



RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO

CIVIL RESPONSIBILITY FOR MEDICAL DIAGNOSIS ERROR

Pedro Victor Veiga¹
Mariza Schuster Bueno²

RESUMO

O presente artigo “Responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico”, tem como objetivo analisar dentro do ordenamento jurídico civil o dever de responsabilizar o médico por erro de diagnóstico, visto que aos olhos da justiça a relação médico-paciente passou a ser vista como relação de consumo. Para tanto, o estudo parte do método de abordagem dedutivo, através de pesquisa qualitativa, com a intenção de trabalhar características e ideias relacionadas à temática, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, alicerce teórico sobre o tema em apressado. Ainda, o presente estudo tratará da responsabilidade subjetiva e como ela se adequa as ações de responsabilidade médica, a qual tem como exigência a prova da culpa juntamente com seus elementares, negligência imprudência e imperícia. Seus requisitos como a culpa, ação do indivíduo que dá causa ao dano, dano, prejuízo causado por ação ou omissão e nexos causal, o liame entre dano e culpa, e quando a responsabilização civil do médico referente ao erro médico, mais especificamente sobre o erro de diagnóstico, considerado o mau resultado de uma ação ou omissão. A preocupação do Poder Judiciário na busca da resolução em ações de erro médico no diagnóstico, sempre como base em perícia especializada para que não se cometa equívocos, pois deixar de responsabilizar um médico, quando comprovado sua culpa, vai de encontro com os preceitos legais, ou no caso de condenar um profissional que no caso concreto não teve culpa, cometer-se-á injustiça. Logo, para que não haja nenhum equívoco quanto responsabilização do médico deve ser analisado o caso concreto.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Erro médico. Erro de Diagnóstico. Dano Moral.

¹Graduando em Direito pela Universidade do Contestado. Campus Mafra. Santa Catarina. Brasil. E-mail: pedro.veiga@aluno.unc.br

²Mestre em Direito Positivo pela UNIVALI/SC, pesquisadora, professora do curso de Direito da Universidade do Contestado. Campus Mafra, Santa Catarina. Brasil. E-mail: mariza.bueno@professor.unc.br

ABSTRACT

This article “Civil responsibility for medical diagnosis error” aims to analyze, within the civil legal system, the duty to hold the physician accountable for misdiagnosis, since in the eyes of justice the doctor-patient relationship has come to be seen as a consumer relationship. Therefore, the study departs from the deductive method of approach, through qualitative research, with the intention of working on characteristics and ideas related to the theme, using bibliographical research, the theoretical foundation on the subject in a hurry. Still, this study will deal with subjective liability and how it fits medical liability actions, which requires proof of guilt along with its elementary, negligence, recklessness and malpractice. Its requirements such as fault, action of the individual that causes the damage, damage, loss caused by action or omission and causal link, the link between damage and fault, and when the doctor's civil liability regarding medical error, more specifically on the diagnostic error, considered the bad result of an action or omission. The concern of the Judiciary in seeking resolution in cases of medical error in the diagnosis, always based on specialized expertise so that mistakes are not made, because failing to hold a doctor responsible, when proven guilty, goes against the legal precepts, or in the case of condemning a professional who in the concrete case was not at fault, injustice will be committed. Therefore, so that there is no misunderstanding regarding the responsibility of the physician, the concrete case must be analyzed.

Keywords: Civil responsibility. Medical Error. Diagnostic Error. Moral damage.

Artigo recebido em: 20/09/2022

Artigo aceito em: 09/12/2022

Artigo publicado em: 21/06/2024

Doi: <https://doi.org/10.24302/acaddir.v6.4451>

1 INTRODUÇÃO

A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza, ainda, alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, proporcionando desta forma melhor qualidade de vida, tornando a atividade fundamental para alcançar o bem estar dos seres humanos junto a busca da evolução da ciência médica, com melhores equipamentos e protocolos técnicos.

