

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS- CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS- FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

CÍCERO COSME BARBOSA FILHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AOS CASOS DE ERROS DE
DIAGNÓSTICO MÉDICO**

Campina Grande – PB

2021

CÍCERO COSME BARBOSA FILHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AOS CASOS DE ERROS DE
DIAGNÓSTICO MÉDICO**

Trabalho monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Camilo de Lélis
Diniz de Farias

Campina Grande – PB

2021

B238r Barbosa Filho, Cícero Cosme.
Responsabilidade civil aplicada aos casos de erros de diagnóstico
médico / Cícero Cosme Barbosa Filho. – Campina Grande, 2021.
70 f. : il. color.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2021.
"Orientação: Prof. Me. Camilo de Lélis Diniz de Farias".

1. Responsabilidade Civil. 2. Erro Médico. 3. Erro de Diagnóstico
Médico. I. Farias, Camilo de Lélis Diniz de. II. Título.

CDU 347.51(043)

CÍCERO COSME BARBOSA FILHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AOS CASOS DE ERROS DE
DIAGNÓSTICO MÉDICO**

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Camilo de Lélis Diniz de Farias
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)

Prof. Me. Gustavo Giorgio Fonseca Mendonza
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
1º Examinador

Prof. Me. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
2º Examinador

Para

Dona Marta (mãe)

Daiana (esposa)

Cecília (in memoriam; filha)

Vitória (filha)

Gabriela (filha)

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me conceder a vida.

À minha esposa Daiana, por me incentivar constantemente durante o curso.

À minhas filhas Cecília (in memorian), Vitória e Gabriela, que com paciência suportaram e ajudaram na minha luta desses cinco anos e entenderam a minha ausência. Fiz por vocês.

À meu sogro Dogivam (in memorian), que um dia me disse que “gostaria de ter um genro Juiz”, quem sabe... também fiz por você.

À meus pais (Dona Marta e Seu Ciço), por sempre me apoiarem nos meus estudos.

Aos bons professores, em nome de Valdeci Feliciano, pelo conhecimento compartilhado que vai muito além do simples dever de ensinar.

A Camilo de Lélis, orientador, por ter acreditado na proposta e mostrar o melhor caminho para realizar.

Aos colegas de curso, José Roberto e Felipe, pela parceria e amizade que foi de grande ajuda na minha trajetória acadêmica.

Às pessoas que não acreditaram que eu conseguiria, pois me serviram de incentivo e força para provar o contrário.

“A vingança é um motivo perigoso, mas
também é poderoso.”

(Autor desconhecido)

RESUMO

O presente trabalho trouxe em seu contexto um estudo acerca do instituto da Responsabilidade Civil Aplicada aos Casos de Erros de Diagnóstico Médico, e buscou-se em seu objetivo fazer uma análise de tal sub ramo do Direito Civil, identificando em quais situações de erro o profissional médico deverá ser responsabilizado, visando a diminuição de incidências. Para o estudo e levantamento dos dados foi realizada uma pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo com aspectos quantitativos, e pudemos encontrar no teor desse estudo um levantamento histórico acerca do instituto da Responsabilidade Civil, como forma de resgatar os principais conceitos e entender detalhadamente os pressupostos desse instituto no tempo, até chegar a nossa realidade pátria atual. Também pudemos levantar as principais causas que levam o profissional médico a cometer erros de diagnóstico, de acordo com pesquisas realizadas por grandes nomes da medicina mundial. Começou-se a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil ao caso de erro médico procurando-se elencar quais os danos causados aos pacientes em decorrência do erro de diagnóstico médico, dividindo-os dentre os vários tipos abordados pela doutrina, a saber, em dois grandes grupos: danos materiais e danos morais, e como eles afetam os pacientes que sofrem com a má conduta do profissional médico. Por fim, pudemos identificar quais as situações em que o médico deverá ser responsabilizado civilmente pela inobservância dos princípios e deveres da ciência médica, onde com tal má conduta cause danos graves aos pacientes. Assim, deduzimos que este trabalho trouxe uma análise da Responsabilidade Civil de maneira geral e específica na aplicação a um problema que preocupa não apenas a classe profissional médica, como também a sociedade de forma geral, diante da grande divulgação na mídia de relatos de procedimentos médicos que em muitos casos podem levar o paciente até mesmo à morte. Portanto essa pesquisa foi de grande importância pois ao conhecer detalhadamente esse sub ramo do Direito Civil em análise a um problema específico, podemos aplicá-lo corretamente, visto que, o estudo acerca da Responsabilidade Civil é de grande importância para a sociedade, pois, ela se preocupa em estabelecer medidas para amenizar os efeitos dos danos causados a terceiros. Tais medidas proporcionam o equilíbrio e a harmonia nas relações sociais, buscando uma compensação pelos prejuízos causados as vítimas. Dessa forma não apenas os operadores do direito, como também a sociedade em geral podem utilizar-se do conhecimento acerca do assunto abordado sobre Responsabilidade Civil em Casos de Erros de Diagnóstico médico para identificar tais situações em que o problema poderá ocorrer e a forma correta de agir junto ao judiciário para poder buscar uma responsabilização do profissional, evitando futuras incidências.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Erro de diagnóstico médico.

ABSTRACT

The present work brought in its context a study about the Institute of Civil Liability Applied to Cases of Medical Diagnosis Errors, and sought in its objective to make an analysis of such sub-branch of Civil Law, identifying in which error situations the professional doctor should be held responsible, aiming to reduce incidences. For the study and collection of data, a bibliographical research of a qualitative nature was carried out with quantitative aspects, and we could find in the content of this study a historical survey about the Institute of Civil Liability, as a way to rescue the main concepts and understand in detail the assumptions of this institute in time, until reaching our current homeland reality. We were also able to raise the main causes that lead medical professionals to make diagnostic errors, according to surveys carried out by great names in world medicine. The Civil Liability Institute began to be applied to the case of medical error, seeking to list the damages caused to patients as a result of medical diagnosis errors, dividing them among the various types covered by the doctrine, namely, into two major groups: material damages and moral damages, and how they affect patients who suffer from medical professional misconduct. Finally, we were able to identify the situations in which the physician should be held civilly liable for non-compliance with the principles and duties of medical science, where such misconduct causes serious harm to patients. Thus, we deduce that this work brought an analysis of Civil Liability in a general and specific way in the application to a problem that concerns not only the medical professional class, but also society in general, given the wide dissemination in the media of reports of medical procedures which in many cases can even lead the patient to death. Therefore, this research was of great importance because by knowing in detail this sub-branch of Civil Law under analysis to a specific problem, we can apply it correctly, since the study of Civil Liability is of great importance to society, as it is concerned with establishing measures to mitigate the effects of damage caused to third parties. Such measures provide balance and harmony in social relationships, seeking compensation for the damage caused to victims. In this way, not only legal practitioners, but also society in general, can use the knowledge on the subject covered on Civil Liability in Cases of Medical Diagnosis Errors to identify such situations in which the problem may occur and the correct way to act with the judiciary to be able to seek accountability from the professional, avoiding future incidences.

Keywords: Civil liability. Medical error. Medical diagnostic error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.1 CONCEITO	15
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	16
1.2.1 Responsabilidade Civil Durante os Períodos Medieval e Moderno	20
1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	21
1.3.1 Classificação da Responsabilidade Civil no Direito Nacional	23
1.3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro.....	25
1.3.2.1 Conduta	25
1.3.2.2 Dano	26
1.3.2.2.1 <i>Dano Material</i>	27
1.3.2.2.2 <i>Dano Moral</i>	28
1.3.2.3 Nexo de Causalidade	29
1.3.2.4 Culpa	30
2. PRINCIPAIS FATORES QUE LEVAM OS PROFISSIONAIS MÉDICOS A COMETEREM ERROS (DE DIAGNÓSTICO)	32
2.1 ERRO MÉDICO	32
2.1.1 Conceito	32
2.2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO ERRO MÉDICO	33
2.3 ERRO DE DIAGNÓSTICO	35
2.4 PRINCIPAIS CAUSAS RELACIONADAS AOS ERROS DE DIAGNÓSTICO.....	35
2.4.1 Locais Onde Há Maior Incidência de Erros de Diagnóstico	36
2.4.2 Características das Principais Causas dos Erros de Diagnóstico	38
3 DANOS CAUSADOS AOS PACIENTES EM DECORRÊNCIA DOS ERROS DE DIAGNÓSTICO	41

3.1 DANO MORAL POR ERRO MÉDICO	41
3.1.1 Dano Moral Propriamente Dito	42
3.1.1.1 Dano Moral Direto.....	44
3.1.1.2 Dano Moral Indireto.....	44
3.1.1.3 Dano Moral Reflexo ou Por Ricochete.....	45
3.1.2 Dano á Imagem.....	46
3.1.3 Dano Estético.....	46
3.1.4 Dano Existencial.....	48
3.2 DANO MATERIAL.....	48
3.3 DANO FÍSICO.....	49
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	51
4.1 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	52
4.2 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO.....	53
4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O estudo acerca da responsabilidade civil é de grande importância para a sociedade, ela se preocupa em estabelecer medidas para amenizar os efeitos dos danos causados a terceiros. Tais medidas proporcionam o equilíbrio e a harmonia nas relações sociais, buscando uma compensação pelos prejuízos causados as vítimas.

Portanto, esse trabalho traz em sua justificativa uma abordagem do instituto da responsabilidade civil voltado para o erro médico, em destaque para o erro de diagnóstico médico, visto que é corrente na mídia relatos sobre procedimentos que chegam até mesmo causar a morte do paciente.

Segundo Fioravanti (2020); “todo ano, dos 19,4 milhões de pessoas tratadas em hospitais no Brasil, 1,3 milhão sofre pelo menos um efeito colateral causado por negligência ou imprudência durante o tratamento médico”. Esses números evidenciam a grande quantidade de erros médicos em nosso país.

Lima (2012) nos diz que; “é visível o descrédito da profissão médica entre a sociedade, como também o aumento de ações, buscando reparação frente a denúncias de responsabilidade civil, consequentes de erro médico”. Isso deve-se ao fato da grande divulgação pela mídia, que causa uma maior conscientização das pessoas em relação a esse problema.

No entanto, torna-se pertinente trazer para este estudo o seguinte problema: Quais as causas que levam os profissionais médicos a cometerem erros (de diagnóstico)? Quais os tipos de danos causados aos pacientes em decorrência desses erros? Como aplicar corretamente a responsabilidade civil aos profissionais médicos que cometem tais erros?

Nessa perspectiva o trabalho tem por objetivo analisar o instituto da responsabilidade civil aplicada aos casos de erros de diagnóstico médico, identificando quais as situações de erro que são passíveis de responsabilização por parte do profissional, visando a diminuição de incidências.

Baseado nesse estudo, será possível levantar as principais causas que levam os médicos a cometerem erros, em destaque para o erro de diagnóstico,

bem como apontar os tipos de danos causados aos pacientes em consequência desses erros, e por fim, aplicar a responsabilidade civil de forma correta aos casos de erros que possam causar prejuízos ao paciente.

Assim, o presente trabalho está dividido em quatro capítulos, onde busca-se em seu primeiro capítulo fazer um levantamento histórico acerca do instituto da responsabilidade civil, como forma de resgatar os principais conceitos e entender detalhadamente os pressupostos desse instituto no tempo, até chegar a nossa realidade pátria atual, para com isso, saber as situações de sua aplicação, que neste trabalho, destaca-se a aplicação da responsabilidade civil ao erro de diagnóstico médico.

No segundo capítulo, faz-se um levantamento das principais causas que contribuem para a ocorrência de erros médicos, com destaque para o erro de diagnóstico médico, mostrando seu conceito, breve levantamento histórico, principais características relacionadas aos erros de diagnóstico, quais as patologias em que mais incidem, entre outros fatores. Para isso utiliza-se de alguns dados de pesquisas realizadas por grandes nomes da medicina mundial, que explicam detalhadamente quais os principais fatores que fazem surgir esse problema.

