

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM DECORRÊNCIA DO ERRO DE DIAGNÓSTICO

SOUSA, Sandoval Aranha de.¹
HOFFMANN, Eduardo.²

RESUMO

O presente estudo tem como escopo abordar a responsabilidade do profissional médico diante de o erro de diagnóstico. Este tema é de suma importância acadêmica, visto que é crescente o número de demandas indenizatórias para se obter ressarcimento de um dano provocado pelo erro de diagnóstico médico. Além disso, é o propósito deste, analisar a eficácia da legislação vigente, uma vez que visa a proteger a vida e integridade física do ser humano, bem jurídico de relevante valor para a sociedade. Ainda, assegurar que a eficiência da conduta médica, para que seja respaldada pela ética profissional, respeito e cuidado com a vida humana.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Culpa; Dano Moral; Reparação.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre a responsabilidade civil do médico resultante do erro de diagnóstico é de extrema relevância, tendo vista que se abordam bens jurídicos que recebem especial proteção pelo ordenamento jurídico: a vida, a integridade física, a saúde e o bem-estar do ser humano.

O médico, profissional que exerce atividade essencial de relevante interesse social, trabalha com o maior patrimônio do ser humano, com o objetivo de prevenir ou curar enfermidades, assim como, melhorar os padrões de saúde e de vida da coletividade.

A responsabilidade civil consiste em medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano causado a terceiros em razão de ato por ela mesma praticado, de pessoa por quem ele responde, por alguma coisa que a ela pertença ou sob sua guarda, ou, ainda, por imposição legal (DINIZ, 2015, p. 36).

Por outro lado, o erro médico consiste na conduta profissional atípica, irregular ou inadequada que supõe uma inobservância técnica, produzindo um dano à vida ou à saúde de outrem, que pode ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência (LIMA, 2012. p. 19).

Diante da complexidade deste tema, é indispensável aos operadores do direito uma análise sobre os aspectos vinculados ao erro médico e à responsabilidade civil destes profissionais, em vista da crescente busca ao Judiciário, por reparação ou indenização decorrente erro médico.

¹ Acadêmico do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz.
E-mail: sousacdp@yahoo.com.br

² Professor Orientador do Curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz.
E-mail: adv.hoffmann@hotmail.com

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

A palavra responsabilidade tem sua origem na palavra do latim *spondeo*, a qual está vinculada ao devedor, nos contratos verbais do direito romano. Dentre várias acepções existentes, significa a ideia de garantia da restituição ou composição do bem prejudicado, no aspecto social, possui significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir (GONÇALVES, 2015, p. 15).

Nos primórdios, a responsabilidade era inteiramente penal, tendo como principal característica as sanções, que consistiam em sacrifícios e penitências, sem qualquer pretensão indenizatória. Posteriormente, adveio a ideia da reparação pecuniária do prejuízo, de forma voluntária ou por obrigação compulsória (LIMA, 2012, p. 32).

A *Lex Aquilia* foi o marco da responsabilidade civil; consistia em punir com pagamento em dinheiro o agente causador do dano, independente de relação obrigacional, originando a obrigação extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana. Ressaltava-se, a ideia de culpa no seu sentido lato, assim como, que o patrimônio do agressor responderia pelo dano causado à vítima. Esta composição permaneceu no Direito romano com o caráter de pena privada e como reparação de dano, uma vez que a responsabilidade civil e penal, ainda não haviam sido separadas (LIMA, 2012, p. 32).

Neste sentido, afirma Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 15) que deve ser avaliado em matéria de responsabilidade a conduta do agente, ou seja, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico, esta responsabilidade pode ser direta, quando se refere ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere ao terceiro, vítima do dano.

A responsabilidade civil possui fundamento no fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem. A este respeito, bem fixa o artigo 927 do Código Civil brasileiro que aquele “que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Portanto, ocorrendo um dano, prejuízo, há de ser responsabilizado o causador do mesmo, posto que, diante da conduta do agente, que é a causador do dano, surge o dever de reparação; dessa forma, para configurar o dever de indenizar advindo da responsabilidade civil, deverá haver a conduta do agente, nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente.



Sobre o nexo de causalidade ensina Silvio de Salvo Venosa:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida (VENOSA, 2013, p. 39).

