culpa do profissional:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. **Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.** 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Provido. (REsp 908359/SC. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)

Predomina a responsabilidade solidária e verifica-se conforme o julgado que para haver condenação do hospital por erro, se faz necessário a demonstração de culpa deste empregado, prova que na grande maioria dos casos é realizada através de perícia.

Em se tratando de relação de consumo, fica claro que a vítima poderá ingressar com a ação indenizatória diretamente contra o hospital e a este restará a ação de regresso contra o agente causador do dano.

No tocante aos casos em que o médico não é empregado do hospital/estabelecimento e apenas utiliza as dependências para realizar seus procedimentos, entende-se que deve haver a demonstração de que o paciente procurou os serviços médicos isolados daquele profissional, ou seja, sua relação é estrita com aquele, não mantendo nenhuma relação com o hospital, afim de que seja afastada a responsabilidade do estabelecimento.

## 4.2 Excludentes de Responsabilidade Civil Médica

Excludentes de responsabilidade são causas que desobrigam o indivíduo a quem estava sendo imputada a obrigação de indenizar.

Observados os elementos que podem interferir na responsabilidade do médico, imperioso trazer à lembrança as hipóteses de exclusão, pois, caso fique comprovada a existência de uma excludente, o profissional não mais será responsabilizado.

Uma das excludentes é a culpa exclusiva do paciente, que se verifica quando o dano ocorre em razão de ato omissivo ou comissivo do próprio paciente; no entanto, se de qualquer forma o médico contribuiu para que o resultado danoso ocorresse, não há mais de se falar em culpa exclusiva da vítima/paciente.

Outra excludente é o fato de terceiro que também é capaz de isentar o médico de responsabilidade e se verifica quando um terceiro (que não faz parte da equipe médica) mais comumente sendo um amigo ou parente do paciente, ocasiona o dano.

Fato das coisas é a terceira excludente, caracteriza-se quando o dano é ocasionado pelo próprio aparelho, independente do cuidado do profissional. Dessa forma, o médico não poderia ser responsabilizado. Hipótese que enseja a responsabilidade objetiva em face do fabricante daquele aparelho, no entanto, se ao médico for exigido indenização, caberá a ele o direito de regresso.

Caso fortuito: é a excludente que decorre de um caso excepcional, uma ocorrência extraordinária alheia à vontade do médico, se caracteriza pela inevitabilidade e pela imprevisibilidade.

Ainda há uma quinta excludente, denominada "força maior", esta se verifica quando não é possível evitar o dano, o evento danoso é mais forte do que a vontade ou a ação do homem, como, por exemplo: o raio, a enchente, o terremoto, dentre outros acontecimentos que podem ocorrer durante um atendimento médico.

## 4.3 Da Incidência do Código de Defesa do Consumidor

Os médicos como profissionais liberais, embora sejam prestadores de serviços em relação consumerista, só responderão por culpa pelos danos causados aos consumidores, como se verá.

O CDC - Código de Defesa do Consumidor também disciplina a relação médico x paciente. Criado pela Lei nº 8.078 de 11 (onze) de setembro de 1990, sua finalidade é proteger determinado grupo de pessoas que são consideradas vulneráveis nas relações de consumo.

Em se tratando desta relação, apesar de na sua essência não ser considerada uma relação de consumo, como já exposto, entende-se que devido a “massificação” e impessoalidade que cerca os atendimentos médicos atualmente, o médico passou a ser um fornecedor de serviços incluindo-se, portanto, no que dispõe o artigo 3º do CDC, que diz: “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”; seu parágrafo 1º ainda menciona que: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; e no § 2º dispõe que: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Enquanto a figura do paciente, devido a sua vulnerabilidade este foi enquadrado como consumidor nos termos do artigo 2º CDC, que dispõe: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Ainda dispõe em seu parágrafo único que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Observa-se que a definição de consumidor é ampla e permite que se enquadrem as pessoas naturais e as pessoas jurídicas.

Neste sentido Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 122):

O tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de defesa do consumidor. O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90. O médico ou a pessoa jurídica que presta o serviço coloca-se como fornecedor de serviços de acordo com o art. 3º. O parágrafo 2º deste último artigo não deixa dúvidas a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora do

código de Defesa do consumidor: serviço é qualquer atividade de consumo, mediante remuneração

Outro ponto a se observar é que não é necessário adquirir determinado produto ou serviço, pois a simples “utilização” é suficiente para configurar a relação de consumo.