A partir do terceiro capítulo começa-se a busca pela responsabilização civil do profissional médico. Procura-se elencar quais os danos causados aos pacientes em decorrência do erro de diagnóstico médico, dividindo-os dentre os vários tipos abordados pela doutrina, a saber, em dois grandes grupos: danos materiais e danos morais. Porém, dentre esses grupos citados será tratado algumas sub classificações que melhor se encaixam aos danos causados aos pacientes em consequência de erros médicos, por exemplo a subdivisão feita para os danos morais, em dano moral direto e indireto, dano estético, dano à imagem, entre outras citadas.

Por fim, no quarto e último capítulo de nosso estudo, será abordado a aplicação do instituto da responsabilidade civil ao profissional médico, em casos de cometimento de erros médicos (de diagnóstico), mostrando quais as situações em que o médico deve ser responsabilizado por sua má conduta que venha a causar danos graves aos pacientes. Isso será explicado através da teoria da responsabilidade civil, destacando-se a relação de consumo adotada

pelo nosso Código de Defesa do Consumidor para caracterizar a relação entre médico e paciente, mostrando que a natureza jurídica dessa relação adotada pela doutrina majoritária é a contratual. Para isso, destaca-se alguns julgados de tribunais superiores que evidenciam essa relação ao responsabilizar o profissional médico que age com inobservância aos princípios e deveres que a ciência médica lhes atribui.

Para alcançarmos respostas acerca desse assunto, será realizada uma pesquisa bibliográfica na intenção de levantar dados acerca do problema, procurando fechar lacunas existentes nessa busca. Segundo Almeida (2011), “a pesquisa bibliográfica busca relações entre conceitos, características e ideias, muitas vezes unindo dois ou mais temas”. Para Severino (2007), “essa modalidade de pesquisa se caracteriza a partir do registro disponível, que decorre de pesquisas já realizadas, em livros, artigos, teses e documentos”. Isso mostra a importância de um levantamento bem apurado em várias fontes e autores acerca do tema abordado para um embasamento teórico rico em conteúdo, mostrando as diversas formas que o assunto é tratado pelos autores.

Desse modo, toda a pesquisa será realizada em textos oriundos de livros, revistas, sites, entre outros documentos que serviram de fonte para o embasamento teórico dos temas abordados neste trabalho. Segundo Martins e Lintz (2000), esse tipo de pesquisa “busca conhecer e analisar contribuições científicas sobre determinado assunto”. Isso torna-se evidente quando se busca a opinião de vários autores sobre o tema abordado.

Como referências principais para a escolha desse tema temos Fioravanti (2020); que em sua pesquisa trouxe números assustadores a respeito do tema abordado e Lima (2012); mostrando o aumento do descrédito da sociedade em relação aos profissionais médicos em decorrência de erros médicos, conforme supramencionado. Isso reitera a grande relevância dessa pesquisa, visto ser algo de grande repercussão na mídia que preocupa a todos.

Assim, será realizada uma pesquisa de cunho qualitativo com aspectos quantitativos com o objetivo de aprofundar os conhecimentos acerca do instituto da responsabilidade civil aplicado ao erro médico, em especial ao erro de diagnóstico médico, tema que tem preocupado os profissionais da área

médica, bem como a sociedade de forma geral, no Brasil e no mundo, conforme fartamente explorado na mídia nas últimas décadas.

Ao final dessa pesquisa, poderemos verificar como este ramo do direito privado, a saber, a responsabilidade civil evoluiu com o passar do tempo e como ela está sendo aplicada atualmente principalmente no nosso ordenamento jurídico pátrio. Com isso saber como a responsabilização civil é aplicada atualmente em casos de erros médicos, em especial os erros de diagnóstico médico, conhecendo quais os tipos de danos que os pacientes sofrem em decorrência desses erros, como também quais as ocasiões em que o profissional médico é passível de responsabilização por agir de forma inadequada aos princípios e deveres que a ciência médica lhe ensina.

1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade civil, sem sombra de dúvida é tema de grande relevância no estudo do direito atualmente. A sua aplicação passeia nas mais diversas modalidades em que se apresentam os atos e os fazeres humanos, no nosso caso, estabelece o regramento para o convívio social. Como deixa claro Stolze e Pamplona, (2021.p.14), “como sabemos, o Direito Positivo congrega as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados”. Isso é evidenciado pela enorme gama de processos que sufocam o judiciário brasileiro, buscando uma reparação para o ato que cause prejuízo a outrem.

Neste sentido, antes de adentrar ao tema propriamente dito, qual seja, aplicar a responsabilidade civil por erro de diagnóstico médico, exige que seja apresentado uma compreensão básica acerca do conceito e evolução histórica, base para o entendimento de tal ramo do direito civil na sociedade brasileira contemporânea.

1.1 CONCEITO

O termo “responsabilidade” tem origem na palavra latina *respondere*, que assume um significado de reparação para um ato ilícito (de ação ou omissão) que cause um prejuízo, mesmo que moral, a alguém.

Nas Palavras de Stolze e Pamplona (2021.p.14), a responsabilidade assume o seguinte significado:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Desta forma, em sentido jurídico, responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação, como consequência de um fato juridicamente relevante.

Nosso código civil de 2002, apresenta bem essa relação em seu 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).

Dessa forma segundo Stolze e Pamplona (2021), “quem de forma culposa ou dolosa, causar prejuízo a alguém, fica obrigado a reparar o dano”. Isso é bem exemplificado quando um motorista dirigindo de forma imprudente bate em um muro de uma casa, causando prejuízos ao proprietário. Pelo seu ato ilícito resta violado o interesse jurídico alheio, restando como consequência a obrigação de indenizar espontânea ou coercitivamente, isto é, algo que possa reparar o dano sofrido e voltar ao *status quo ante*.

Na seara aqui estudada, vamos nos ater a responsabilidade no âmbito civil, que podemos finalmente conceituar de forma precisa como sendo a obrigação gerada como consequência de uma violação a um bem juridicamente tutelado, que tenha causado prejuízo a outrem. Entende-se dessa forma como gerado um dever de reparação por um ato humano ilícito.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um tema de grande apreciação no mundo jurídico, com o aparecimento das relações humanas surgem os primeiros conflitos e as obrigações delas derivadas. Foi neste período que a sociedade se organizou em famílias e tribos dando origem a lei de talião, (“olho por olho, dente por dente”). O regramento para as disputas daqueles povos ficou conhecido como *período de talião*, onde imperava a vingança privada ou coletiva.

A vingança privada como forma de repressão a uma violência sofrida, conforme Tartuce (2020.p.2), “ainda perdurou com a criação do código de Hamurabi, na mesopotâmia antiga, no início do segundo milênio antes de cristo”.

Ainda nesse contexto, segundo Lima (1999), “a vingança privada foi evoluindo de uma aplicação natural e violenta, como forma de repressão do dano, para uma reação regulada pelo estado, permitindo-a ou excluindo-a quando necessário”. Nota-se com isso que o Estado passa a intervir nas relações privadas, mesmo que inicialmente de forma indireta.

A partir daí, conforme Tartuce, (2020); “surge o Código de Manu, da cultura hindu, que apresenta uma evolução em relação a vingança privada, trazendo a possibilidade de o prejudicado ser compensado com multa ou indenização”. Deixando claro o fim desse período de castigos físicos, como meio de reparação para o dano sofrido para surgir a compensação econômica ou pecuniária.

No direito romano não foi diferente, conforme Meira (1972), “o direito romano é parâmetro para o estudo do direito privado, mas sofria forte influência da Lei de Talião aplicando penas violentas, porém com possibilidade de penas pecuniárias”. Tal influência está expressa na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C, onde algumas penas previam a aplicação de castigos tal qual a Lei de Talião.

Ainda nesse sentido Tartuce, (2020); mostra “a vingança privada com emprego da violência como forma de se buscar o equilíbrio ou a justiça perdurou durante muito tempo, resultando em muitas guerras”. Essa forma de justiça, segundo Garcez (2000), “expressou o caráter coletivo de vingança entre os povos antigos, a exemplo, temos o clássico caso do rapto de Helena de Tróia que deu origem a guerra entre Grécia e Tróia”.

Observa-se contudo que esse equilíbrio de ações ou busca da justiça nesses povos antigos, tinha um cunho coletivo de repressão a um mal sofrido, não havia ainda de se falar em culpa por parte do ofensor, em virtude da resposta imediata ao dano sofrido, isto é, considerava-se apenas a ação ou omissão e o prejuízo sofrido pela vítima.

Em síntese, podemos apresentar esse panorama da retribuição coletiva a um ato ilícito sofrido nesse primeiro momento da história da responsabilidade civil como sendo o período em que os costumes regiam as relações privadas, onde a reação do ofendido era imediata e violenta contra o ofensor, e se apresentava na forma de vingança coletiva.

Segundo Diniz (2009); essa repressão coletiva “caracterizava-se pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”, neste período da evolução da história da responsabilidade civil, a culpa de quem causou o dano não era considerada, para ser responsabilizado verificava-se, apenas, a ação ou omissão e o prejuízo causado ao ofendido.

Sem sombra de dúvida podemos dizer que apesar do emprego da violência, neste período com o surgimento da Lei das XII Tábuas, houve de certa forma, um equilíbrio ou próximo de uma proporcionalidade, dando origem a um sentimento de justiça pelos povos antigos, sendo o início para o surgimento do instituto da responsabilidade civil em Roma, conforme assegura o consagrado autor Noronha (2007, p.528) nesse sentido:

O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto.

Segundo Diniz (2009), “durante este período, o poder estatal ainda não intervia de forma direta nas relações privadas, apenas assegurava que fosse cumprido o dever do ofensor em reparar o dano sofrido pela vítima”. Assim, a responsabilidade civil na Roma antiga era objetiva, fundamentada no princípio da equidade e do equilíbrio de ações.

Passando ao período posterior da composição econômica ou pecuniária, onde a vingança privada coletiva deu lugar a compensações ou indenizações para o mal sofrido, o patrimônio do agente causador da ofensa passa a ser utilizado para compensar suas dívidas.

Assim, foram criadas tarifações para determinadas formas de dano, como aquelas instituídas pelo Código de Manu e a Lei das XII Tábuas. Podemos destacar nesse contexto da responsabilidade civil na Roma antiga a Lei de Aquilia (*Lex Aquilia*) que buscava uma compensação em dinheiro para quem causasse dano a alguém. Assim explica o nobre autor Silvio Venosa acerca de tal lei:

[...] foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. (VENOSA, apud, 2009, p. 17).

Ainda nesse contexto, Tartuce (2020), explica que; “a *Lex* introduziu a culpa como elemento para o ato ilícito, no qual, era necessário três requisitos para sua configuração: o dano, a culpa genérica, o *damnum*”. Continua Tartuce explicando cada um deles, a saber “a *iniuria*, ou seja, o dano se origina em ato contrário ao direito; a *culpa genérica*, ato positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do agente causador do dano e por fim o *damnum*, uma lesão ao patrimônio do ofendido”.

A partir deste instituto, passou a ser aplicada a culpa que deu origem ao que chamamos de responsabilidade extracontratual ou responsabilidade *Aquilianiana*, onde a conduta do ofensor era mensurada de acordo com o grau de culpa com que atuou. Assim bem explicada nas palavras de Tartuce, (2020, p.2):

A norma romana citada introduziu a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, como regra no sistema romano, quando até então era válida a responsabilidade sem culpa como via comum, extraída da pena de Talião constante da Lei das XII

Tábuas. [...] é comum encontrar a expressão responsabilidade *aquiliana* como sinônimo de responsabilidade extracontratual subjetiva.

Após esse período o Estado passa a intervir diretamente nas relações privadas, assumindo definitivamente o *ius puniendi*, exercendo a função de punir os que descumprem suas normas. A partir daí, aparece a ação de indenização proveniente da responsabilidade civil, tornando clara a evolução desse ramo do direito privado.