Não há dúvida que nenhum médico quer cometer falhas, porém todos estão aptos, pois o erro pode acontecer independente do dolo na ação do médico, que inclusive pode trazer efeitos negativos. Por esse motivo o direito busca garantir ao

médico o direito de não ser responsabilizado quando ocorre algum dano ao paciente, sem que o profissional tenha dolo, e ao paciente, busca a efetivação do direito de ser reparado quando lesado por culpa do profissional.

Dito isso, o presente artigo intitulado “Responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico” tem como objetivo analisar dentro do ordenamento jurídico civil o dever de responsabilizar o médico por erro de diagnóstico, visto que aos olhos da justiça a relação médico-paciente passou a ser vista como relação de consumo. Assim como versa a relação de médico e paciente frente ao código do consumidor, e a produção de provas entre as partes e o poder judiciário. Dessa forma questiona-se: Qual a responsabilidade civil do médico em relação ao erro de diagnóstico?

Portanto, faz necessária certa cautela no estudo sobre o tema, ao passo que trata de responsabilizar ou não um médico por erro no diagnóstico, visto que existe uma grande dificuldade na produção de provas, de forma a determinar quando uma conduta gera ou não o direito de indenizar o paciente.

Para tanto, o estudo parte do método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa qualitativa, com a intenção de trabalhar características e ideias relacionadas à temática, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, constituindo um alicerce teórico sobre o tema em apresso.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao iniciar o presente artigo é essencial a análise dos elementos constitutivos da responsabilidade civil conjunta com a ação humana. Esse instituto tem como objetivo garantir a vítima o direito de ter restabelecidas as mesmas condições anteriores de ser lesionada, através de compensação financeira pelo agente causador do prejuízo na mesma proporção.

Para Sergio Cavalieri Filho (2020) a responsabilidade civil é como “[...] um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2022a) “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito”.

Sergio Cavalieri Filho (2020), afirma que,

[...] responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro [...]. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

O Código Civil de 2002, traz nos artigos 186 e 927, o elemento base da responsabilidade civil, a culpa, a partir dela é investigado, no caso concreto, se há reparação de dano ou não.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022) afirmam que,

O Novo Código Civil, por sua vez, afastando-se da orientação da lei revogada, consagrou expressamente a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva (calcada na culpa), admitiu também a responsabilidade objetiva, consoante se infere da leitura do seu art. 927.

Entretanto, a legislação específica aceita a teoria da responsabilidade objetiva, que tem como requisitos, o dano e o nexó causal após a conduta humana, o que leva a obrigação de indenizar, independente da culpa.

Porém, o que se percebe na legislação brasileira quanto à responsabilidade civil, que apesar de aceitar a teoria objetiva, opta pela responsabilidade subjetiva com regra geral, buscando a responsabilização civil de quem culposamente causou o dano.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva ou teoria da culpa, como também é chamada, tem como pressuposto a culpa do agente que dá causa a lesão, de tal forma que o autor deve comprovar a culpa ou dolo do réu, caso o contrário não há de se falar em responsabilização civil.

O dolo, incide na vontade do agente violar um direito de outrem, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2022b) o dolo “é a violação deliberada, consciente, intencional do dever jurídico”. E culpa propriamente dita, através da negligência, imprudência ou imperícia. A negligência por ser entendido com falta de atenção no procedimento, a imprudência baseada na falta cuidado e a imperícia como sendo a falta de expertise para desempenhar determinada função.

Carlos Roberto Gonçalves (2022b) afirma:

[...] ser ‘subjativa’ a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Portanto, para comprovar a responsabilidade civil subjativa, deve provar o dolo, ou a culpa conjunta com fundamento na negligência, imprudência ou imperícia, para que o agente seja responsabilizado por seus atos e tenha a obrigação de indenizar.

No enfoque do presente estudo o médico deve ter conhecimento sobre a ciência para assegurar ao seu paciente de que terá um diagnóstico correto e empregar toda a técnica, diligência, perícia e conhecimentos com toda maestria na tentativa de melhorar a moléstia do paciente (GONÇALVES, 2021), porém quando o profissional não age de acordo com os procedimentos médicos, é possível causar algum dano ao paciente e assim ser responsabilizado civilmente.