Dessa forma, cada caso concreto deve ser analisado com cautela a fim de determinar a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado; com isso, o prejuízo que decorre de uma lesão causada pelo agente deverá ser reparado ou indenizado. Ainda, o referido autor salienta:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vultu que tomou a responsabilidade civil. Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima (VENOSA, 2013, p. 28).

A existência do dano deve ser comprovada para que não haja uma indenização de um dano incerto, suposto. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira. No dano material ou patrimonial, há redução ou destruição de bem que seja valorado economicamente e que o mesmo possa ser reparado através de pecúnia. Já no dano imaterial ou extrapatrimonial, chamados também de dano moral, a lesão atinge bens de ordem moral (vida, integridade física ou psicológica), neste caso há tentativa de compensação pecuniária, que por mais que o dano seja irreparável, por não haver possibilidade de ter novamente o bem em sua integralidade, há a tentativa de amenizar o sofrimento causado a vítima (GONÇALVES, 2015, p. 26).

2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

2.1.1. Responsabilidade Contratual e Extracontratual



As partes de um contrato estão sujeitas a uma obrigação contratual, podendo causar prejuízo caso descumpra o contrato; com o inadimplemento contratual, há a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do artigo 389 do Código Civil (GONÇALVES, 2015, p. 37).

A respeito da responsabilidade contratual na atividade médica, Arnaldo Rizzardo (2015, p. 328) explica que não se contrata determinado resultado, mesmo que almejado, caso o resultado não seja atingido, não importa em presumir a culpa, pois somente se caracteriza quando o médico não procede de acordo com as regras e os ditames técnicos da profissão.

Sobre este tema, Lima afirma:

Para configurar a responsabilidade contratual faz-se necessário existir um contrato válido, que o prejuízo resulte da inexecução de uma obrigação originária do contrato e, finalmente, que o contrato relacione o responsável com a vítima. Caberá ao credor, apenas, demonstrar que a obrigação não foi cumprida (LIMA, 2012, p. 34).

No contrato formalizado entre médico e paciente, o profissional não se compromete à cura do paciente, mas sim, estabelece a sua obrigação para com o paciente de agir com prudência utilizando-se do seu conhecimento, técnica e habilidade.

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, ela é extracontratual. Neste caso, deriva do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém, regra inserta nos artigos 186 e 927 do Código Civil. No caso, o credor será obrigado a provar todos os pressupostos da responsabilidade civil. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana (LIMA, 2012, p. 34).

2.1.1. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Sobre a responsabilidade subjetiva Gonçalves ensina:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa (GONÇALVES, 2015, p. 40/41).

Neste sentido, a responsabilidade civil subjetiva origina-se de dano decorrente de ato doloso ou culposos, o qual depende do comportamento do agente. A culpa, na teoria clássica, também

chamada teoria da culpa ou subjetiva, é pressuposto necessário e indispensável do dano indenizável. Quando não há necessidade de ser caracterizada a culpa para a obrigação de reparar o dano, por determinação legal ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implique risco para outrem, configurada está a responsabilidade objetiva (LIMA, 2012, p. 35).

A classificação tradicional denomina de objetiva, a responsabilidade que independe da existência da culpa, sendo esta irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Neste caso, indispensável a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento (GONÇALVES, 2015, p. 41).

Na responsabilidade objetiva dispensa-se totalmente a prova da culpa, posto que é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Dessa maneira, basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Para fundamentar a responsabilidade objetiva adveio a teoria do risco. Segundo esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, com isso, deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele (GONÇALVES, 2015, p. 41).

O artigo 927 do Código Civil em seu Parágrafo Único, fixou de forma cristalina a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco ao preconizar que existe obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por fim, restou evidente que devido a teoria do risco, quando alguém exerce atividade profissional que possa causar prejuízo a outrem, deve ter ciência do risco e da obrigação de reparar o dano que ocorra, mesmo que esteja isenta de culpa. Pois a responsabilidade é decorrente do risco criado pela atividade e não da culpa.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil médica consiste na obrigação deste profissional da saúde em reparar um dano causado a outrem no exercício de sua profissão, podendo o paciente acionar o profissional

na seara cível e criminal. Neste último aspecto, o médico se vê, diante de um delito, sujeito a uma determinada pena. Enquanto que na área civil, acarretado o dano, impõe-se um pagamento em dinheiro como forma de indenização (FRANÇA, 2014, p. 231).

O Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, regulamenta responsabilidade ao profissional da medicina, nos seguintes termos:

CAPÍTULO I Princípios fundamentais

Inciso XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

CAPÍTULO III Responsabilidade profissional

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

A responsabilização do médico por evento danoso ao paciente, seja por ação ou omissão, deve decorrer de conduta imprudente, negligente ou imperita e que cause danos ao paciente. Pode ocorrer também a responsabilização do médico nos casos em que se configure obrigação de resultado, quando este objetivo não seja atingido (LIMA, 2012, p. 36).

No caso de responsabilidade médica aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, visto que adota-se o princípio da culpa que deve ser comprovada. Afirma Sebastião (2003, p. 37) que em sede de culpa provada, cabe a vítima do dano demonstrar a conduta imprópria do agente do dano para obrigá-lo à indenização.

O artigo 186 do Código Civil determina que, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

De acordo com França, para efetivação da responsabilidade médica, são requisitos indispensáveis:

1. O autor. É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; se não, além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.
2. O ato. Deverá ser o resultado danoso de um ato lícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como, por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia.
3. A culpa. Consiste na ausência do dolo, ou seja, que o autor tenha produzido o dano sem a intenção de prejudicar: por negligência, imprudência ou imperícia. Os elementos essenciais da culpa são: previsibilidade de dano, ato voluntário inicial, ausência de previsão e voluntária omissão ou negligência.
4. O dano. Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer, é condição

indispensável. A determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à responsabilidade, pode estabelecer o grau da pena ou da indenização.

5. O nexo causal. É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado lícitamente, com moderação e a atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente (FRANÇA, 2014, p. 236).

Portanto, a responsabilidade do médico é subjetiva, seguindo a teoria da culpa. Sendo assim, o profissional de saúde somente será obrigado a indenizar se restar provada a sua culpa no resultado danoso. Diante disso, conclui-se que a responsabilidade civil médica possui como pressupostos para a sua configuração, a conduta culposa de um agente, a existência de um dano e a relação de causalidade entre a conduta e o dano.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Reconhece-se, quase unanimemente, a responsabilidade civil do médico como de natureza contratual. Contudo, em alguns casos poderá ser extracontratual, por exemplo, quando é realizado um atendimento de um acidentado desfalecido na rua, sem a existência de um acordo prévio entre as partes, outro exemplo, quando o médico comete um ilícito penal ou descumpre normas regulamentares da profissão (LIMA, 2012, p. 36).

Em relação à natureza da responsabilidade médica, Maria Helena Diniz afirma que:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, pôr não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes (DINIZ, 2015, p. 271).

Devido a controvérsia de doutrinadores, em relação a natureza jurídica do tema, faz-se necessário conceituar a obrigação de meio e obrigação de resultado, e suas aplicações.

3.1.1. Natureza da Obrigação Médica

A obrigação médica geralmente é de meio, ou seja, implica no dever de prudência e diligência no exercício de sua arte, utilizando os melhores meios disponíveis para tentar a cura do paciente sem, entretanto, prometer ou garantir o resultado esperado (LIMA, 2012, p. 36).

Quanto a esta modalidade de obrigação, Venosa explica:

(...) obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação. (...). Nas obrigações de meio, por outro lado, o descumprimento deve ser examinado na conduta do devedor, de modo que a culpa não pode ser presumida, incumbindo ao credor prová-lo cabalmente.

Na grande maioria dos casos, o que caracteriza a obrigação de meio é o fato de o credor insatisfeito ter de provar não apenas que a obrigação não foi executada, mas também que o devedor não se conduziu como devia (VENOSA, 2013, p. 77).

Em suma, quando se tratar de obrigação de meio, deverá ser comprovado que o médico agiu de forma culposa, sendo negligente, imprudente ou imperito, independentemente de haver uma relação contratual ou não.

Diante desta explicação, a responsabilidade médica é restrita, haja vista que o referido profissional não tem, com exatidão, a certeza da cura para com o paciente, porém seu comprometimento estará resguardado pela sua metodologia e regras da ciência por ele praticada na tentativa de curar (KFOURI NETO, 2007, p. 47).

Esses fatores de incerteza, com a evolução da ciência, a constituição do paciente e a evolução da própria moléstia, fazem com que o médico não possa efetivamente garantir o resultado. Reconhece-se, contudo, que em algumas especialidades a obrigação médica será de resultado (LIMA, 2012, p. 36).