1.2.1 Responsabilidade Civil Durante os Períodos Medieval e Moderno

Durante a Idade Média, conforme assegura Tartuce, (2020); “a culpa influenciava significativamente esse instituto do direito privado, levada pelo movimento doutrinário da escola do direito natural, a partir da primeira metade do século XVII”. Continua o autor afirmando que “a responsabilidade civil evolui da teoria romana, adaptando-se as necessidades práticas. Foi nesse período que surgiu a ideia de *ato emulativo*, considerado um abuso de direito”. Dessa forma, fixou-se definitivamente a prática de um ato contrário ao direito no âmbito privado como ilícito civil.

Passando ao período da modernidade, conforme Gonçalves (2020), “a responsabilidade civil foi aperfeiçoada a partir do direito francês, que inseriu a culpa contratual que se originava nos requisitos da negligência ou imprudência”. Continua Gonçalves afirmando que “essa ideia generalizou o princípio aquiliano: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, onde a culpa, ainda que leve, deve ser indenizada”. Dessa forma, ficou caracterizada uma nova visão do instituto da responsabilidade civil durante esse período.

Para Gonçalves, (2009) isso se deve a “alguns fatores como o crescimento da industrialização e o aumento dos danos, originando novas teorias para a responsabilidade civil, como a teoria do risco, que previa a responsabilização independente de culpa”. Tal teoria trouxe uma segurança maior para as vítimas de danos causados em consequência de uma atividade perigosa do agente causador.

Ainda nesse sentido, continua o autor esclarecendo que tal teoria assegura que “a pessoa que exerce a atividade perigosa assumiu o risco de causar dano a um terceiro, devendo ser obrigada a repará-lo, mesmo que sua conduta seja isenta de culpa”. Passando assim a estabelecer que a responsabilidade esteja ligada ao risco da atividade, deixando (nesse contexto) de considerar a culpa.

Portanto, é notório que direito privado francês teve grande influência dos ideais e fundamentos da Revolução Francesa de 1789 e teve seu apogeu com o surgimento do código civil francês (Código de Napoleão). Tal codificação unificou as leis civis do país, protegendo o conservadorismo e o liberalismo, e em especial, a proteção à propriedade. Tal pensamento se espalhou por grande parte da Europa, influenciando e servindo de base para as codificações de vários países ao longo do tempo.

1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil foi influenciado pelo direito francês e o direito alemão, bem como as fortes raízes da colonização portuguesa, teve como ponto de partida para a responsabilidade civil a promulgação do código criminal de 1830, que preconizava a obrigação do ofensor em ressarcir a vítima pelo dano decorrente de um ato delituoso, deste modo, conjuntamente com a responsabilidade penal, também previa uma responsabilização civil.

Nessa perspectiva, Gonçalves, (2009b); assegura “que tal diploma legal, se fundava nos ideais de justiça e equidade, prevendo uma correção natural ou a indenização ao ofendido, quando fosse possível”. Portanto, a responsabilidade penal foi de grande importância para a constituição da responsabilidade civil, haja vista que uma se origina da outra.

Tomando como fundamento o direito francês, o Brasil adotou a teoria da culpa, consagrada pelo nosso primeiro Código Civil de 1916, projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, acolhendo a responsabilidade civil subjetiva como regra.

Com isso, torna-se manifesta a responsabilidade extracontratual nesse ramo do direito privado nacional.

Nosso código atual (Código civil de 2002), continua adotando a teoria da culpa, isto é, tal diploma legal manteve a teoria subjetiva da responsabilidade civil, exigindo a comprovação da culpa do agente.

Isso torna-se evidente no art.186 do Código Civil de 2002, assim expresso: “aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

Por outro lado, essa norma trouxe uma inovação no âmbito da responsabilidade civil, ampliando a noção de ato ilícito, isso fica demonstrado no art.187, *in verbis*: “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”. (BRASIL, 2002)

Desta forma, resta claro que o excesso deve ser punido, ou seja, o exercício de um direito deve estar condicionado a determinados limites, para que não haja abusos. Portanto, ao exercer um direito o agente deverá respeitar os limites legais para que não cause dano a outrem.

Outra inovação que o código atual trouxe, foi a previsão do dano moral, já mencionado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, incluindo a possibilidade de “indenização pelo dano material, moral ou à imagem”. (BRASIL, 1988).

Passou o nosso código a partir de então a adotar a teoria mista, quando de qualquer modo, prevê a reparação do dano, independentemente de culpa, é o caso que chamamos de teoria do risco, conforme citada anteriormente, a obrigação de reparação do prejuízo existe, independentemente de culpa, quando há previsão na lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do ato ilícito, possa prejudicar os direitos de outrem.

Essa teoria surge na França, com a finalidade de buscar um embasamento para a responsabilidade objetiva. Nesse tipo de responsabilidade, conforme Cavalieri Filho (2009), “o prejuízo deve ser reparado pelo autor, independentemente de ter ele agido com culpa ou não”.

Assim, a responsabilidade civil em nosso país passou a ser composta pela “teoria da culpa”, na qual é preciso comprovar a culpa para haver a caracterização da responsabilidade civil (responsabilidade subjetiva) e pela teoria do risco, que independentemente de culpa há a responsabilização civil (responsabilidade objetiva), como já mencionada anteriormente, “consiste na obrigação de reparar o prejuízo, independente de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade que o autor do dano desenvolve causar prejuízo a alguém”.

Contudo, resta claro que o Código civil de 2002, adotou a teoria mista, tendo como regra a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa), e como exceção a responsabilidade objetiva (teoria do risco), que independe de culpa, ampliando o leque de possibilidades para reparação dos danos causados aos ofendidos.

1.3.1 Classificação da Responsabilidade Civil no Direito Nacional

Conforme ficou bem esclarecido devido a forma como é encarada a responsabilidade em nosso diploma legal (objetiva ou subjetiva), dependendo do caso concreto, a culpa poderá ou não ser considerada, ou seja, será presumida na responsabilidade objetiva e deverá ser comprovada na responsabilidade subjetiva.

Nesse contexto Gonçalves, (2020, p.57); deixa bem claro a respeito da responsabilidade subjetiva:

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.

Por outro lado, continua o autor explicando quando ocorre a responsabilidade objetiva:

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 nexo de causalidade (GONÇALVES, 2020. p.57).

A responsabilidade objetiva, segundo Gonçalves, (2020); “possui como base a teoria do risco ou teoria objetiva, que possui como principal fundamento que o dever de indenizar é de quem causa o dano que é a ele ligado por um nexo de causalidade, sem considerar a culpa”. Destaca-se assim, que o dano é presumido, independentemente de culpa porque se fundamenta no risco.

Dessa forma, classificamos a responsabilidade civil de acordo com sua natureza jurídica em contratual e extracontratual. Isso torna-se claro nas palavras do renomado doutrinador Sergio Cavaliere Filho, explicando o conceito básico de cada tipo de responsabilidade:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é a consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI, 2010, p.15).

Assim, a responsabilidade contratual é consequência do inadimplemento de uma obrigação que tenha causado prejuízo a alguém (ilícito contratual).

Deste modo, o vínculo obrigacional é gerado por uma relação jurídica anterior, por meio da qual as partes manifestam suas vontades, equilibrando-as por meio de um acordo, impondo obrigações, que o descumprimento causa um dano, que deve ser reparado. O ato ilícito, portanto, é fruto do descumprimento do dever contratual, isto é, origina-se do próprio contrato.

Por outro lado, se não há um acordo de vontades preestabelecido, ou seja, uma relação jurídica preexistente (contrato), estaremos diante de uma responsabilidade civil extracontratual, quando um dever legal resta violado, nos termos do art.186 CC, *in verbis*: “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)

Na responsabilidade subjetiva cabe a vítima alegar e comprovar a culpa do ofensor, ou seja, a culpa não é presumida. Em contrapartida na responsabilidade objetiva, como expressão da teoria do risco, a culpa não é levada em consideração, ou seja, ela é deixada de lado analisando-se apenas o dano e o nexo de causalidade, a culpa resta presumida.

1.3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro

Por tudo que foi mencionado acerca da responsabilidade civil em nosso país, resta claro que de acordo com a teoria adotada, a saber, a teoria mista, podemos extrair os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa. Tais elementos aparecem na responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*. Por outro lado, na responsabilidade contratual, a culpa por ser presumida, resta dispensável.

Assim, devido a importância de cada um desses pressupostos para o instituto da responsabilidade civil, independente da teoria adotada no caso concreto, torna-se necessária a análise de cada um deles.

1.3.2.1 Conduta

A conduta está relacionada a uma ação ou omissão, conforme o art.186 CC, diz que “aquele que por ação ou omissão causar prejuízo a alguém, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, o mencionado artigo apresenta, a responsabilidade direta, isto é, o agente deve responder pelo que pratica, também denominada de “responsabilidade por ato próprio”. Significa que as pessoas de forma geral, devem ser responsabilizadas por suas atitudes. Resta claro que a

responsabilidade conforme bem expresso no diploma legal é resultado de uma conduta positiva (ação) ou de uma conduta negativa (omissão).

Assim, para Cavalieri, (2010, p.24); a conduta pode ser conceituada como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. Deste modo, o pressuposto da conduta é baseado nos fazeres humanos, isto é, nos atos que causem danos ou prejuízo a alguém. Ainda nesse sentido, esclarecendo as diferenças entre a conduta positiva e a negativa a nobre doutrinadora Maria Helena Diniz assegura:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. (Sem grifo no original). (DINIZ 2011, p.56)

Percebe-se deste modo que a ação é facilmente perceptível, visto que ela se revela na realidade, sendo possível verificar de fato a prática de uma determinada conduta. A conduta positiva torna-se facilmente compreensível, pois ela se exterioriza no mundo real, isto é, ela causa uma transformação da realidade.

Por outro lado, a omissão é mais difícil de ser percebida, visto que significa um deixar de fazer, portanto não aparece na realidade. Assim, só haverá responsabilidade por omissão quando há a não observância a um dever jurídico de agir, onde, tal conduta negativa causa prejuízo a outrem.

Em contrapartida, temos a responsabilidade indireta que surge quando o indivíduo mesmo não praticando o ato, é responsabilizado pela conduta. Isso é deixado claro no art.932 CC e art. 936 CC, “que ocorre quando o sujeito é responsabilizado civilmente pelos atos de um terceiro ligado a si por algum tipo de vínculo (contratual ou legal)”. (BRASIL, 2002)

Assim, independente que haja culpa ou não o sujeito pode ser responsabilizado pelo dano causado por coisas ou animais que estejam sobre sua guarda, e conforme o art.932 CC; “o pai, responderá por seus filhos, o tutor e o curador por seus pupilos e curatelados, e o empregador e comitente por seus empregados ou prepostos”. (BRASIL, 2002). A responsabilidade indireta como mencionado é composta pelo “fato de terceiro”, situação pela qual a lei define que haja a responsabilização do sujeito, mesmo sem ele ter praticado o ato.

1.3.2.2 Dano

O dano é considerado o principal pressuposto da responsabilidade civil, haja vista que não há de se falar em responsabilidade se não houver dano, ou seja, a obrigação de reparar só surge quando ocorre o dano.

Desta feita o dano pode ser conceituado como sendo toda violação a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem material ou moral. Ainda neste sentido Cavalieri, (2010, p.73); traz um conceito bem elaborado para o dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Destarte, para que o dano seja relevante para gerar uma responsabilização no âmbito civil é necessário que cause uma diminuição na esfera econômica (material) ou referente a personalidade (moral).

Diante do claro conceito expresso para o principal pressuposto da responsabilidade civil, pode-se assim dividir os tipos de dano em material e moral, respectivamente.