Os médicos serão civilmente responsabilizados quando tiverem enquadrados em quaisquer modalidades de culpa: imprudência, negligência ou imperícia (GONÇALVES, 2021).

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco ou presunção de culpa, como espécie de responsabilidade civil, ao contrário da subjativa, deve ser comprovado se houve ou não o dano sem se preocupar com culpa ou dolo do agente.

O Código Civil em seu Art. 927 resguarda a teoria do risco.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, ressalta Sílvio de Salvo Venosa (2021):

[...] o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo [...]. Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. Nesse diapasão poderíamos exemplificar com uma empresa que se dedica a produzir e apresentar espetáculos com fogos de artifício. Ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas.

Na teoria do risco se leva em consideração o ato comissivo (ação ou omissão) do agente, pois o simples fato do exercício da atividade do agente poder causar dano a terceiro deve considerar a hipótese de ser responsabilizado, ainda que tenha agido com todos os cuidados necessários.

Portanto a responsabilidade civil objetiva não leva em consideração se o agente teve dolo ou culpa e sim o ato comissivo potencialmente lesivo.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Como uma das espécies de responsabilidade civil pertinente ao assunto, a responsabilidade civil contratual surge com o descumprimento de uma obrigação preexistente, contratual ou negócio jurídico unilateral, basta que apenas um dispositivo não seja exercido pela parte, o que venha causar o dano, fica o devedor obrigado a indenizar conforme o artigo 389 do Código Civil: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002).

Nos casos de responsabilidade contratual pode haver danos materiais quanto morais, de forma culposa ou dolosa, por óbvio dependendo do caráter e circunstância de cada contrato, cuja responsabilidade tem por regra dano moral indireto.

Pode haver danos materiais, como o médico contratado para fazer determinada cirurgia e não utiliza os métodos adequados, o dano moral majoritariamente vem a par do dano material.

Sendo mostrado pelo credor que houve o inadimplemento do contrato, recaindo o ônus da prova ao devedor de comprovar que não teve culpa no inadimplemento ou a presença da excludente de indenizar, considerado um contrato singular entre médico e cliente, o cliente é copartícipe para o sucesso ou insucesso da atividade médica.

Sergio Cavalieri Filho (2020) ensina que:

Responsabilidade contratual é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato. É infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico, a cuja observância ficam adstritos.

Na maioria dos casos os contratos médico-paciente são tácitos, e pelo surgimento contratual entre as partes cabe a responsabilidade em conjunto, pois de nada adianta o profissional passar todo o protocolo de cuidados e medicamentos que o cliente necessita, para a cura ou tratamento da sua moléstia, e o mesmo não segui-los corretamente, pois se não seguir os devidos cuidados não terá efetividade no tratamento prescrito, se assim ocorrer não há de se falar em responsabilização do médico.

Diante do exposto nota-se que do contrato firmado entre as partes, a responsabilidade é recíproca. A responsabilidade contratual sempre surge de um inadimplemento completo ou parcial, cabendo a parte credora provar que houve a inadimplência e ao credor mostra se houve erro que exclua a inadimplência.

Na reponsabilidade civil extracontratual não há nenhum liame contratual entre as partes, ela surge da prática do ilícito ou do exercício do direito que excedeu os limites da lei.

Conforme traz o Código Civil (2002) em seus artigos 186, 187 e 188.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (BRASIL. 2002).

Ainda, vale mencionar, conforme a teoria do risco existe um dever jurídico social de cuidado, determinadas ações que são tomadas, geram por si só o risco, como passar em alta velocidade em frente à uma escola, cria-se a chance de atropelar um estudante. Conforme o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, já mencionado.

Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves (2021) conceitua:

[...] culpa extracontratual, consiste no cumprimento da lei ou do regulamento. Se a hipótese não estiver prevista na lei ou no regulamento, haverá ainda o dever indeterminado de não lesar a ninguém, princípio este que, de resto, acha--se implícito no art. 186 do Código Civil, que não fala em violação de 'lei', mas usa de uma expressão mais ampla: violar 'direito'.