A obrigação o resultado é o compromisso fundamental do contrato, o profissional obriga-se a atingir determinado fim, caso não seja alcançado, há o inadimplemento da obrigação contratual, portanto, haverá presunção de culpa do contratado, pelo descumprimento da obrigação (KFOURI NETO, 2007, p. 48).

Em relação a obrigação de resultado, Venosa (2013, p. 78) explica que o importante é o resultado obtido, só assim a obrigação será tida como cumprida. Afirma ainda que na obrigação de resultado o profissional assume o compromisso, por meio contratual; assim, o não cumprimento da obrigação contratual, o resultado positivo da sua atividade, haverá presunção de culpa e obrigação para com o contratante.

Importa salientar que, nesta modalidade, o resultado é o compromisso fundamental do contrato, por isto caso o resultado não seja atingido, há o inadimplemento da obrigação. Sendo assim, haverá a inversão do ônus da prova, tendo em vista a presunção de culpa do contratado, cabendo ao prejudicado, no caso o paciente, apenas comprovar o descumprimento.

3.2 CULPA MÉDICA

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. A responsabilidade civil médica deve haver nexo entre a ação do médico e a lesão sofrida pelo paciente. O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8078/90, em seu artigo 14, § 4º dispõe que em se tratando dos profissionais liberais, dentre eles o médico, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A responsabilidade civil do médico ocorre com a constatação da culpa do médico em sentido amplo. A culpa poderá estar presente como culpa no sentido estrito ou sob a forma de dolo. O erro médico está ligado à culpa no seu sentido mais restrito, posto que, relacionado à conduta voluntária que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível e, excepcionalmente, previsto que podia, com a devida atenção, ser evitado (MIRABETE, 2013).

No caso de responsabilidade médica por ato ilícito, existe a obrigação do profissional de saúde em ressarcir os prejuízos que causar em seus pacientes, seja por uma ação dolosa ou por ato negligente, imprudente, imperito, nos demais casos em que o profissional não está habilitado a desenvolver atividade complexa que a lei determina capacitação especial (KFOURI NETO, 2007, p. 56).

O artigo 951 do Código Civil Brasileiro, dispõe:

Art. 951. O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

A responsabilidade civil do médico envolve erro culposo e pressupõe uma conduta profissional inadequada, associada à inobservância de regra técnica, potencialmente capaz de produzir dano à vida ou agravamento do estado de saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência (LIMA, 2012, p. 38).

Configura imprudência a conduta médica sem a cautela necessária, cujo os atos são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração. A imprudência tem sempre caráter comissivo. O médico cirurgião que, podendo realizar uma operação por um método conhecido, abandona essa técnica e, como consequência, acarreta ao paciente um resultado danoso, tem-se como aquele que comete imprudência, e não imperícia. A imprudência anda sempre

com a negligência como faces de uma mesma moeda: uma repousando sobre a outra (FRANÇA, 2014, p. 244).

De acordo com Miguel Kfoury Neto (2007, p. 88) a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação.

Em resumo, o médico imprudente é aquele que ocasionou o dano, resultado da ação sem cautela, podendo prever o resultado danoso, mas não o evita. Por consequência, será imputada a responsabilidade civil ao médico imprudente, que após a comprovação pelo paciente, deve indenizar a vítima pelos danos causados.

A imperícia decorre da falta de aptidão das normas técnicas, despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos. Portanto, será imperito o médico que utilizar meio de tratamento já abandonado (LIMA, 2012, p. 39).

Genival Veloso de França, conceitua:

Entende a doutrina que imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica. Chama-se ainda imperícia a incapacidade ou inabilitação para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou pela ausência dos conhecimentos rudimentares exigidos numa profissão (FRANÇA, 2012, p. 244).

O exemplo mais prático da imperícia é um erro médico grosseiro, pois se constata pela conduta errônea onde os demais profissionais da área têm o conhecimento de que tal conduta, se adotada, será danosa ao paciente. Sendo assim, age com culpa aquele que sabendo da sua inabilidade para atividade, acaba agindo da mesma forma realizando a atividade e assumindo o risco do resultado danoso, devendo este ser responsabilizado.