No entanto, há restrição ao texto desta norma quanto à expressão “destinatário final”, pois para que ele seja considerado consumidor, deve necessariamente adquirir ou utilizar o produto na condição de destinatário final.

E é neste ponto que surge a dúvida e as discussões na doutrina, visto que o texto de lei não deixa claro se para ser considerado “destinatário final” basta a retirada do produto do mercado, sendo indiferente sua destinação. Ou se a expressão “destinatário final” significa o “último elemento” na “cadeia de produção” e dessa forma não se valha do produto ou do serviço para fins profissionais.

A jurisprudência tem apoiado atualmente duas ideias, buscando as melhores soluções para a relação consumerista: “a vulnerabilidade” e o “consumidor final imediato”, chamado de “finalismo aprofundado”, segundo este é possível enquadrar o paciente como consumidor tendo em vista que este adquire o serviço de um profissional determinado para benefício próprio, restando claro a vulnerabilidade técnica do serviço que está adquirindo.

Podemos dizer que fornecedor é todo aquele que oferta em caráter profissional, produtos e serviços ao mercado de consumo.

Isto posto, considerando esta relação médico x paciente, é possível analisarmos sob um viés de consumo, vislumbrando o médico como fornecedor, haja vista este prestar um tratamento médico com habitualidade e de forma onerosa, empregando conhecimentos técnicos e específicos para tal, além do fato de que este profissional pode atuar individualmente ou receber o auxílio de outros profissionais (outros médicos, enfermeiros, entre outros) e, nestes casos onde receber auxílio de outros profissionais, da mesma forma como ocorre na “cadeia de fornecimento” a responsabilidade pelo dano poderá por óbvio ser dividida entre os agentes que atuaram em conjunto, no entanto esta questão se definirá conforme o caso em concreto.

Já estabelecido o conceito de fornecedor e consumidor, cabe agora analisar como o Código de defesa do consumidor é aplicado na relação médico x

paciente, considerando o médico um prestador de serviços que possui sua atividade profissional regulamentada nesta legislação.

A regra geral adotada pelo CDC, que diz respeito à responsabilidade civil dos prestadores de serviços, se encontra no art. 14 “caput” que diz: “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”.

Carlos Roberto Gonçalves expõe que (2008, p. 239):

No mesmo sentido dispõe o art. 14, parágrafo 4º do Código de defesa do consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o médico, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor

Insta salientar que antigamente o médico assumia o papel de divindade perante a sociedade. Atualmente, no contexto em que estamos inseridos onde a informação, a ciência e o conhecimento são amplamente difundidos, a relação evoluiu e a denominação dos sujeitos fora alterada, sendo tratados como fornecedores/prestadores de serviços (médicos) e consumidores (pacientes).

Silvio de Salvo Venosa aduz que (2007, p. 117):

As preocupações com a saúde remontam à antiguidade. Contudo, durante muito tempo imperou o empirismo em torno da dor. Era o mago ou o sacerdote que se encarregava dos doentes. Muito demorou na história para que o médico assumisse definitivamente seu papel

Com o avanço da sociedade que cada vez mais se encontra consciente de seus direitos e mais exigente quanto aos resultados desejados, o CDC veio regulamentar a questão, disciplinando as relações estabelecidas entre médico e paciente. Tratando de uma relação de consumo padrão, o artigo 14 dispõe que o fornecedor de serviços responderá independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, seja por defeitos relativos à prestação de serviços, ou por informações insuficientes sobre os riscos do serviço oferecido.

Entretanto, pode ainda haver inversão do ônus da prova com presunção de culpa do médico em favor do paciente, nos termos do art. 6º VIII do

CDC, quando o juiz verificar que é verossímil a alegação ou quando ele entender ser o agente hipossuficiente.

Segundo Sergio Cavalieri Filho aduz que (2010, p. 391):

Por outro lado, não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, como observa oportunamente o insigne Néelson Nery Jr.

Não significa dizer que o CDC criou para os profissionais liberais um regime especial privilegiado, pois apenas excluiu estes profissionais da responsabilidade objetiva ali estabelecida.

Assim, como fornecedores de serviço que são, estão sob a égide das normas e princípios deste código, inclusive estão subordinados a inversão do ônus da prova nos casos em que assumirem uma obrigação de resultado.

Como anteriormente mencionado, esta regra é excepcionada no parágrafo 4º do artigo 14, pois se exige a apuração da culpa para configurar responsabilidade civil sempre que o serviço for prestado por profissionais liberais.