1.3.2.2.1 *Dano Material*

O dano material, também chamado de dano patrimonial, é aquele que possui um valor financeiro, refletindo no patrimônio da vítima. Assim, o dano material atinge o patrimônio da pessoa lesada, causando-lhe uma diminuição na esfera econômica.

Neste viés, o art. 402 CC, ao se referir as perdas e danos, subdivide o dano material em “emergente e lucro cessante”. (BRASIL, 2002). Neste sentido, por dano emergente temos:

Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar. (DINIZ, 2011, p.85)

O conceito de dano emergente supracitado, deixa claro que se trata de uma diminuição ou prejuízo ao patrimônio da pessoa lesada, com real reflexo de cunho econômico.

Por outro lado o lucro cessante consiste naquilo que o sujeito deixou de ganhar, ou seja, não há efetivamente uma diminuição do patrimônio, mas sim a perda da possibilidade de agregar valor ou fazer crescer o patrimônio. Desse modo, lucro cessante é assim conceituado:

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na

lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. (VENOSA, 2010, p.45).

Ambos os tipos de dano material geram o dever de reparação (indenizar), pois causam a vítima um impacto econômico ao seu patrimônio, diminuindo ou deixando de agregar valor.

1.3.2.2.2 Dano Moral

O dano moral ou dano extrapatrimonial, como já mencionado, constitui-se um dano de natureza pessoal, ou seja, que venha a ferir a honra, a imagem, a liberdade, entre outros bens jurídicos que integrem a personalidade do ofendido.

Neste sentido, o dano será considerado moral quando:

[...] Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...] (VENOSA, 2015, p.52).

O dano moral é assim compreendido como um dano não palpável, de difícil apreciação visto que não possui um valor econômico próprio, precisa ser analisado no caso concreto para poder ser mensurado.

1.3.2.3 Nexo de Causalidade

Trata-se do pressuposto da responsabilidade civil que relaciona a conduta ao dano causado. Deste modo, o nexos causal é o vínculo que une a conduta (dolosa ou culposa) do agente ao dano sofrido pela vítima, em outras

palavras, a consequência ou a causa de um comportamento positivo ou negativo do sujeito é o “prejuízo” (dano) causado a outrem.

Nesse contexto Diniz (2011, p.127), deixa bem claro esse conceito:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Portanto, nexo de causalidade nada mais é do que a relação entre a ação ou omissão do agente como sendo a causa do efeito ou resultado danoso.

1.3.2.4 Culpa

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil que é de grande importância para o conceito de responsabilidade subjetiva apresentada no art. 186 CC. Tal norma legal trata da culpa em sentido amplo (*lato sensu*), compreendendo o dolo e a culpa *stricto sensu*.

Nosso ordenamento jurídico adotou a teoria mista, isto é, adota a responsabilidade subjetiva e a objetiva, porém traz esta última como regra, a necessidade comprovar a culpa do ofensor como requisito para se reparar o dano. Assim, a culpa *lato sensu* é um comportamento humano, intencional ou não que seja contrário a lei. Nesse contexto, temos a diferenciação entre culpa em sentido amplo e em sentido estrito:

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, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. (DINIZ, 2011, p.58)

Desse modo, para que haja a culpa é necessário que um dever jurídico seja violado, quando intencional caracteriza-se pelo dolo (culpa em sentido amplo), por outro lado, quando não há a intenção, houve a negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito).

Sob o ponto de vista do dolo, é indispensável o propósito, isto é, a intenção do agente em produzir o fato danoso, por outro lado, a culpa em sentido estrito decorre de um fazer inconsciente, pelo qual não existe a intenção de causar o fim danoso, ainda assim ele ocorre.

Contudo, a depender do caso concreto deverá ser analisado o quantum de culpa teve o ofensor, isto é, o quanto contribuiu para o resultado danoso para assim poder ser mensurado o valor da reparação pelo juiz.

No próximo capítulo será abordado as causas que levam os profissionais médicos a cometerem erros, com destaque ao erro de diagnóstico médico, tema de grande importância pois desta forma saberemos quando, ou em quais circunstâncias deve-se aplicar a responsabilidade civil a uma má atuação do médico.

2 PRINCIPAIS FATORES QUE LEVAM OS PROFISSIONAIS MÉDICOS A COMETEREM ERROS (DE DIAGNÓSTICO)

2.1 ERRO MÉDICO

É crescente na mídia histórias de diagnósticos e procedimentos médicos hospitalares que causam problemas sérios aos pacientes, podendo inabilitá-los a atividade laboral ou até mesmo causar-lhes a morte.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) divulgou, “que mais de 138 milhões de pessoas são afetadas anualmente por erros médicos, e que 2,6 milhões morrem por esta causa”, tornando evidente o aumento exacerbado desse mal comportamento por parte desses profissionais, (OMS-13/09/2019,notícias.uol.com.br).

O erro é algo que está presente em qualquer área profissional. No caso do médico, devido ao fato de lidar com a vida humana causa maior impacto no meio social. Desse modo, convém conceituar o erro médico de forma clara, pois a partir do seu conceito, pode-se abordar as suas consequências.

2.1.1 Conceito

O erro médico é um tema dos mais corriqueiros e polêmicos nos meios de comunicação. Segundo o Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, ele é assim definido:

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. (GRISARD, 2006, p.123).

Observa-se que o erro médico está intrinsecamente ligado a uma conduta atípica (omissiva ou comissiva) do profissional que causa um resultado danoso ao paciente, porém não há a intenção de cometê-lo.

Deste modo, o erro médico se caracteriza pela conduta culposa do profissional quando age com negligência, imprudência ou imperícia, mas nunca com dolo, isto porque segundo Grisard (2006), “o erro na modalidade dolosa se caracteriza pela conduta típica ou voluntária do agente, sendo inadmissível que o médico venha a ser cometido, pois não se trataria mais de erro e sim de um crime”.

Portanto, o erro médico em sua modalidade dolosa não trata-se de uma falha no exercício da profissão, mas sim de uma infração cometida utilizando-se dela, prevista no art.129 CP, in verbis: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:[...]”. (BRASIL, 1940). Assim, não trata-se de um erro, mas de um delito previsto no código penal.

Apesar da culpa estar diretamente associada ao erro médico, conforme supracitado, há algumas ocasiões em que o profissional poderá agir com dolo, conforme assegura Lima (2012, p.19); “há decisões nos tribunais superiores considerando erro médico proveniente, também, de condutas dolosas, na modalidade dolo eventual, onde o agente assume o risco de produzir o resultado danoso”, que poderá resultar em morte do paciente.

Nesses casos, por exemplo, homicídio, lesão corporal ou omissão de socorro, todos tipificados no código penal, a punição é mais rigorosa para o

profissional, saindo da esfera da responsabilidade civil e passando para o âmbito da responsabilidade penal.

2.2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO ERRO MÉDICO

O erro médico sempre teve relevante atenção desde os primórdios da humanidade. Os antigos tratavam nas suas leis e codificações vários aspectos acerca de tal conduta do médico, prevendo diversas punições, que passaram dos castigos físicos até chegar na compensação financeira. Neste sentido:

O Código de Ur-Nammu, o Código de Manu, o Cho-King dos chineses, a Lei de Zoroastro, datadas de uma época em que a composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória e ao demais, tarifada, puniam os cirurgiões que desempenhavam mal a sua arte, pela paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou escravo, etc. O Talmude (instrução), livro que registra a lei e as tradições judaicas, compiladas pelos doutores hebreus, substituiu a pena de talião pela pena de multa, prisão e imposição de castigos físicos, aplicando em lugar da pena de morte a de prisão perpétua, sem trabalhos forçados, se ocorresse o óbito do paciente. (CROCE e JUNIOR, 2002, p.7)

Lima (2012, p.20) mostra uma das possíveis punições dos povos antigos para o médico que cometesse um erro com resultado danoso para a vítima, assim, “os ostrogodos e visigodos entregava o médico para a família do doente, falecido por suspeito erro daquele, para que o justicassem como bem entendessem”. Isso mostra o caráter privado da punição imposta por esses povos ao ofensor, dando autonomia a vítima para fazer justiça.

As punições aplicadas ao comportamento desastroso dos médicos ficaram mais severas, tornando a profissão ameaçada, no sentido que, os bons profissionais receosos com as penalidades foram se afastando do ofício, levando a medicina a ser exercida de forma medíocre, com destaque na Roma antiga onde em certo período somente os escravos curavam. Neste aspecto temos:

Na Roma Antiga, as leis sobre o erro médico eram muito severas; tão severas que foram afastando da profissão os mais capazes, os mais aptos, com receio das punições. Esse êxodo chegou a extremos e, a partir de certa época, somente os escravos curavam. Os nobres mais ricos do patriciado romano passaram a "importar" médicos de Alexandria e da Grécia, da mesma forma que "importavam" perfumistas e criados de quarto. A Medicina perdeu sua dignidade; daí ao ridículo e à excentricidade foi um passo; na conhecida Escola de Salerno fabricavam-se pomadas para todas as finalidades; a mais célebre delas era o "ungüento da simpatia"... (MORAES, 1996, p.56).

Isso deixa claro que desde a antiguidade a medicina vem perdendo a sua credibilidade, haja vista o seu exercício por parte dos maus profissionais e o receio dos mais capacitados em continuar na profissão, devido ao rigor das leis, que muitas vezes impõem penalidades como resposta aos meros anseios da sociedade, não procurando buscar realmente a confirmação de culpa no caso concreto por parte do profissional médico.

2.3 ERRO DE DIAGNÓSTICO

O diagnóstico médico é uma das principais funções desempenhadas por esse profissional. Neste sentido Neto (2010), afirma que “diagnóstico é o procedimento que procura identificar determinada enfermidade a partir da observação de seus sintomas característicos”. Assim, a partir do diagnóstico é que o profissional realiza todos os demais procedimentos necessários na busca da cura do paciente.

Entre os mais variados tipos de erro médico, podemos destacar o erro médico por erro de diagnóstico, que é um tipo de falha na diagnose, ou seja, uma interpretação equivocada dos sintomas e exames. De acordo com a *Society to Improve Diagnosis in Medicine* (SIDM), o erro de diagnóstico é “qualquer diagnóstico errado, indevidamente atrasado, ou perdido não realizado”, os quais podem gerar muitos transtornos aos pacientes, por resultarem em tratamento inadequado de uma determinada patologia, (SIDM-28/11/2019).

Portanto, segundo Neto (2010), podemos conceituar o erro de diagnóstico médico como “a escolha de um tratamento inadequado para a doença ou anomalia instalada no paciente que possa causar-lhe um resultado danoso”. Desta forma, o profissional ao interpretar erroneamente os sintomas e sinais de uma doença, gera uma qualificação incorreta da patologia, podendo ocasionar prejuízos ao paciente que podem ser muitas vezes irreparáveis.

2.4 PRINCIPAIS CAUSAS RELACIONADAS AOS ERROS DE DIAGNÓSTICO

Os erros de diagnóstico médico é tema que tem preocupado bastante a classe médica e a sociedade de maneira geral. Segundo o Dr. Diehl Leandro (2019), esses erros são tão comuns que estima-se que “os diagnósticos feitos por médicos estejam errados em cerca de 10 a 15% das vezes”, mostrando a importância do assunto e que deve ser tratado com muita seriedade, visando uma diminuição desse problema.

O Doutor, ainda acrescenta que “a frequência de erro varia bastante, com o tipo de problema clínico e o local da análise. Os diagnósticos podem estar errados em até 50% das vezes, quando se trata de pacientes com queixas inespecíficas”. Isso mostra a gravidade desse tipo de erro, que podem trazer consequências das mais diversas, por exemplo, “cerca de 50% dos erros diagnósticos tem potencial de danos graves ao paciente, e em torno de 10% resultam em morte”, conforme explica o renomado médico.