O vínculo jurídico da responsabilidade civil não se dá através de contrato mas com o dano causado, ao violar um dever jurídico, surgindo então, a obrigação de indenizar, danos morais e materiais e possíveis lucros cessantes. Fundada na teoria da culpa, o lesado deverá demonstrar que quem agiu com imprudência, negligência ou imperícia foi o lesante, de forma contrária da responsabilidade contratual onde o ônus da prova é do lesante.

2.4 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A norma jurídica brasileira busca com a responsabilidade civil obrigar o causador do dano a repará-lo, logo estipulou alguns requisitos para se caracterizar o surgimento da obrigação. Todos os requisitos são necessários para a imputação do fato, o dano, a culpa e o nexos causal.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022) ressaltam:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Alguns requisitos têm variações pois a o valor da indenização, seja ela moral ou patrimonial, serão calculadas de acordo com o dano e a culpa. Assim sendo, é necessário estudar os requisitos da responsabilidade civil supracitados.

2.4.1 Dano

Dano é o prejuízo causado há terceiro através da ação ou omissão do agente causador. Tal requisito é de extrema importância para a responsabilização civil, (LOPEZ, 2021, p. 27).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022) o conceito de “[...] dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Como já citado no presente estudo e com base no artigo 186 do Código Civil de 2002, não se podem falar em responsabilidade civil sem haver dano.

Independentemente se o dano sofrido tenha sido moral, material ou estético o agente causador deve cumprir com a obrigação de indenizar. Para tentar suprir o dano causado e restaurar a vida da vítima, ou, em casos mais severos dar suporte a família da vítima, ainda, as indenizações podem se cumuladas concomitantemente.

2.4.1.1 Dano Patrimonial, Moral e Estético

O dano patrimonial nada mais é do que todas as custas com consultas, exames, medicamentos e lucros cessantes, pelo período que não esteja habilitado para o trabalho, que o causador do dano deverá indenizar a vítima. Devendo seguir algumas condições, o prejuízo deve ser certo, atual, não duvidoso. Havendo o dano ser causado com culpa.

Para Humberto Theodoro Júnior (2016) o dano é:

[...] ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não econômica e que 'se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado'. Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada.

Já o dano moral de conceito oposto a patrimonial é aquilo que não tem um valor específico, como o sofrimento, a dor, a humilhação, a tristeza passada pelo paciente, está ligado diretamente à pessoa.

A indenização por dano moral está amparada pela Constituição Federal Art. 5º, incisos V e X.

5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

O mesmo não pode ser um valor abusivo, pois caracteriza enriquecimento ilícito, devendo apenas suprir com efetividade os danos causados.

Dano estético é toda alteração em sua aparência, que causa-lhe constrangimento na sociedade, como cicatrizes e deformidades causados por procedimentos falhos, causando a vítima desconforto e complexo de inferioridade.

Ademais, a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim dispõe: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (BRASIL, 2009).

Mediante as controvérsias doutrinárias sobre dano estético ser considerado ou não uma terceira espécie de dano, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem considerando uma terceira espécie de dano, sendo possível a cumulação de dano estético e dano moral.

2.4.2 Culpa

A culpa nada mais é que o ato praticado pelo agente, tanto na ação quanto pela omissão voluntária, negligência ou imprudência em que causar danos ou infringir direito mesmo apenas moral.

Assim respalda o artigo 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Negligência, imprudência e imperícia são características essenciais para a configuração da culpa em sentido estrito. Como leciona Sergio Cavalieri Filho (2020, p.47)

A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação

Portanto a negligência é a falta de cuidado com os procedimentos técnicos e éticos para com seu paciente, uma omissão com o dever ético da profissão, a imprudência, caracterizada pela culpa comissiva, a falta de zelo pelo paciente, utilizando procedimentos sem respaldos científicos. Por fim, imperícia é a falta de aptidão técnica para realizar procedimentos médicos, falta conhecimento sobre determinado procedimento ou doença causando transtornos ao paciente.