Para Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 251):

A importância do já transcrito parágrafo 4º do art. 14 do Código de defesa do consumidor, ao reafirmar a responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais, nos quais se encontram os mencionados agentes da atividade médica, se verifica na medida em que aquele diploma consagra, nas relações de consumo, a responsabilidade civil objetiva, mas expressamente, faz a ressalva, o que infere o caráter propositivo dessa situação excepcional

Assim sendo, atualmente apesar da condição de fornecedores que estão sujeitos, estes profissionais possuem sua responsabilidade vinculada a análise de culpa, diferente do que ocorre em outras relações de consumo.

Importante ressaltar também que esta exceção não admite interpretação extensiva, então no caso de atividade médica empresarial, clínicas, centros médicos, hospitais e prontos socorros, responderão objetivamente pelos danos que os médicos, ora seus funcionários ocasionarem.

No Brasil a responsabilidade civil do médico é claramente pautada sob a égide da culpa como verificamos até o presente momento, mas cabe mencionar que há países que oferecem um tratamento objetivo a esta problemática, sob o ponto de vista de duas teorias: a chamada: “Perda de uma Chance” desenvolvida pela jurisprudência francesa e a outra, aplicada em grande parte nos Estados Unidos e no Canadá, chamada “Res Ipsa Loquitur”, aplicadas em casos excepcionais pelos tribunais pátrios em algumas situações.

#### **4.4 Análise de Caso**

O TRF da 1ª Região confirmou a sentença de primeira instância que condenou a FUNASA e a Universidade UFPA a pagar indenização no montante de sessenta mil reais por erro no diagnóstico de HIV- AIDS. A indenização fora estipulada tendo em vista o significativo sofrimento do paciente pelo “simples” recebimento da notícia de que ele possuía uma doença grave.

Processo nº 0006077-79.1999.4.01.3400, neste caso o requerente da ação indenizatória relatou que foi até o hospital universitário da ré com fortes dores no estômago e, desde o início, diretamente foi encaminhado ao setor de portadores de HIV/AIDS, sendo rapidamente internado.

Posteriormente, após a realização de exames de sangue, o paciente recebeu a informação que o exame foi positivo para o vírus HIV. Sendo que apenas com novos testes, durante o período de internação, é que se descobriu que aquele exame havia sido equivocado e, por consequência, o requerente não era portador de HIV/AIDS.

As instituições envolvidas: FUNASA e a UFPA recorreram desta sentença, sob o frágil argumento de que a notícia não chegou a ser pública e, por essa razão, ante a ausência da repercussão do diagnóstico, a demanda não deveria ensejar dano moral.

O TRF1 julgou improcedente a apelação e decidiu que o erro em questão enseja sim o dano moral, por este ser notório e de significativo sofrimento para o requerente, considerando que o diagnóstico fornecido erroneamente, constatou patologia grave, recaindo forte estigma de ordem social.

Apesar do destaque conferido a esta decisão, não foi a primeira vez que um tribunal brasileiro analisou a pretensão indenizatória por erro de diagnóstico

médico de HIV/AIDS, nem mesmo a primeira que analisou as consequências jurídicas deste grave erro, seja em qual especialidade for.

A jurisprudência já reconheceu como ato indenizável o erro de diagnóstico médico quando ele impede o tratamento adequado do paciente. E neste sentido discutem a chamada “teoria da perda de uma chance” que será exposta no tópico a seguir.

Vale lembrar que para que exista a obrigação de indenizar, é preciso que os seguintes requisitos estejam presentes: ação/omissão, culpa ou dolo, nexo de causalidade e dano.

Importante mencionar também que neste caso apresentado, a responsabilidade foi apurada pela ótica objetiva, por se tratar de hospital universitário custeado pelo Estado. Ou seja, demonstrado o dano e o nexo de causalidade entre ele e a conduta da parte ofensora, o dever de indenizar existe independente da comprovação de culpa ou dolo do estabelecimento.

A todos os médicos e profissionais que exercem a medicina, ressalta-se a importância da cautela e atenção quando da definição de um diagnóstico para os seus pacientes. E de outro lado, para os advogados e juízes, a atenção e cautela é igualmente necessária para que se possa apreciar e julgar casos como este, com justiça, evitando o máximo possível prejuízo para todos os interessados.

#### **4.5 Da Teoria da Perda de Uma Chance**

O ordenamento jurídico brasileiro carece de disposição expressa sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance.

O acolhimento desta passa a visualizar um dano que independe do resultado final.