Diante do exposto acima acerca desse tema, fica claro que para saber as causas que concorrem para o erro de diagnóstico médico, precisa-se identificar primeiramente onde eles mais incidem, ou seja, quais as doenças, sintomas ou especialidades que frequentemente ocorrem, para poder assim elencar suas principais causas.

2.4.1 Locais Onde Há Maior Incidência de Erros de Diagnóstico

De acordo com a pesquisa realizada por Diehl Leandro (2019), existem locais que ocorrem erros de diagnóstico médico com maior frequência, ou seja,

Locais ou especialidades onde é mais comum a ocorrência de erros diagnósticos são: os pronto-atendimentos e pronto-socorros (PS), ou seja, a medicina de urgência/emergência,[...]a atenção primária à saúde (APS), ou seja, a medicina de família e comunidade,[...] os pacientes hospitalizados em enfermarias de clínica geral, ou seja, a medicina interna.(DIEHL LEANDRO, 28/11/2019).

O quadro abaixo ilustra quais as maiores causas de erros diagnósticos de acordo com o local:

Quadro 1: Algumas causas de erros diagnósticos de acordo com o local

Pronto-socorro	Atenção primária	Medicina interna
Volume atendimento	Volume atendimento	Complexidade casos
Variedade doenças	Recursos diagnósticos	Comorbidades
Ambiente conturbado	Disponibilidade especialistas	Stress
Comunicação interna	Interpretação resultados	Testes diagnósticos
Erro cognitivo	Erro cognitivo	Erro cognitivo

Fonte: (DIEHL LEANDRO, 28/11/2019)

Na pesquisa o Dr. Diehl Leandro ainda cita quais as doenças ou sintomas que mais se associam aos erros de diagnóstico. Segundo o quadro abaixo:

Quadro 2: Doenças ou sintomas que mais se associam aos erros diagnósticos

Doenças	Sintomas
Insuficiência cardíaca descompensada	Tosse
Pielonefrite	Dor abdominal

Câncer	Dispneia
Insuficiência renal aguda	Dor lombar
Pneumonia	Dor torácica
Embolia pulmonar	Febre
Acidente vascular cerebral	Rash cutâneo
Síndrome coronariana aguda	Sintomas inespecíficos

Fonte:(DIEHL LEANDRO, 28/11/2019)

Com esses estudos o médico pôde chegar a resumir as principais causas dos erros de diagnóstico em três grandes grupos,

De forma geral, a análise das causas do erro diagnóstico revela três grandes grupos de causas de erro: Erros sem culpa (situações em que o erro é inevitável, geralmente devido a apresentações atípicas de doença. Exemplo: dengue sem febre), [...], Erros relacionados ao sistema (situações em que o erro se deve a uma falha nos processos da instituição onde o médico atua. Exemplo: troca de exames laboratoriais), [...], Erros cognitivos (situações em que o erro se deve a alguma falha no processo de raciocínio do médico. Exemplo: erro na interpretação de um teste diagnóstico). (DIEHL LEANDRO, 28/11/2019).

Esses três grandes grupos de causas de erros de diagnóstico, são os responsáveis pela grande maioria de suas incidências. A seguir será apresentada alguns aspectos a respeito desses grupos, bem como algumas características em relação a cada um e qual grupo é o responsável pela maior parte dos erros de diagnóstico de forma geral.

2.4.2 Características das Principais Causas dos Erros de Diagnóstico

De acordo com a classificação em três grandes grupos de erros de diagnóstico médico, feita na pesquisa do Dr. Diehl Leandro (2019), conforme

supracitado, tem-se que cada grupo possui características próprias a eles associadas. Isso fica bem claro conforme o quadro abaixo:

Quadro 3: Principais características relacionadas a cada grupo de erro de diagnóstico

Sem culpa	Sistema	Cognitivo
Doença muito rara	Falhas técnicas	Conhecimento
Doença desconhecida	Recursos ausentes	Coleta de dados
Apresentação atípica	Exames errados	Síntese de dados
Impossibilidade de obter história	Logística	Interpretação de testes
Paciente confuso ou que mente	Sobrecarga/volume de atendimentos	Formulação de hipóteses
	Exames errados	Verificação de hipóteses

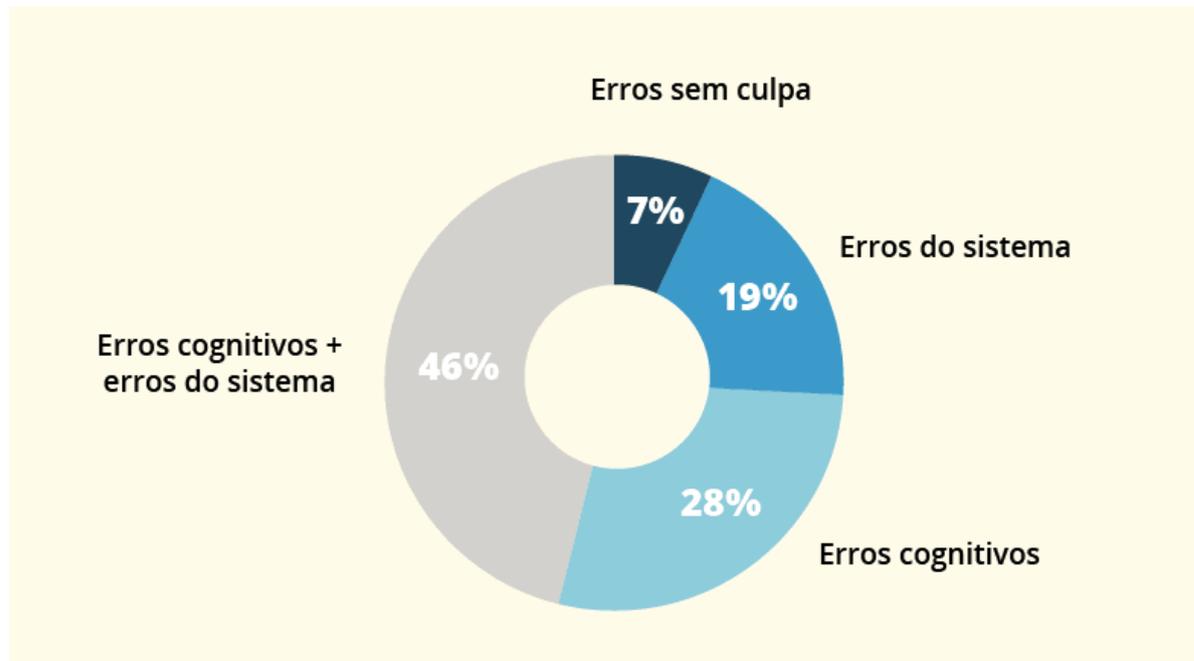
Fonte:(DIEHL LEANDRO, 28/11/2019)

Dentre esses grupos de causas de erros de diagnóstico médico, o pesquisador acrescenta: “o que causa maior número de erros diagnósticos na vida real é o grupo dos erros cognitivos, que inclui todas as possíveis falhas nos processos de raciocínio clínico do médico”. Isso torna-se evidente em números, em um estudo realizado por grandes nomes da medicina mundial:

Um estudo esclarecedor publicado pelo Dr. Mark Graber, em 2005, analisou vários casos de erros diagnósticos e chegou a duas conclusões importantes:[...]a maioria dos diagnósticos errados envolve mais de um erro – neste estudo, observou-se uma média de 6 erros por paciente com diagnóstico errado, [...]os erros cognitivos foram a fonte mais importante de erro: neste estudo, em 75% dos casos houve a presença de erro cognitivo. O erro cognitivo ocorreu isoladamente em 28% dos casos, ou associado a um erro relacionado ao sistema (em 46%). (GRABER et al.2005).

Para ilustrar os resultados obtidos no estudo publicado pelo Dr. Mark Graber, temos no gráfico abaixo:

Figura 1: Os fatores responsáveis por erros diagnósticos



Os fatores responsáveis por erros diagnósticos (Graber et al., 2005)

Fonte: (GRABER et al.2005)

Portanto, segundo o Dr. Gordan Pedro (2017), “Tudo isto nos motiva e estimula [...]a disseminarmos o conhecimento existente sobre o raciocínio clínico, e a nos envolvermos diretamente com a prevenção dos erros médicos”. Isso torna evidente que a busca por um diagnóstico correto depende de um desenvolvimento adequado de um raciocínio clínico por parte do profissional médico para cada caso.

3 DANOS CAUSADOS AOS PACIENTES EM DECORRÊNCIA DOS ERROS DE DIAGNÓSTICO MÉDICO

Nos últimos anos tem aumentado os números de erros médicos em nosso país. Segundo Fioravanti (2020); “todo ano, dos 19,4 milhões de pessoas tratadas em hospitais no Brasil, 1,3 milhão sofre pelo menos um efeito colateral causado por negligência ou imprudência durante o tratamento médico”. Esses números tem preocupado a sociedade em relação aos serviços de saúde em nosso país.

Um dos objetivos da ciência médica é proporcionar o tratamento adequado à recuperação da saúde do paciente. Isso requer que o profissional médico atue com ética, utilizando-se dos conhecimentos adquiridos para preservar o bem maior que é a vida do paciente.

No entanto, é crescente a quantidade de processos judiciais em decorrência de erros médicos. O Conselho Nacional de Justiça aponta que, em 2017, “foram promovidos 70 novos processos por dia, envolvendo erro médico, deixando o judiciário brasileiro sufocado com essa enorme gama de ações”.

Lima (2012) nos diz que; “é visível o descrédito da profissão médica entre a sociedade, como também o aumento de ações, buscando reparação frente a denúncias de responsabilidade civil, consequentes de erro médico”. Isso deve-se ao fato da grande divulgação pela mídia, que causa uma maior conscientização das pessoas em relação a esse problema.

Desta forma, observa-se que o erro médico é um tema de grande relevância e complexidade, pois afetam direitos dos pacientes que sofrem com os danos causados pela má atuação desses profissionais. Por isso, torna-se necessário conhecer quais os tipos de danos causados aos pacientes em consequência dos erros médicos.

3.1 DANO MORAL POR ERRO MÉDICO

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM, 2006), o erro médico é caracterizado como “a conduta omissiva (não fazer) ou comissiva (fazer), com culpa, gerando danos ao paciente, no exercício da profissão”. Assim, juridicamente falando, o erro médico passível de reparação civil é o erro culposos.

Portanto, conforme supracitado e segundo assegura Emmelyn (2020), a culpa se caracteriza pelos seguintes elementos: “[...]Negligência: não fazer algo que deveria; [...]Imprudência: fazer o que não deveria; [...]Imperícia: fazer de forma inadequada o que deveria ter sido feito melhor”. Se a pessoa não agiu com pelo menos um desses elementos, não há de se falar em culpa.

Assim a culpa do profissional médico deve ser comprovada, devido a sua atividade ser de meio e não de fim, ou seja, deverá utilizar-se de todo conhecimento e técnicas necessárias, que as ciências médicas fornecem para tratar o paciente, porém não poderá garantir a cura total.

Deste modo, os danos causados aos pacientes passíveis de responsabilização civil são os morais, materiais ou físicos, que possuem características específicas e podem se subdividirem, como é o caso do dano moral, conforme mostra Emmelyn (2020); “[...]Dano moral propriamente dito; [...] Dano à imagem; [...]Dano estético e [...]Dano existencial”. Conforme veremos detalhadamente cada um.

3.1.1 Dano Moral Propriamente Dito

O Dano moral, como já mencionado constitui-se um dano de natureza pessoal, ou seja, que venha a ferir a honra, a imagem, a liberdade, entre outros bens jurídicos que integrem a personalidade do ofendido. Isso fica evidenciado nas palavras de Stolze e Pamplona, (2021.p.35),

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida

privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Por ser um dano que está ligado ao íntimo da pessoa, ou seja, a sua honra ou o psicológico, torna-se difícil de ser comprovado. No caso do profissional médico ele deverá agir com todo cuidado necessário para não causar esse tipo de dano ao paciente, analisando cada caso de acordo com a necessidade, evitando assim ser responsabilizado por uma conduta inadequada.