2.4.3 Nexo Causal

O nexos de causalidade é algo importante para que o indivíduo seja responsabilizado, pois sua conduta deve ter direta responsabilidade pelo dano causado. Portanto, deve-se fazer a pergunta, se o médico não tivesse agido de tal forma o resultado seria outro?

Conforme Bruno Miragem (2021):

Trata-se do vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima, a ser investigado no plano dos fatos, para a identificação da causa apta a determinar a ocorrência do dano. A identificação do nexo causal não se admite que se dê como puro arbítrio do intérprete. É atividade de investigação, exigindo-se fundamento e método para a devida precisão.

Busca-se fazer essa análise pois se o ato culposo tem ligação direta com o dano, tem nexo de causalidade, o que garante o dever de indenizar. Caso não haja esse vínculo entre culpa e dano exclui-se o agente da obrigação. Ainda, o nexo causal tem outra característica, ou seja, impor um limite para a responsabilização do agente causador, conforme traz o artigo 945 CC. “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002).

Para que seja julgada procedente uma ação de responsabilidade civil o nexo de causalidade deve ser comprovado, pois sem que a ação ou omissão tenha direta responsabilidade sobre o dano não há motivo de obrigar o profissional da saúde a indenizar.

3 ERRO MÉDICO

A intenção do paciente ao consultar profissional médico é a expectativa de melhorar a sua condição física, que se encontra debilitada, portanto se tem a esperança de melhorar a sua condição de vida e não de piorá-la. O erro médico por menor que seja, se torna grave para indivíduo, razão pela qual a importância de se exigir do profissional conhecimento dos métodos técnicos e a ética.

A falha médica pode ser conceituada como conduta omissiva ou comissiva, um ato inadequado e/ou ilegal conforme os procedimentos técnicos, de forma que o profissional haja com imprudência, imperícia e negligência, sem considerar o dolo.

Conforme Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina (2006, p. 122)

Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria

natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.

Mesmo que a nomenclatura seja erro médico, é aplicada aos outros profissionais por exemplo: enfermeiros e técnicos em enfermagem.

No mesmo sentido, expressa o Conselho Conselho Federal de Medicina (*apud* MOREIRA, 2018):

Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico por inobservância de conduta técnica, estando o profissional em pleno exercício de suas faculdades mentais.

Assim, o erro médico é a má conduta profissional do médico a qual, pode causar danos à saúde do paciente. Esses danos podem ser causados por imperícia, negligência ou imprudência do médico no exercício de suas atividades profissionais. (FRANÇA, 2020).

3.1 ERRO NO DIAGNÓSTICO

O diagnóstico é o estudo de sintomas e exames que leva a identificação da enfermidade, sua gravidade, características e efeitos. A partir deste diagnóstico se define o possível tratamento, portanto qualquer erro nesse procedimento traz sérios riscos à vida, visto que o tratamento errado pode trazer complicações ou em alguns casos a morte do indivíduo.

O procedimento complexo de diagnosticar e também de provar se houve o erro para a apreciação judicial deve ser de forma técnica pelos peritos e com o apoio da medicina moderna, assim como para o melhor diagnóstico possível. Não há como cobrar a perfeição nos procedimentos visto que não é uma ciência exata, mais sim cobrar o máximo de cuidado do profissional na metodologia utilizada. Em caso de erro médico deve-se levar a responsabilização daquele agente que não age de forma profissional (THEODORO JÚNIOR, 2016).

O Código de Ética Médica, destaca em seu artigo 32, que o médico tem o dever de utilizar todos os procedimentos possíveis para compreender os sintomas e fazer um diagnóstico preciso e assim prescrever o tratamento mais adequado e evitar erro.

Conforme o do Código de Ética Médica Resolução 22/17/2018, (CFM, 2019, p. 27, artigo 32): “Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.

O diagnóstico é a descoberta do tratamento médico correto para determinada moléstia, por isso o médico deve vestir sua decisão em estudo científicos, mesmo que o erro no diagnóstico seja escusável mas se for grosseiro será responsabilizado civil.

Para Sergio Cavalieri Filho (2020) o erro de diagnóstico se configura por ser grosseiro:

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas.