Expõe Flávio Tartuce (2011, p. 435):

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

Há casos onde é difícil verificar os elementos da responsabilidade civil e isso influencia no dever de indenização, pois é possível visualizar o prejuízo da

vítima, mas não se consegue visualizar especificamente e determinar o dano que ela sofreu, inviabilizando a reparação.

Como exemplo: o médico que não fornece o diagnóstico corretamente a um paciente com câncer ou outra doença grave, retardando seu tratamento. Desta forma, não existe um dano certo e determinado suficiente para ensejar a reparação.

No entanto, insta salientar que mesmo não existindo um dano certo e determinado, é claramente perceptível o prejuízo da vítima decorrente da expectativa que ela possuía em obter um benefício ou evitar um prejuízo.

Assim, para que possa haver a reparação das chances perdidas, deve se visualizar as chances (perdidas), como se fossem danos.

Aqui não se busca o ressarcimento das vantagens perdidas, mas sim, pelas chances perdidas, a vítima perdeu a oportunidade de conquistar algo ou evitar um prejuízo.

Nestes casos, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão em sede de inicial indenizatória. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, pleiteava pela indenização em razão da perda da própria vantagem.

Para Sergio Cavalieri Filho (2010, p.77):

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 perda

Portanto, o ato ilícito tira do indivíduo a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

Importante mencionar também que é necessário que a chance seja séria e real, não incluindo as meras expectativas e as possibilidades hipotéticas, assim decidiu o STJ.

Destarte, a reparação não é do dano, mas sim da chance. Não se admitem as expectativas pouco prováveis.

Sergio Cavalieri Filho complementa (2010, p.77):

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se ia premiando os oportunistas, e não reparando as oportunidades perdidas. Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará

Portanto, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas a concretização foi frustrada pelo ato do médico.

Assim entende a jurisprudência:

ERRO MÉDICO. Indenização por danos materiais e morais. Criança de apenas um ano de idade que sofreu corte na coxa com caco de vidro vindo a romper o nervo ciático. Atendimento em pronto socorro que não se acautelou de realizar uma análise mais acurada do quadro clínico do menor, porquanto apenas suturou o ferimento e o liberou. Ruptura do nervo que **SOMENTE FOI DIAGNOSTICADA MESES DEPOIS**. Corte de dez centímetros que é considerado de grande profundidade para uma criança em tão tenra idade, logo com notável probabilidade de comprometimento do nervo. **Teoria da Perda de uma Chance que se chancela pela efetiva retirada de uma oportunidade à vítima ou na possibilidade de se evitar um prejuízo**. Todavia, essa chance deve ser real, ou seja, mergulhada em grande probabilidade de êxito. **Diagnóstico tardio que retirou do menor sua efetiva chance de atingir a cura, ou pelo menos, reduzir o mal que lhe acometia. Ainda que não se saiba se a cura seria efetivamente alcançada** com o diagnóstico em tempo oportuno, o certo é que é incontroverso que essa chance lhe foi expurgada, e daí é que decorre o nexos de causalidade suficiente a conduzir o dever de indenizar, em valor que foi bem fixado pela r. sentença, desestimulando a conduta do hospital e ressarcindo o infante, porém não de forma integral, mas pela perda da chance. Quantum indenizatório que abarca o valor para o tratamento médico. Recursos desprovidos.  
(TJ-SP - APL: 00053295020118260408 SP 0005329-50.2011.8.26.0408, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 27/11/2014, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2014)

Requer-se simplesmente a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, sendo excluída a mera possibilidade, pois, se tratássemos de um ganho futuro e certo, estaríamos adentrando na esfera dos lucros cessantes, que por sinal, não se confunde com a perda de uma chance.

#### 4.6 Da Vulnerabilidade do Profissional – Análise de Caso

Levando em conta a imprevisibilidade e a complexidade que acompanham o exercício da atividade médica, em especial a realização do diagnóstico médico, se faz necessário destacar também que apesar do paciente ser visto como agente vulnerável, devido à abrangência do CDC que o enquadra como consumidor; o médico em muitos casos também se encontra em condição de vulnerabilidade.

Sergio Cavaliere Filho em sua obra "Programa de Responsabilidade Civil" expõe (2010, p. 388):

Os médicos erram porque são pessoas. É o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões. O problema é que o médico lida com a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna seu erro mais dramático.

O caso em concreto com todas as suas peculiaridades deverá ser analisado atentamente. Em se tratando de diagnóstico médico é claramente perceptível a vulnerabilidade do profissional já que a ciência não é capaz de oferecer todas as repostas necessárias a fim de se garantir um diagnóstico preciso e infalível.