Neste sentido Emmelyn (2020), ilustra bem como o dano moral pode se configurar na prática,

Sobre o dano moral propriamente dito, veja um caso prático: imagine que uma pessoa foi ao médico com determinados sintomas, buscando esclarecer se existe algum mal à saúde. O profissional, então, solicita alguns exames que entende necessários e ao interpretar o exame, entende passa um tratamento ao paciente inadequado, que gera a piora do estado de saúde da pessoa.

Neste caso houve uma interpretação equivocada dos exames, gerando um erro no diagnóstico, conseqüentemente um tratamento inadequado que causou danos à saúde do paciente. Resta claro o sofrimento que essa pessoa teve por não ter sido tratada de maneira adequada, perdendo a chance de poder obter uma possível cura.

Essa espécie de dano pode ser inicialmente dividida em dano moral direto e indireto, conforme assegura Stolze e Pamplona (2021, p.40), ao falar sobre a importância dessa distinção para o meio acadêmico:

Consideramos salutar distinguir o dano moral direto e o dano moral indireto, eis que se constituem em classificações oriundas do requisito “causalidade entre o dano e o fato”, imprescindível para a configuração do dano indenizável.

Assim, tal distinção torna-se de grande importância para a teoria da responsabilidade civil, eis que a relação de causalidade entre o dano e o fato é

um dos pressupostos da teoria geral da responsabilidade civil, conforme supracitado, necessário para configurar a responsabilização, ou seja, caracterizar o dano passível de indenização.

3.1.1.1 Dano Moral Direto

Ocorre o dano moral direto, conforme Stolze e Pamplona (2021, p.40), “quando há uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade”, direitos esses assegurados pela nossa constituição federal de 1988. Ainda nesse sentido, a nobre doutrinadora Maria Helena Diniz ensina:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). (DINIZ, 2005, p. 93)

Como exemplo, podemos citar o caso do profissional médico que erroneamente interpreta um resultado de um exame diagnosticando certa patologia que necessita de administração de um medicamento que causa paralisia permanente no paciente. Dessa forma configura-se o dano moral direto do paciente que é obrigado a conviver com a paralisia.

3.1.1.2 Dano Moral Indireto

O dano moral indireto, conforme ensina Stolze e Pamplona (2021, p.40), “ocorre quando há uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial”. Por exemplo quando ocorre o furto de um bem de valor afetivo, causando além do dano patrimonial, um dano na esfera íntima da

pessoa, podendo até mesmo contribuir para o surgimento ou o agravamento de problemas de saúde no ofendido.

Ainda a respeito do dano moral indireto, o Código Civil traz disposição expressa no seu artigo 952, parágrafo único: *“Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”*. (BRASIL, 2002)

Assim podemos concluir que o dano indireto está relacionado a uma cadeia de prejuízos, ou seja, a mesma vítima sofre um dano principal, denominado de direto e, em consequência deste, ainda suporta outro, indireto. Como é o caso por exemplo, de um paciente que é diagnosticado com uma doença, aparentemente sem gravidade e devido a uma interpretação errônea do médico do resultado dos exames ambulatoriais prescreve um medicamento inadequado que agrava seu estado de saúde.

Por fim, cabe fazer uma diferenciação, para melhor entendimento do assunto entre o dano moral indireto e o dano moral reflexo ou por ricochete, onde, conforme Stolze e Pamplona (2021, p.40), significa:

O dano moral indireto é uma violação a um direito da personalidade de um sujeito, em função de um dano material por ele mesmo sofrido; já o dano reflexo ou por ricochete, tem-se um dano moral sofrido por um sujeito, em função de um dano (material ou moral, pouco importa) de que foi vítima um *outro* indivíduo, ligado a ele.

Dessa forma, convém uma conceituação mais específica acerca dessa modalidade de dano moral (reflexo ou por ricochete), tal modalidade também se insere na seara aqui abordada sobre os danos causados aos pacientes por erro de diagnóstico médico, como veremos a seguir.

3.1.1.3 Dano Moral Reflexo ou por Ricochete

O dano moral reflexo ou por ricochete conforme supracitado tem a ver com o direito que as pessoas intimamente ligadas a vítima do dano possuem,

onde sofreram de forma reflexa as consequências do evento danoso. Neste sentido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assegura:

Quando se verifica que o terceiro sofre efetivamente com a lesão causada à vítima, nasce para ele um dano moral reflexo ou ricochete, que é específico e autônomo. Isto significa que todos aqueles que sofrem com a morte da vítima terão direito, separadamente, à indenização pelo dano moral a eles reflexamente causado. O que pode ser diferente é o valor fixado que deve ser específico para cada um, dependendo de sua ligação com a vítima. (Acórdão n.1093175, 20160111243320APC, Relator: ALFEU MACHADO, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 2/5/2018, publicado no DJe: 8/5/2018), (grifos nossos).

Como exemplo podemos citar o dano causado por erro de diagnóstico médico em um paciente, ocasionando a sua morte, onde por ser o principal provedor da família, gera consequências nefastas para a subsistência de seus parentes, além do trauma por perderem prematuramente um ente querido.

Neste sentido, o art.948 CC, demonstra bem essa espécie de dano,

Art.948.No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. (BRASIL, 2002).

O dano reflexo ou por ricochete também pode se referir aos casos em que o dano causado diretamente à vítima, sem ocasionar a sua morte, mas porém a deixa com graves sequelas físicas que passam a interferir na subsistência de sua família. Com isso a família além de sofrer com as limitações de saúde do seu parente, ainda precisa conviver com as dificuldades que elas geraram na sua manutenção.

3.1.2 Dano à Imagem

Esse tipo de dano moral configura-se quando for exposta à imagem do paciente sem autorização prévia, conforme descrito no art.20 do nosso código civil, in verbis:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...]. (BRASIL, 2002)

A questão aqui tratada relaciona-se a finalidade do uso da imagem, que poderá dependendo da situação configurar ou não dano a pessoa. Dessa forma, o uso não autorizado da imagem de um paciente caracteriza essa espécie de dano, com as exceções descritas no artigo supracitado, onde prevalece o interesse público sobre o particular.

3.1.3 Dano Estético

O dano estético poderá ser confundido com o dano moral ou físico, mas trata-se de algo específico da pessoa. Conforme Emmelyn (2020), esta espécie de dano é assim conceituada:

O dano estético é aquele que causa um sofrimento pela deformação ou uma sequela permanente. Ou seja, não necessariamente precisa ser perceptível a terceiros, pode ser uma consequência relacionada à estética do corpo humano que o paciente suportou e que somente ele tem acesso diariamente

Esse tipo de dano pode ser diferenciado do dano moral no sentido de que ele se refere a algo externo, quando o dano moral propriamente dito relaciona-se ao íntimo da pessoa. Isso torna-se perceptível quando um

paciente diagnosticado com certa patologia, torna-se necessária uma cirurgia na busca da cura, ao final do procedimento, resta uma cicatriz evidente em seu corpo, que poderia ter sido evitada pelo médico, configurando o dano estético, passível de reparação civil.

3.1.4 Dano Existencial

O dano existencial é uma das espécies do dano moral e se caracteriza por uma perda na qualidade de vida, ou seja, é um dano à própria existência da pessoa. Segundo Morais (2012), essa espécie de dano moral é:

O dano existencial constitui-se num dano à existência da pessoa, de modo a não permitir ou não contribuir para que esta seja feliz, impossibilitando a execução de um projeto de vida no campo pessoal (mulher vítima de erro médico que a impede de ter filho; férias não concedidas ao empregado; bullying no ambiente escolar ou de trabalho; pais que perdem o filho vítima de acidente automobilístico causado por terceiro...).

Um exemplo prático para essa espécie de dano é quando há um diagnóstico errado e o paciente sofre mudanças significativas na sua rotina de vida por conta disso, ou seja, a pessoa tinha uma vida aparentemente saudável e após diagnosticada com certa patologia passa por procedimentos médicos que causam certas limitações na sua vida.

3.2 DANO MATERIAL

O dano material por erro médico tem a ver com os gastos que o paciente tem em decorrência da má atuação profissional do médico, ou seja, segundo Emmelyn (2020), “corresponde as despesas em dinheiro que a pessoa suportou, decorrente da atuação do médico”. Neste caso, houve uma diminuição no patrimônio da pessoa.

Um exemplo prático é quando uma pessoa sofre uma lesão no braço esquerdo, e devido a uma má atuação médica, ou seja, a um erro médico a cirurgia é realizada no braço direito, devido a isso o paciente terá que suportar as despesas para poder contornar toda a situação para poder restabelecer sua saúde.

Este tipo dano pode ainda ser dividido em dano emergente e lucros cessantes, conforme expresso no art. 402 CC, in verbis: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. (BRASIL, 2002). O diploma legal deixa claro esses conceitos.

No caso de erro médico que inabilita uma pessoa as atividades, causando despesas decorrentes de má atuação do profissional e a frustração de não poder mais obter os lucros relativos a atividade que desempenhava antes de ficar impossibilitado de atuar em sua profissão ou atividade com fins lucrativos.

3.3 DANO FÍSICO

O dano físico pode ser confundido com o dano estético, mas possui algumas peculiaridades, ou seja, é qualquer lesão anatômica visível ou não, isto é, atinge a anatomia humano, o físico do ser humano. Assim, bem definido:

Toda ofensa causada à normalidade funcional do corpo humano, dos pontos de vista anatômico e/ou fisiológico, incluídas as doenças, a invalidez, temporária ou permanente, e a morte. NÃO estão abrangidos por esta definição os danos morais, os danos estéticos, os danos mentais, e os danos materiais, embora, em geral, tais danos possam ocorrer em conjunto com os danos físicos à pessoa, ou em consequência destes. (Circular SUSEP 437/12).

Como exemplo podemos citar o caso de uma pessoa diagnosticada com certa patologia, necessita tomar apenas um medicamento para controlar ou chegar a cura, porém o médico erroneamente receita toma-lo por mais tempo que o devido causando uma série de danos, como uma gastrite, entre outros problemas que agravam o seu estado de saúde.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Conforme já mencionado a responsabilidade civil é um ramo do direito civil que trata da reparação a um dano sofrido. No caso do médico é a responsabilização que o profissional deve arcar por agir de forma inadequada, causando danos aos pacientes que podem ser irreversíveis.

A responsabilidade civil do médico, em regra, se fundamenta na teoria da responsabilidade subjetiva, onde, deve-se comprovar a culpa para se configurar a responsabilidade do profissional, sem ela, não há de se falar em responsabilidade civil. Neste sentido, Sebastião (2003, p.37), assegura: “Em sede de culpa provada, cabe ao autor da demanda (vítima do dano) demonstrar a conduta imprópria do agente (causador do dano) para obrigá-lo à indenização”.

Ainda nesse aspecto Croce (2002, p.3), traz uma definição para a responsabilidade civil do profissional médico:

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

Portanto, a análise da responsabilidade do médico vai de acordo com a culpa, ou seja, analisa-se a relação da conduta do agente ao resultado danoso, tendo o caráter de responsabilização, conforme supracitado, pelos elementos da negligência ou abuso de poder, imprudência e imperícia.

Em alguns casos, conforme supracitado, a responsabilidade poderá ser objetiva, isto é, excepcionalmente em algumas ocasiões previstas em lei a reparação independe da culpa, bastando a comprovação do dano e o nexo de causalidade. Essa responsabilidade se fundamenta na teoria do risco, conforme explica Chacon (2009, p.8):

O sistema subsidiário, de exceção, é aquele embasado na teoria do risco, que não exige a culpa do agente como elemento formador do dever de indenizar. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim determinar (exemplo: art. 14 do CDC, art. 37 da CF, art. 933 do CC, etc) ou quando a atividade habitual do agente implicar risco para outrem (exemplo: atividades industriais de produção química, fábrica de explosivos, etc), ou seja, derivada da exploração de atividade que repute risco ao direito de outrem. Então, ao lado da teoria da culpa da responsabilidade civil subjetiva, encontramos a teoria do risco para embasar a responsabilidade civil objetiva. Pode-se afirmar que quando a lei determina expressamente que seja a responsabilidade objetiva aplicada em determinado caso o faz porque reconhece naquela circunstância a presença pontual do risco aos direitos de outrem ou o desequilíbrio entre as partes envolvidas, o que exige intervenção.