Os Tribunais superiores vêm adotando a teoria da “perda de uma chance” no erro de diagnóstico, nas situações que o médico poderia ter curado ou diminuído o sofrimento do paciente. Logo, a conduta equivocada do médico dificulta ou impossibilita a chance do enfermo ser curado, caracterizando na teoria o nexo de causalidade.

Ainda, sobre a presente teoria, conecta-se com erro no diagnóstico quando o médico faz o paciente perder a chance de eliminar seu sofrimento, ou tenha a possibilidade de retardar sua morte, preservando com razoabilidade a vida do paciente, e por ação ou omissão a chance é perdida, tem-se aí o nexo de causalidade (CORREIA-LIMA, 2012, p. 26).

O erro no diagnóstico além de não garantir à cura ou alívio da enfermidade, pode agravar a situação, ou ainda, levar o paciente a morte. Portanto, o diagnóstico incorreto pode acarretar em procedimentos cirúrgicos ou medicamentos equivocados, ocasionando complicações no quadro clínico do paciente de forma irreversível, desestabilizar psicologicamente o enfermo ou em casos mais extremos o óbito (CAMPOS, 2016, p. 282)

4 MÉDICO-PACIENTE, UMA RELAÇÃO DE CONSUMO

A aplicação do Código do Consumidor nas relação médico-paciente se dá com o preenchimento dos requisitos, finalidade lucrativa no exercício da atividade por parte do fornecedor, o domínio dos fatores de produção e de técnica, bem como a fragilidade e submissão do consumidor, determinando o desequilíbrio entre as partes, “há o reconhecimento da vulnerabilidade do paciente em face destas sociedades empresárias, que detêm o domínio da técnica e maior capacidade econômica na relação de consumo” (CAMPOS, 2013), há a consideração da vulnerabilidade do paciente em face as sociedades empresária no ramo médico.

Em regra específica do Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece que a responsabilidade deve ser verificada mediante a análise da culpabilidade em reconhecimento a fragilidade profissional que realiza a atividade na forma independente.

O Código de Defesa do Consumidor traz no artigo 14, §4º a responsabilidade subjetiva como regra, aos profissionais liberais, pois a sua atividade não é de fim mas de meio, pois não há como garantir o resultado esperado pelo paciente. Por exemplo, o médico não deve garantir ao paciente o sucesso do tratamento ou da intervenção cirúrgica a ser realizada (NUNES, 2021).

A responsabilidade civil dos profissionais liberais será aferida com a comprovação da culpa em sentido amplo, negligência, imperícia e imprudência

Conforme o Código de Defesa do Consumidor Lei n. 8.078/1990. Dispõe:

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

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

Como regra da responsabilidade subjetiva para que seja comprovada a culpa, e não responsabilizar o profissional por ser apenas uma atividade de risco, a culpa deve ser comprovado por quem alega sofrer o dano, porém o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso VIII possibilita, em caso de erro médico, a inversão do ônus da prova, uma vez que, a prova produzida pelo paciente não terá

eficiência para comprovar a culpa, pois a ação médico é exercida com base na ciência médica, técnicas e protocolos científicos, quais poderão ser aferidos com exatidão através de perícias especializadas.

Vale mencionar que o Código de Defesa do Consumidor institui a inversão do ônus da prova:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990).

Tornando assim impraticável, em alguns casos, a produção de prova pelo paciente ou terceiros em caso de morte, mas caberá ao mesmo mostrar o dano sofrido. O juiz utilizará os critérios de hipossuficiência do autor da ação, porém não se trata da hipossuficiência de caráter econômico mas técnica, visto que na grande maioria o autor não tem condições de produzir provas e se verificar verdadeiras as alegações.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ERRO DE DIAGNÓSTICO

A responsabilidade civil do médico exige cautela quando se trata de erro no diagnóstico, razão pela qual se deve utilizar meios científicos através de perícia especializada para que seja comprovado a veracidade do erro, pois não se espera de um Juiz de Direito tais conhecimentos.