Por último, a negligência configura pela inércia, omissão de uma conduta esperada pelo profissional médico que deveria ter sido adotada. O profissional negligente assume total risco do dano, sabendo do seu resultado, por sua omissão, inobservância de um dever da sua atividade médica, faltando com a cautela, onde deveria ter determinada conduta para que o dano fosse evitado, porém não realiza a conduta recomendável pela prática médica (KFOURI NETO, 2007, p. 89).

A negligência incide na forma mais frequente de erro médico no serviço público, decorre do tratamento com descaso, do pouco interesse e compromissos éticos para com o paciente e a instituição. É a ausência de precaução ou a indiferença em relação ao ato realizado. O abandono ao

doente, o abandono de plantão, o diagnóstico sem o exame cuidadoso do paciente, a medicação por telefone e o esquecimento de corpos estranhos (gases, compressas e pinças) no corpo do paciente são exemplos relacionados com esta falha (LIMA, 2012 p. 28).

3.2 ERRO MÉDICO

Entende-se por erro médico conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Leva-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados (FRANÇA, 2014, p. 230).

Ainda, França (2014, p. 230) acrescenta ser necessário distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontrollável. O primeiro, há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico, contudo incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar.

Quando ao resultado incontrollável seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável, ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução. Ele assume um compromisso de prestar meios adequados, de agir com diligência e de usar seus conhecimentos na busca de um resultado favorável, o qual nem sempre é certo (FRANÇA, 2014, p. 230).

Neste raciocínio, Lima ilustra:

Será caracterizado como erro profissional, ou erro técnico, aquele decorrente de um acidente imprevisível ou de resultado incontrollável, de curso inexorável, onde não existe a responsabilidade do profissional e que seria diferenciado, fundamentalmente, do erro culposo ou erro médico que envolve a culpa do profissional, ensejando a responsabilidade civil e a reparação (LIMA, 2012, p. 22).

Além do exposto, o erro médico pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando aos meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória, ficando o profissional da saúde a mercê destas falhas do sistema externo (FRANÇA, 2014, p. 230).

3.3 RESPONSABILIDADE POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

A responsabilidade médica pelo diagnóstico, assinala Arnaldo Rizzardo (2015, p. 325), que se relaciona a dois elementos essenciais, a aferição dos sintomas para chegar ao exato diagnóstico, e a medida terapêutica recomendada pela ciência médica. Diante disso, o diagnóstico médico consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas.

Para obter a certeza diagnóstica, Kfoury Neto explana algumas providências preliminares:

- a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença – e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.);
- b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica (KFOURI NETO, 2007, p. 89).

Considera-se diagnóstico correto, aquele feito pelo médico avaliando todos os sinais, manifestações e sintomas apresentados pelo paciente, bem como levando em consideração o estado clínico do paciente, sem influenciar o enfermo na descrição da evolução da doença. Com isso, o profissional fará a escolha do tratamento adequado (SCHAEFER, 2002, p. 65/66).

No diagnóstico, o médico atua para identificar a doença do paciente, suas características e suas causas. Haverá erro médico de diagnóstico apenas se ele for elaborado sem atenção e precauções conforme o estado da ciência; apresentando-se como erro manifestamente grosseiro, comete o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia (SILVA, 2009, p. 69).

O erro de diagnóstico, como leciona Rizzardo (2015, p. 326), em regra é um erro escusável, com a exceção do erro grosseiro, gritante. Assim, em razão da natureza da medicina, que não se enquadra como ciência exata, ou seja, os sintomas podem não ser precisos, ao contrário, são confusos, impondo uma conclusão do médico por probabilidade.

O erro escusável, na maior parte das vezes é facilmente percebido e corrigido a tempo de evitar complicações ao paciente. No entanto, será diferente no caso de o médico diagnosticar como gripe uma meningite, e o paciente vir a falecer dias depois. Nesse caso, não se pode afirmar que houve um erro brando, escusável, mas sim um erro que leva à responsabilidade civil. (SCHAEFER, 2002, p. 67).

Gonçalves (2015, p. 230) assinala que o erro de diagnóstico não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada, entre outros.

Por tais razões, deve haver maior rigor na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e, o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso (GONÇALVES, 2015, p. 230).