No caso do erro médico, portanto, para que se possa configurar o erro e a responsabilidade civil deste profissional, os danos suportados pelos pacientes devem decorrer da culpa durante a realização do tratamento médico, da identificação dos elementos da imprudência, negligência ou imperícia.

Deste modo, diante dessas informações iniciais acerca da responsabilidade civil do médico, podemos adentrar a quais situações o profissional será responsabilizado, antes vejamos qual a natureza jurídica de tal ramo do direito civil, observando também qual tipo de obrigação que o profissional médico deve ter em relação ao paciente para enfim aplicar a responsabilidade civil a esse profissional.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Trata-se de questão bastante difícil de se definir, a doutrina majoritária opta pela responsabilidade contratual, diversa da extracontratual ou aquiliana. “Ainda que sua colocação no Código Civil possa levar à conclusão de que sua natureza é extracontratual, tal entendimento vem sendo veementemente rechaçado”, conforme afirma Cavalieri (2007).

Ainda neste sentido, Savatier (1951) afirma: “Entre o médico e o enfermo intervém um contrato. (...) trata-se pois de uma responsabilidade contratual”. Nesse entendimento a profissão do médico seria conforme Barboza (2004, p.54), “uma prestação de serviços *sui generis*, consistente em intervenção técnica remunerada, à qual se agregam deveres patrimoniais, a justificar a natureza contratual do dever de reparar o dano causado por erro médico”.

Nesta perspectiva, o tratadista argentino Bustamante Alsina explica sobre a natureza contratual da relação médico-paciente,

O dever de prestar a assistência tecnicamente adequada, ou seja, o dever de prestar a devida assistência, faz supor que o médico foi requerido e aceitou intervir, o qual significa que assumiu seu dever de prestação médica. A omissão, neste caso de prestar a assistência conforme os princípios da ciência e da arte de curar, dá lugar a uma responsabilidade contratual, porque o profissional se comprometeu em uma obrigação de meios para satisfazer a natural expectativa do paciente de recuperar a saúde ou melhorar seu estado. (ALSINA 1997, p.510-511)

Esse entendimento fundamenta-se no fato de a grande maioria das vezes a relação entre médico e paciente seja pactual, isto é, há uma prestação de um serviço pelo profissional médico e o consumo destes pelos pacientes.

4.2 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

A doutrina classifica uma obrigação de meio quando a prestação exige que seja empregados certos meios para se obter o resultado, porém, não pode ser garantido. No caso da obrigação de resultado, somente será cumprida

quando se chegar a determinado resultado. Neste aspecto, Almeida (2007), nos explica detalhadamente:

A obrigação de meio é aquela em que o profissional não se obriga a um objetivo específico e determinado. O que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem o compromisso de atingí-lo. O contratado se obriga a emprestar atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível sem garantir êxito. Nesta modalidade o objeto do contrato é a própria atividade do devedor, cabendo a este enveredar todos os esforços possíveis, bem como o uso diligente de todo seu conhecimento técnico para realizar o objeto do contrato, mas não estaria inserido aí assegurar um resultado que pode estar alheio ou além do alcance de seus esforços. [...] Na obrigação de resultado, há o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o ápice da própria obrigação, sem o qual não haverá o cumprimento desta. O contratado compromete-se a atingir objetivo determinado, de forma que quando o fim almejado não é alcançado ou é alcançado de forma parcial, tem-se a inexecução da obrigação.

Durante muito tempo se debateu a questão acerca da obrigação do médico ser de meio ou de resultado, com enfoque principal quanto a medicina estética. “Atualmente não há dúvidas, ou seja, é quase pacífico que a obrigação do profissional médico é de meio”, conforme afirma Pretel (2010). O profissional deve agir com todo o zelo e cuidado, aplicando os princípios e deveres que a ciência médica lhe atribui para tratar dos pacientes, porém não poderá garantir uma cura total.

Neste sentido, esclarece Fabrício Zamprogna Matielo:

Obrigação de meios é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos. O médico não fica adstrito a um resultado final, mas tem de envidar todos os esforços e utilizar-se dos aparatos técnicos que estiverem razoavelmente ao seu alcance. A cura do paciente não é, certamente, o objetivo jurídico da contratação, embora se coloque como finalidade primacial do atendimento prestado. (...) A existência da obrigação de meios é a única solução que pode justificar a liberdade de atuação do profissional de saúde, pois se fosse ele jungido a um resultado específico, fatalmente estaria derrubada até mesmo a teoria da contratualidade nas relações médico/paciente. (...) O

compromisso de curar definitivamente um canceroso em etapa terminal, ou um aidético nas mesmas condições é carga insustentável face ao estado atual de evolução da ciência. Aceitar o encargo de curar, (...) equivaleria a estabelecer no contrato obrigação juridicamente impossível. (...) Na relação que envolve obrigação de meios o objeto do contrato é a atuação zelosa e tecnicamente correta do médico, mantendo-se dentro dos parâmetros apontados pela ciência. (MATIELO 1998, p. 53)

Por fim, complementa Marcos Vinicius Coltri acerca da obrigação de meio,

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 a culpa do profissional. (COLTRI 2010, p.54)

Assim, em caso de erro médico, cabe ao paciente demonstrar que o médico agiu com culpa, com os elementos da negligência, imprudência ou imperícia, conforme já mencionado, pois não há presunção de culpa do profissional médico por não chegar a um determinado resultado, visto sua obrigação ser de meio e não de resultado.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O nosso código consumerista adota a responsabilidade civil subjetiva para o profissional médico, que advém de uma obrigação de meio, isto torna-se claro no art. 14, parágrafo 4º do CDC, in verbis: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990).

Portanto, é necessário que seja comprovada a culpa do profissional médico, para que seja configurada a sua responsabilidade, isto é, necessária a

comprovação de que o médico não se utilizou de todas as técnicas permitidas pela ciência médica para tratar o paciente, agindo com negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse contexto, temos alguns esclarecimentos acerca do Código de Defesa do Consumidor:

Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. (DENARI apud NETO, 2001, p.192).

Conforme já mencionado alhures, os médicos tem o dever de utilizar de todos os meios possíveis que a ciência médica possibilita para se chegar a cura ou amenizar o sofrimento do paciente, agindo com zelo e cuidado para se evitar o erro que somente será responsabilizado, quando agir com negligência, imprudência ou imperícia.

Nesta perspectiva, temos que o erro passível de responsabilização médica se configura da seguinte forma, conforme Moraes (2003, p.40):

“O erro médico vai ser tratado como desvio de comportamento do médico na execução do seu trabalho profissional, trabalho que, se tivesse sido feito dentro dos parâmetros estabelecidos pelos seus pares, não teria causado dano ao paciente”. Resta claro que o erro médico passível de responsabilização civil é o erro culposo, destacando-se o seu caráter de subjetividade.

Neste viés, a jurisprudência brasileira vem reiteradamente, destacando a responsabilidade civil subjetiva apresentada em nosso Código de Defesa do Consumidor:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO E DE PROCEDIMENTO. RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA. RESPONSABILIDADE

OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS QUE PERMANECE SUBJETIVA. O art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade civil objetiva do fornecedor decorrente de defeito do serviço por ele prestado. É o caso dos autos, já que a Clínica requerida, na qualidade de prestadora de serviços médicos, não possuía o equipamento de exame necessário para comprovar ou afastar hipótese diagnóstica e não informou a paciente acerca da necessidade/possibilidade de realizá-lo em outro estabelecimento. A responsabilidade dos médicos, por sua vez, é subjetiva, restando comprovado o agir desidioso apenas de um deles (em razão do erro de procedimento adotado e falha no dever de informação), razão pela qual deve responder solidariamente pelos danos sofridos pela autora. O erro de procedimento prolongou desnecessariamente o sofrimento da autora, dando ensejo a reparação por dano moral. Afinal de contas, o médico sabe da enfermidade, mas o paciente sabe de suas necessidades. Quantum redimensionado para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor que se mostra mais condizente com as circunstâncias do caso. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70064800360, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 24/06/2015).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS ESTABELECIMENTO HOSPITALAR - FORNECEDOR DE SERVIÇOS - ART. 14 DO CDC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ERRO MÉDICO - SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - LAUDO PERICIAL - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL E EFEITO ENTRE O ATO IMPUTADO AOS RÉUS E O DANO OCORRIDO - RELEVÂNCIA DA PROVA TÉCNICA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, cumprindo investigar se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não. Em outras palavras, será objetiva a responsabilidade apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia, etc). 2. Por sua vez, a responsabilidade pelo erro praticado por profissional médico que atua no hospital ou que tenha alguma relação com o nosocômio é subjetiva. 3. Não havendo elementos de convicção que evidenciem a responsabilidade do hospital e a culpa dos médicos responsáveis é de ser forçoso concluir pela improcedência da ação indenizatória. 4. Se é certo que, numa interpretação harmônica do art. 379 com o art. 471, ambos do CPC/15, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar o seu convencimento com outros elementos

ou fatos provados nos autos, não menos certo é que, para tanto, deve o Magistrado ter um motivo mais forte para desconsiderar uma questão eminentemente técnica. 5. Recurso conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 00427993620138080024, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Data de Julgamento: 16/07/2019, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2019).

Ação de indenização por danos morais e estéticos. Autora que apresentava um quadro de apendicite. Ausência dos sinais característicos da enfermidade. Diagnóstico, no caso, difícil. Ausência de defeito na prestação de serviços pelas rés. Inaplicabilidade, ademais, à atividade médica a responsabilidade civil decorrente do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Arte médica que não é ciência exata. Necessidade, apenas, de que seja dispensado o tratamento adequado, sem garantia de cura. Improcedência da ação reconhecida. Sentença reformada. APELO DO RÉU HOSPITAL SANTA PAULA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação 994080424203 (6151574000)- Comarca de Origem: São Paulo - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009) (grifos nossos)

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

Dessa forma, observa-se na jurisprudência pátria, que o nosso Código de Defesa do Consumidor tem afastado a responsabilidade objetiva do profissional médico em decorrência de danos causados aos pacientes no exercício da medicina, isto fica claro no “Art. 14. (...) § 4º A responsabilidade

pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990).

Nosso diploma consumerista, conforme já citado, tem adotado o caráter subjetivo da responsabilização do profissional médico, admitindo que a relação médico-paciente trata-se de uma relação de consumo, conforme as decisões supracitadas, “separando a responsabilidade civil deste profissional em dois momentos: um material e outro procedimental”, conforme Costa et al (2016).

Isso torna-se claro, quando a responsabilidade civil do médico, segundo o art.14, § 4º, do CDC, “para ser comprovada precisa da apuração da culpa”. (BRASIL,1990). Assim, a interpretação do diploma legal leva a teoria da responsabilidade subjetiva do Código Civil, necessitando verificar a culpa, “frise-se, não apenas do vício ou defeito do serviço, como na responsabilidade das relações de consumo”, conforme Miragem (2012).