Contudo os Tribunais têm se mostrado adeptos da teoria da perda de uma chance, já que o diagnóstico é o ponto inicial e crucial, o qual deve definir com a máxima precisão, e seja feito o tratamento mais adequado a doença do paciente.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), na REsp 1677083/SP Recurso Especial 2017/0034594-5, assim julga:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).
3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico.
4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o dano final.
- 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente.**
- 6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar.**
- [...]
- 9. Recurso especial não provido** (BRASIL, 2017, s. p.), (sem grifos no original)

Conforme o acórdão acima, o médico foi responsabilizado civilmente com base na teoria da perda de uma chance, após demonstrado o nexo causal, conduta ilícita, chance perdida e o dano, através do laudo pericial ficou demonstrado que o médico agiu com negligência quando não requereu os exames cruciais para um diagnóstico de leucemia e assim perdendo a chance de salvar a paciente. Condenado a pagar o valor de danos morais, de caráter compensatório.

Porém, há casos em que ocorre a não comprovação do erro médico, quando o profissional seguiu de forma correta com todos os procedimentos técnicos, como demonstrado na jurisprudência a seguir. Onde o médico não foi responsabilizado por erro médico, após a paciente ter ganho alta hospitalar, entrou em óbito, como descrito no acórdão como “evento raro e extraordinário ligado a ciência médica”, feito através de métodos científicos aferido por peritos (BRASIL, 2018, s. p.).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), através da REsp n. 1.662.338/SP tendo como relatora Ministra Nancy Andrighi da terceira turma:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE.

ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016.

Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes.

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

5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.

7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido.

Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado.

(BRASIL, 2018, s. p., sem grifos no original)

Conforme o artigo 186 do Código Civil é possível que responsabilidade civil recaia sobre o médico quando se fala em erro médico no diagnóstico, porém deve se considerar alguns pontos, como os requisitos da responsabilidade devem estar presentes no ato médico, conjunta com laudo pericial, para que não ocorra equívocos.

Como requisitos principais, de responsabilidade subjetiva, devem estar a culpa e o nexo causal com o dano, pois sem que o médico tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência no processo de diagnose, não é possível a responsabilização do profissional. O Código do Consumidor com a intensão de proteger os profissionais liberais, em seu artigo 14, § 4º, deixa claro essa intenção, quando se refere que serão civilmente responsabilizados apenas quando comprovado a culpa (NUNES, 2021).

Por fim, a responsabilização civil médica é uma forma de garantir que o paciente seja indenizado pelos danos sofridos. A quantia a ser paga deve ser adequada ao dano causado, de modo a ressarcir o paciente pelos prejuízos sofridos.

Os danos morais são aqueles que causam sofrimento psicológico e emocional ao paciente, podem incluir angústia, depressão e ansiedade, entre outros (LÓPEZ, 2021).

Quanto aos danos estéticos, são aqueles que causam alterações no aspecto físico do paciente. Podem incluir cicatrizes, deformidades e alterações na pigmentação da pele, entre outros (LÓPEZ, 2021).

Os danos materiais são aqueles que causam prejuízos financeiros ao paciente. Podem incluir gastos com tratamentos médicos, exames e internações. Os lucros cessantes também devem ser indenizados pois o dano causado impede o lesionado no exercício de seu ofício e gerar renda.

Os danos materiais devem ser requeridos com base em provas numéricas, já nos danos morais assim como os danos estéticos a indenização tem objetivo de compensar o sofrimento alheio, não há uma régua de valores, cabe a parte autora valorizar a sua dor e ao magistrado analisar se o valor não é exacerbado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o presente estudo teve a intenção de demonstrar a dificuldade de ação de responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico. Com a complexidade em se provar a culpa do médico sendo um tema com muitas variáveis em se definir culpa médica. A dificuldade na produção de provas entre as partes e do poder judiciário. Ainda não se tem uma definição exata no procedimento técnico, pois a cada caso se deve definir a culpabilidade do médico, conforme a legislação pertinente, doutrina e a jurisprudência.