Nesta mesma linha, Kfoury Neto assevera:

O diagnóstico implica dar conhecimento da doença ao paciente, para lhe dar suporte à escolha do tratamento pertinente. Não se resume a uma operação exata, pois depende dos conhecimentos e da avaliação feita pelo médico. Por isso, não é simples o reconhecimento da culpa do médico pelo erro de diagnóstico: cuida-se de opção estritamente técnica, de apreciação judicial difícil, em especial em razão da falibilidade humana e da variação das características de cada paciente (KFOURI, 2007, p. 90).

Há casos em que o profissional, necessita proceder com medidas urgentes, no caso de o paciente se encontrar em iminente risco de morte. No causídico, o médico não precisa esperar, por exemplo, pelos resultados de exames, desde que apoiado em diagnóstico clínico de probabilidade e no bom senso, visando a proteção do paciente. (SCHAEFER, 2002, p. 67).

Conclui-se que, para se obter a proximidade da certeza, ou a própria certeza diagnóstica, deve o médico correlacionar todas as providências preliminares, quais sejam, a coleta de dados, anamnese e a exploração completa dos sintomas apresentados, a interpretação dos dados obtidos previamente através dos diversos exames solicitados (SCHAEFER, 2002, p. 69).

Como já mencionado, para configurar a responsabilidade civil do médico pelo erro de diagnóstico, faz-se necessário a comprovação da culpa do profissional pelo paciente-vítima, a existência do dano, e o nexo de causalidade entre a conduta dolosa por vezes, negligente, imprudente ou imperita e a lesão suportada pela vítima.

Todavia, o erro de diagnóstico, é, em princípio, escusável, a menos que seja por completo, grosseiro. Desse modo, a determinação da responsabilidade médica nesses casos é difícil, pois se adentra a um campo estritamente técnico o que dificulta enormemente a apreciação judicial, até mesmo porque não se pode admitir a incompetência médica (KFOURI NETO, 2007, p. 87).

Além disso, Kfouri Neto elenca que um magistrado diante de um caso de erro por diagnóstico não deve se apegar aos métodos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica. Em sua posição deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro erro profissional, ele terá de fazer fé e apreciar a questão à luz do alegado e o provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas (KFOURI NETO, 2007, p. 88/89).

Ainda, nesse sentido, Kfouri Neto ensina:

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações (Ato de escutar os ruídos produzidos pelos órgãos, seja diretamente (auscultação imediata), pela aplicação do ouvido ao corpo, seja indiretamente (auscultação mediata), por intermédio de um estetoscópio. A auscultação permite o diagnóstico de numerosas doenças dos pulmões e do coração) até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nosso país, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais –, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática (KFOURI, 2007, p. 89).

O erro pelo diagnóstico é perdoável quando o médico se vale de todos os cuidados e da atenção exigíveis. Mas, quando culposo, gera dano, por consequência um tratamento incorreto, ou atraso do tratamento eficaz. Este atraso pode ser lesivo ao paciente, tendo em vista que fica impossibilitado de interromper a doença em tempo satisfatório (SILVA, 2009, p. 70).

Cabe mencionar, que o diagnóstico se difere do tratamento, neste último, após um balanço dos riscos e da eficácia das medidas, o médico age com liberdade para escolher o que for mais conveniente ao paciente. Somam-se os meios destinados a salvar a vida, conservar a saúde ou reduzir a dor e o sofrimento. Portanto, o tratamento é fase posterior ao diagnóstico (SILVA, 2009, p. 70).

Dessa maneira, o erro de tratamento pode ser resultado de um erro de diagnóstico, situação está que pode agravar ainda mais a responsabilidade do médico imperito, negligente ou imprudente. Porém, não se afasta a possibilidade de o médico, tempestivamente, proceder ao correto diagnóstico e interromper o nexo de causalidade entre seu equívoco e a cura a que se visa, evitando, assim, lesão ao paciente, ao menos, que ela decorra do erro de seu diagnóstico (SILVA, 2009, p. 70).

3.4 DANO

O dano pode ser definido como a lesão que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral (DINIZ, 2015, p. 37).

O dano que resulta do erro de diagnóstico pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. No primeiro caso, corresponde a despesas provenientes do diagnóstico equivocado que conclui por doença inexistente. O extrapatrimonial é representado pela angústia e sofrimento provocados ao paciente com o apontamento de doença de que não sofre.