Nesta senda, o médico só deverá ser responsabilizado pelo seu diagnóstico errôneo se ao elaborá-lo ele faltar com o dever de cuidado, não requerer todos os exames necessários para a confirmação da anomalia, agir por impulso, pressa, desatenção, enfim, incorrer em atos que caracterizam sua culpa.

Eis o entendimento da jurisprudência em casos que exprimem a ideia apresentada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PROVA. UTILIZAÇÃO ADEQUADA DE TODOS OS RECURSOS MÉDICOS DISPONÍVEIS PARA TENTAR CONTROLAR A "ATONIA UTERINA" DE QUE FOI ACOMETIDA A VÍTIMA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. NÃO COMPROVAÇÃO. NÃO CONFIGURADO NOS AUTOS TENHA FALTADO SANGUE PARA A REALIZAÇÃO DA NECESSÁRIA TRANSFUSÃO NA PACIENTE QUE VEIO A ÓBITO. RECURSO DESPROVIDO. "Para que seja possível estabelecer a responsabilidade civil para reparação de danos, é necessário que se estabeleça o nexo causal entre a ação do agente e o resultado danoso." "Não pode ser responsabilizada pelo evento morte, médica que no exercício de seu mister, utilizou-se de todos os recursos técnicos, medicamentosos e cirúrgicos na tentativa de combater as consequências que a "atoniauterina" gerou em sua paciente." "Não comprovado nos autos que o pequeno estoque de sangue existente nos hospital tenha contribuído para o evento morte da paciente, posto que conseguido, a tempo e através de parentes da paciente, sangue em outro hospital, não há como responsabilizá-lo civilmente por dano moral."

(TJ-PR - AC: 1579606 PR Apelação Cível - 0157960-6, Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 23/10/2000, Sexta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 10/11/2000 DJ: 5755)

Cada caso apresenta características próprias e exclusivas, de forma que somente uma minuciosa análise do caso em concreto irá determinar a culpa ou a vulnerabilidade do médico.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO NA INTERPRETAÇÃO DE ECOGRAFIA. MÉDICO RADIOLOGISTA. DIAGNOSTICADA GRAVIDEZ TÓPICA DE 5 SEMANAS. PRESENÇA DE SACO GESTACIONAL E VESÍCULA VITELINA. EMBRIÃO QUE NÃO SE DESENVOLVEU. GESTAÇÃO INTERROMPIDA. ERRO MÉDICO INOCORRENTE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADA. A responsabilidade civil dos médicos segue a regra do art. 14, § 4º do CDC, dependendo de prova da culpa do profissional. Alegação de que o radiologista teria interpretado equivocadamente uma ecografia ao concluir por uma gestação de 5 semanas, porque um mês depois outro exame de imagem não detectou o embrião, indicando que a autora jamais esteve grávida. Prova dos autos em sentido contrário. Doutrina médica e prova testemunhal segundo as quais a simples presença de saco gestacional e vesícula vitelina já permite diagnóstico de gravidez, ainda que não identificado o embrião. No caso, a demandante estava grávida, mas a gestação foi interrompida, porque o embrião não se desenvolveu. Erro de diagnóstico médico não evidenciado. Ausência de prova de que a secretária do requerido tenha destruído a paciente. Dever de indenizar não configurado. Improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70073681066, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ... Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/08/2017). (TJ-RS - AC: 70073681066 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 24/08/2017, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/08/2017)

Conforme pôde se extrair dos entendimentos elencados acima, não fora reconhecida a existência do erro de diagnóstico, o que nos remete a uma importante observação: cada organismo reage de um modo, de forma que o melhor tratamento para um indivíduo pode ser considerado o pior dos tratamentos para outro indivíduo, tendo em vista o comportamento do organismo de cada ser.

A diagnose é o ponto inicial, sendo que a partir dela, toda a atividade médica irá se desenvolver, é o ponto de partida para a conduta seguinte do médico.

Outra observação importante é a imprecisão da ciência. Por mais que o profissional se valha da melhor técnica e mantenha-se atento, rigoroso, ao analisar um exame radiológico, por exemplo, ainda que perante as imagens seu diagnóstico pareça ser o mais correto, o que foi apresentado no exame/imagem não necessariamente corresponde com a verdade dos fatos.