O fato é que deve exigir do médico o uso integral de suas habilidades e conhecimento, para constituir o melhor diagnóstico do paciente. Pois é a obrigação do operador atentar-se aos procedimentos cientificamente comprovados para que seja excluído da responsabilidade de indenizar caso houver algum dano ao paciente.

Quando o paciente lesado por um médico, peticiona uma ação de responsabilização civil contra o médico, deve comprovar o dano, e o nexo causal.

Porém diante da complexidade na produção de provas de meio científico, o Poder Judiciário pode conceder ao autor, a inversão do ônus da prova, por se tratar de uma relação de consumo, desde que aferido pelo Juiz de Direito os requisitos, de

hipossuficiência e verossímeis forem as alegações. A prova nesses casos deve acontecer através de perícias especializadas visto que os procedimentos médicos são científicos.

A teoria da perda de uma chance é de suma importância para se entender a gravidade que alguns casos de erro no diagnóstico, trazem e servem como ponto de partida para a responsabilização do médico, caso tenha sua culpa provada, pois a partir do diagnóstico o médico terá de iniciar o protocolo médico mais adequado para extinguir ou amenizar o sofrimento do paciente. Na ocorrência de erro de diagnóstico há a probabilidade de perder a única chance de curar ou amenizar a moléstia do paciente.

Vale ressaltar, que em caso de responsabilização do médico por erro de diagnóstico o valor correspondente ao dano material, moral e/ou estético é determinado pelo Poder Judiciário no caso concreto.

O direito brasileiro adota como critério para a responsabilização dos médicos a responsabilidade subjetiva, visto que as variáveis impossibilitam normatizar quesitos específicos para a responsabilização de médico que cometem erro no diagnóstico. Razão pela qual, a teoria da culpa mostrou-se mais adequada, para que o médico seja responsabilizado. Nesse sentido, deve ser comprovada sua culpa e o nexo causal com o dano sofrido pelo paciente, gerando portanto, a obrigação de indenizar. Caso não haja o quesito culpa, não há de se falar em responsabilidade civil médica.

Mesmo com as dificuldades o direito brasileiro, com a intenção de reparar o mau causado, dá sua forma de responsabilização àqueles que agem e causam danos a outrem, bem como, protege o médico de responder injustas ações judiciais. O presente estudo não tem a intenção de denegrir a imagem dos profissionais da saúde, mas mostrar que aqueles profissionais que causarem dano sofrem os rigores da lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n 7.078, de 11 de setembro de 2002.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de defesa do consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1677083 / SP Recurso Especial 2017/0034594-5. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14 nov. 2017, **DJe**, 20 nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.662.338/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12 dez. 2017, **DJe**, 2 fev. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387, de 26 de agosto de 2009.** É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. 430. ed. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 08 jan. 2022.

CAMPOS, P. M. Responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 14, p. 263–304, 2016. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/222>. Acesso em: 7 out. 2022.

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; SCAPIN, Andréia Cristina. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 108, p. 245-268, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67985>. Acesso em: 20 maio 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 14.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. E-book.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Código de ética médica:** Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: CFM, 2019.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil.** Brasília: Conselho Federal de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-Book.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** volume 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 4:** responsabilidade civil. 17.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022a. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, v. 3:** responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-Book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022b.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético:** responsabilidade civil. 4.ed. São Paulo: Almedina, 2021. E-book.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil:** responsabilidade civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.

MOREIRA, Herberth Marçal Chaves. **A vulnerabilidade profissional e o alegado erro médico.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 15 out. 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/a-vulnerabilidade-profissional-e-o-alegado-erro-medico/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-Book.

SANTA CATARINA. Conselho Regional de Medicina. **Manual de orientação ética e disciplinar.** 4. ed. rev. atual. Florianópolis: Cremesc. 2006. Disponível em: <https://docplayer.com.br/1978079-Manual-de-orientacao-etica-e-disciplinar.html>. Acesso em: 09 jun. 2022

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** 8. ed. São Paulo: Forense, 2016. E-book.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. 2:** obrigações e responsabilidade civil. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2021.