Assim, podemos observar que o Código de Defesa do Consumidor regula a relação médico-paciente para todas as outras questões, “eminentemente procedimentais, decorrentes dessa responsabilidade, de acordo com a doutrina e a jurisprudência pátria”, conforme Costa et al (2016). Neste sentido, a título de exemplo, ainda acrescenta o autor:

Desse modo, por exemplo, pode o juiz inverter o ônus probatório em favor do paciente-consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, bem como lançar mão de outros instrumentos previstos pelo diploma consumerista, tais como a aplicação do prazo do art. 27 do CDC à pretensão pela reparação dos danos³¹ e a competência do foro do domicílio do paciente (autor da ação indenizatória) do art. 101, I, do CDC. (COSTA et al, 2016, p.39)

Por outro lado, em relação ao aspecto material do Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade civil do profissional médico, pode-se dizer que neste sentido eles se “submetem-se aos princípios do Código – informação, transparência, boa-fé etc”, conforme deixa claro Cavalieri (2008).

Tais princípios devem estar presentes na relação médico-paciente por se tratar de uma relação de consumo, conforme abordado na doutrina e adotado pelo diploma consumerista. Todavia, essa principiologia na relação

paciente-consumidor e médico-prestador de serviço pode ser “facilmente justificada sem o recurso ao diploma consumerista, como decorrência do princípio constitucional da solidariedade e da cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil”, conforme Costa et al (2016).

Ainda neste aspecto acrescenta o autor a respeito da principiologia aplicada na relação médico-paciente:

Defende-se, ainda, a aplicação ao médico do dispositivo que obriga o fornecedor a entregar orçamento prévio ao consumidor (art. 40 do CDC), bem como a incidência das regras atinentes à publicidade enganosa e à publicidade abusiva (arts. 36-38 do CDC), inclusive a tipificação das mesmas como infrações penais (arts. 67-68 do CDC), e a possibilidade de suscitarem sanções administrativas, tais como a contrapropaganda (art. 56 do CDC). Em sede jurisprudencial, já se reconheceu também a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar por crime contra consumo o médico que oferece produtos impróprios ao consumo em seu consultório (art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990 c/c o art. 18, § 6º, II e III, do CDC). (COSTA et al, 2016, p.39).

Todas essas inovações que o Código de Defesa do Consumidor trouxeram, possibilitaram uma nova visão da responsabilidade civil aplicada ao caso concreto, trazendo um juízo de hipossuficiência na relação paciente-médico, por se tratar de uma relação de consumo na qual o consumidor-paciente é parte frágil neste vínculo de consumo, admitindo-se então por esse motivo a inversão do ônus da prova, pela caracterização do paciente, conforme largamente mencionado, como consumidor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O erro médico, em especial o erro de diagnóstico médico é um tema que tem inquietado a essa classe profissional e preocupado a sociedade como um todo. Isso torna-se evidente pelos relatos da mídia, destacando o aumento de processos contra maus profissionais. Neste sentido tornou-se de grande relevância a pesquisa acerca de tal tema, mesmo sabendo que esse assunto não é novo, pois já vem sendo debatido há décadas pelos profissionais da área médica e pelos operadores do direito, no sentido de procurar meios para diminuir os índices de incidência e responsabilizar os profissionais que agem sem observar corretamente os princípios e deveres que a ciência médica possui.

Assim, a responsabilidade civil, tema de grande importância nas ciências jurídicas, e em especial ao ramo do direito civil, foi o meio escolhido para afunilar o tratamento acerca do tema sobre erro de diagnóstico médico, ou seja, dentre as várias áreas de responsabilização para esse profissional, a citar por exemplo, administrativa, penal, entre outras, procurou-se tratar da responsabilização do médico em decorrência dos erros de diagnóstico no âmbito civil.

Durante a pesquisa pudemos fazer uma retrospectiva histórica acerca do instituto da responsabilidade civil, desde os primórdios das sociedades até os tempos contemporâneos, passeando pela idade antiga, média, chegando a atualidade, mostrando como tal sub ramo do direito privado é aplicado no Brasil e no mundo. Isso fez entender conceitos importantes acerca desse instituto, que foram evoluindo e sendo modificados com o passar do tempo.

Dessa forma, pudemos com um estudo detalhado levantar as principais causas que levam os profissionais médicos a cometerem erros, em destaque para o erro de diagnóstico médico. Foi visto que o erro de diagnóstico possui maiores incidências em certas especialidades médicas, bem como em certas patologias. Também que na diagnose o contato paciente-médico, ou seja, a

conversa inicial é de grande importância para o diagnóstico correto/errado da patologia que o paciente possui. Assim, foi mostrado as principais causas que contribuem para o cometimento de erros por parte dos profissionais médicos, bem como elas se apresentam e suas principais características.

Em seguida foi elencado os tipos de danos causados aos pacientes em decorrência dos erros de diagnóstico médico, destacando as principais características de cada um de forma geral, como também inserindo-os no âmbito da responsabilidade civil, haja vista ser o “dano” um dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil. Destacou-se de forma geral os dois grandes grupos de danos, quais sejam, o dano material e o dano moral, com suas principais ramificações para doutrina pátria.

Por fim, pudemos mostrar como se aplica o instituto da responsabilidade civil ao profissional liberal médico, verificando que de acordo com a doutrina majoritária a natureza jurídica da responsabilidade de tal profissional é contratual, onde ele assume uma obrigação de meio frente ao serviço prestado ao paciente. Para ser caracterizada a responsabilidade civil do médico, resta necessária comprovação de culpa por parte do paciente, verificando-se que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia para ser responsabilizado na esfera cível. Isso deve-se também ao fato da relação médico-paciente ser uma relação de consumo conforme destaca o nosso diploma consumerista que evidencia a natureza contratual dos serviços prestados pelo médico.

Contudo, foi de grande proveito essa pesquisa pois pudemos aprimorar os conhecimentos acerca de certo ramo do direito privado, a saber, Direito Civil através do sub ramo responsabilidade civil, aplicando a uma situação corriqueira e preocupante, não só para a classe profissional médica, como também para a sociedade de forma geral. A mídia explora bastante esse tema, por isso é importante conhecer corretamente acerca do erro médico, em destaque ao erro de diagnóstico médico, para poder aplicar a responsabilidade civil de acordo com a teoria mais atual e em consonância com o entendimento dos tribunais, nós operadores do direito e para os demais da sociedade saber “o que fazer” quando sofrerem danos por tal má conduta do profissional médico.

REFERENCIAS

ALMEIDA, M. de S. **Elaboração de projeto, TCC, dissertação e tese: uma abordagem simples, prática e objetiva**. São Paulo: Atlas, 2011.

ALMEIDA, Yuri A. Mendes. **Obrigações de meio e obrigações de resultado**. Disponível em: < <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1681037-obriga%C3%A7%C3%B5es-meio-obriga%C3%A7%C3%B5es-resultado/>>. Acesso em 25 de maio de 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Responsabilidade civil médica no Brasil**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19, Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2004, p. 54.

BOTELHO, Camilla Magalhães. **Responsabilidade Civil por Ato de Terceiro**. 2017. Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/artigos/516668120/responsabilidade-civil-por-ato-de-terceiro>>. Acesso em: 29 de mar. de 2021.

BRASIL. Código Civil. Lei N^o 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: **Presidência da República** [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm >. Acesso em: 22 de mar. de 2021.

_____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: **Presidência da República**, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de abr. de 2021.

_____. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei N^o 2.848, DE 7 de Dezembro de 1940. Brasília, DF: **Presidência da República** [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de abr. de 2021.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei N^o 8.078, DE 11 DE Setembro de 1990. Brasília, DF: **Presidência da República** [2021] Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 26 de maio de 2021.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 9ª ed. amp. e atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 510-511.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P.136.

_____. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 15.

_____. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 24.

_____. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 73.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil#:~:text=Dano%20%C3%A9%20toda%20les%C3%A3o%20a,se%20cogitar%20em%20responsabilidade%20civil.&text=Ocorre%20que%20todas%20essas%20situa%C3%A7%C3%B5es,presumidos'%20%E2%80%93%20CC%2C%20arts>>. Acesso em 31 de mar. de 2021.

COLTRI, Marcos Vinicius. **Alerta no Centro Cirúrgico**. In Revista Consulex. Ano XIV, nº 320. 15 de maio de 2010.

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: 16 de abr. de 2021.

COSTA, André Brandão Nery; Moraes, Maria Celina Bodin de; Guedes, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7.

DANO FÍSICO À PESSOA. (Circular SUSEP 437/12). Disponível em:<
http://www.susep.gov.br/macro_lista_glossario?letra=%2A&b_start:int=154#:~:text=DANO%20F%C3%80SICO%20%C3%80%20PESSOA%3A,ou%20permanente%2C%20e%20a%20morte%20>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII, pág. 93.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7. P.11

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 56.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 58.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 85.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 127.

DIEHL, Leandro. **Porque cometemos erros de Diagnóstico?**. |novembro 28th, 2019 Disponível em:< [://raciocinioclinico.com.br/causas-erros-diagnostic-https-os/](https://raciocinioclinico.com.br/causas-erros-diagnostic-https-os/)>. Acesso em: 29 de abr. de 2021.

EMMELYN. **Tipos de danos por erro médico: saiba qual é o mais indicado para você**. 29/09/2020. Disponível em:<<https://calamari.adv.br/tipos-de-danos-por-erro-medico-saiba-qual-e-o-mais-indicado-para-voce/>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

Erros médicos afetam 138 milhões de pessoas por ano, diz OMS. Uol notícias,2019. Disponível em:<<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2019/09/13/oms-revela-que-138-milhoes-de-pessoas-sao-afetados-por-erros-medicos-por-ano.htm>>. Acesso em 18 de abr. de 2021.

FIORAVANTI, Carlos. **Um diagnóstico do erro médico**. Revista pesquisa Fapesp, Pinheiros – São Paulo – SP, edição 287, p.58-61, janeiro, 2020. Disponível em:< <https://revistapesquisa.fapesp.br/um-diagnostico-do-erro-medico/>>. Acesso em: 18 de abr. de 2021.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. Vol. IV.

_____. **Responsabilidade civil**– 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GORDAN Pedro. **O que todo médico precisa saber sobre os processos mentais do raciocínio clínico**. Maio 2nd, 2017. Disponível em: <https://raciocinioclinico.com.br/processos-mentais-do-raciocinio-clinico/>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

GRABER et al. **Erro de diagnóstico em medicina interna**.11de julho de 2005. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/486642>>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

GRISARD, Nelson. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Manual de orientação ética e disciplinar** [coord.: Nelson Grisard; colab: Irineu Ramos Filho]. 4ª ed. rev. atual. Florianópolis: Cremesc. 2006, p.123. Disponível em: <https://docplayer.com.br/1978079-Manual-de-orientacao-etica-e-disciplinar.html>. Acesso em 16 de abr. de 2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2010.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-e-pressupostos-da-responsabilidade-civil/> >. Acesso em: 22 de mar. de 2021.

PRETEL, Mariana. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação**. Artigo publicado no site Portal Conteúdo Jurídico, em 31 de maio 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=641 ISSN - 1984-0454>. Acesso em 25 de maio de 2021.

SÁ, Gillielson. **O que é dano moral? Conceito, características básicas e dispositivos legais pertinentes**. Disponível em: <<https://gillielson.jusbrasil.com.br/artigos/512201765/o-que-e-dano-moral-conceito-caracteristicas-basicas-e-dispositivos-legais-pertinentes>>. Acesso em: 31 de mar. de 2021.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1951, t. II, p. 375, em tradução livre.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**. 3a ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil - Volume 3 - 19ª Edição 2021**.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

(**TJ-RS** - AC: 70064800360 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 24/06/2015, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/06/2015). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202441751/apelacao-civel-ac-70064800360-rs>>. Acesso em :26 de maio de 2021.

(**TJ-ES** - APL: 00427993620138080024, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Data de Julgamento: 16/07/2019, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2019). Disponível em: <<https://tj->

es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736833491/apelacao-apl-427993620138080024>.
Acesso em: 26 de maio de 2021.

Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação 994080424203 (6151574000)

Comarca de Origem: São Paulo – Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009). Disponível em:

<<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e/>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 994080452164 (6129084600) –

Comarca de Origem: Poá - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009). Disponível em:

<<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e/>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV. P.17

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 45.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