Ocorre que na medicina nenhum método será totalmente seguro, por isso, não podemos deixar de levar em conta a imprecisão da ciência, além da falibilidade humana.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi tratar do erro de diagnóstico médico e a consequente responsabilização do médico, tendo em vista a necessidade de se discutir o tema já que as demandas judiciais envolvendo erros no diagnóstico e erros médicos em geral vêm crescendo significativamente.

Objetivou-se também demonstrar que em muitas situações este profissional se encontrará em condição de vulnerabilidade, devido a características próprias da medicina e do seu ofício, portanto, a ideia enraizada de que o paciente é sempre a parte mais fraca da relação deve ser alterada.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi necessário apresentar o instituto da responsabilidade civil desde sua concepção antiga, verificando a forma com que nossos antepassados lidavam com a questão da reparação do dano, identificando os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, as espécies em que ela se subdivide e acompanhando sua evolução até os dias atuais.

Posteriormente expôs-se a questão do erro propriamente dito, para então estudar o erro médico e a responsabilização destes profissionais, além de apresentar o que dispõe as principais normas do Código de Ética Médica no que tange aos seus direitos e deveres.

Enfim, discutiu-se sobre o erro de diagnóstico e suas especificidades sob a ótica da responsabilidade civil, abrangendo a responsabilidade dos hospitais/clinicas.

Também se fez necessário discorrer sobre o Código de Defesa do Consumidor, analisando a relação medico x paciente como uma relação consumerista, apresentando as principais características no que tange a responsabilização sob a égide do CDC.

Na parte final deste trabalho, foi abordada a questão do erro de diagnóstico com a apresentação de casos concretos, para sucintamente abordar a teoria da “perda de uma chance”, que consiste em uma inspiração da doutrina

francesa, pela qual o autor do ato ilícito, com a sua conduta, faz com que a vítima perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor ou evitar um prejuízo.

No mais, diversos acórdãos foram inseridos no presente trabalho, a fim de possibilitar a visualização da aplicação prática de tudo que fora exposto nesta obra.

Como fecho, foi evidenciada a posição vulnerável que se encontra o médico ao lidar com o bem mais precioso existente, a vida. Em muitos casos a imprevisibilidade e a complexidade da situação torna o profissional impotente, suscetível a erro como qualquer outro ser humano. Nestas situações, mesmo incidindo em erro, nos parece mais que justo analisar minuciosamente a situação a fim de afastar sua responsabilização.

Desta forma, o presente estudo alcança o objetivo a que inicialmente se propôs: tratar das especificidades do erro de diagnóstico médico e sua responsabilização, concluindo que em muitos casos o médico, igualmente ao paciente se encontrará “desprotegido”, vulnerável, seja pelas limitações da ciência e tecnologia que impossibilitam um diagnóstico preciso, seja pelas diferentes reações de cada organismo humano, sejam pelas novas doenças desafiadoras, bem como pelas situações nas quais os profissionais são obrigados a agir, lidando com a urgência, a falta de recursos hospitalares, o stress/cansaço físico, dentre outros inúmeros fatores.

Defender a posição de vulnerabilidade do médico não significa dizer que o seu erro deve ser escusável, pois aqui se defende que este deverá ser responsabilizado sempre que atuar com culpa (agindo com negligencia, imprudência ou imperícia). No entanto, há de se considerar que nem sempre estes profissionais terão concorrido para o dano experimentado pelo paciente e, nestes casos, eventual responsabilização será injusta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 718, p. 507-508, ago.1995.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. 17<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

**BRASIL. Código de Defesa do consumidor**[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)

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

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. **Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda**. Provido. (REsp 908359/SC. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008).

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor:fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 Ed. São Paulo. Atlas, 2010.

Código de Ética Médica -<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 25<sup>a</sup> Ed. Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol3. Responsabilidade Civil. 8 Ed. Saraiva, 2010.

GIOSTRI, Hildegard Taggasell. **Erro médico: a luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil** Vol.4. Ed. Saraiva, 2007.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade pelo fato de outrem**. 2 Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998

PARANA. Tribunal de Justiça. **AC: 1579606 PR Apelação Cível - 0157960-6**, Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento:

23/10/2000, Sexta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 10/11/2000 DJ: 5755)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9 Ed. Revista Forense. Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. \$ **AC: 70073681066 RS**, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 24/08/2017, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/08/2017)

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70073681066**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:... Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/08/2017).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL: 00053295020118260408 SP 0005329-50.2011.8.26.0408**, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 27/11/2014, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2014)

STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.442.794/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 19/12/2014).

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol.2. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. São Paulo: Método. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10 Ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 01.