Importa salientar, entre o erro de diagnóstico e o dano deve haver nexo de causalidade, ou seja, o dano deve ter origem do erro, conseqüentemente para haver responsabilidade civil. Na prática, de ser observado o procedimento médico como um todo para tentar vislumbrar a relação causal, pois nem sempre a causa que deu origem ao dano é evidente ou clara, principalmente quando envolvidos atos médicos cujos erros não sejam grosseiros ou nítidos (SCHAEFER, 2002, p. 76).

O dano causado pelo médico em decorrência de sua atividade pode ser moral ou estético.

3.4.1 Dano Moral

Dano moral é a lesão sofrida pelo sujeito físico ou pessoa natural em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico (LIMA, 2012, p. 24).

Maria Helena Diniz (2015, p. 86) enquadra o dano moral advindo do erro médico como direto, ou seja, lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade corporal, liberdade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos e a própria imagem) ou aos direitos da pessoa. Diferencia-o, outrossim, do dano moral indireto que envolve interesse não patrimonial, como a perda de um bem de valor afetivo.

Já Rizzardo (2015, p. 232) conceitua o dano moral como aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação, etc. É o puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida.

A Constituição Federal, prevê a possibilidade de reparação por danos morais, e também materiais, explanado em seu artigo 5º, incisos V e X:

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

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

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

Por fim, no que se refere ao valor da indenização a ser arbitrada quando da ocorrência do dano moral, o artigo 944 do Código Civil dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano. Ou seja, o valor a ser fixado deverá ser razoável em relação à proporção do dano, levando-se em consideração, ainda, a condição econômica das partes, arbitrando-se, portanto, valor condizente entre conduta e dano, sob pena de enriquecimento ilícito da vítima. (VENOSA, 2013, p. 238).

3.4.2 Dano Estético

O dano estético está vinculado ao termo deformidade, e conceito de deformidade baseia-se na estética e só ocorre quando causa uma impressão, se não de repugnância, pelo menos de desagrado, acarretando vexame ao seu portador. Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. (GONÇALVES, 2015, p. 237).

A cirurgia estética tem o objetivo de eliminar imperfeições físicas do ponto de vista estético; assim como em qualquer outra cirurgia, poderão vir a ocorrer reações imprevisíveis no organismo humano, causando consequências indesejáveis. Por isso o médico deve fazer uma análise sobre os riscos assumidos e os benefícios esperados para então decidir se submeterá o paciente àquele procedimento (KFOURI NETO, 2007, p. 163).

O procedimento de caráter estritamente estético é aquele em que o médico corrige imperfeições da natureza, expondo o paciente a riscos de certa gravidade. Nessa cirurgia o paciente geralmente se inspira em algum modelo ideal de beleza estética. Aqui o médico se obriga a um determinado resultado e ocorrendo algum dano há presunção de culpa do médico e a ele caberá o ônus da prova para eximir-se de tal responsabilidade (KFOURI NETO, 2007, p. 163).

Portanto, o dano estético ocorre quando o agente causa lesões corporais indeléveis, através de uma conduta dolosa ou culposa, que deixam cicatrizes ou marcas, de modo a abalar a autoestima de quem sofreu o dano.

3.5 REPARAÇÃO DO DANO

A reparação do dano consiste em ressarcir o dano suportado pela vítima. Por um lado, a responsabilidade civil prevê este ressarcimento por aspecto reparatório ou indenizatório (DINIZ, 2015, p. 41).

Quando comprovado a ocorrência de um dano causado pelo erro, negligência, imprudência ou imperícia do médico, resta evidenciada sua responsabilidade civil. Com isso, surge o dever de reparação do dano. Nos casos em que ficar demonstrado o nexo causal entre o dano e o prejuízo do paciente, este tem direito ao ressarcimento de seu prejuízo, seja este material ou moral.

Gonçalves ensina que:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo* ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Na reparação específica ocorre a entrega da própria coisa ou de objeto da mesma espécie em substituição àquele que se deteriorou ou pereceu, de modo a restaurar a situação alterada pelo dano. A reparação do dano ambiental, por exemplo, pode consistir na restauração do que foi poluído, destruído ou degradado (GONÇALVES, 2015, p. 245).

Deste modo, caso a agressão sofrida seja de caráter moral, a indenização será de difícil mensuração, pois não é possível valorar a moral de um cidadão, devendo então a indenização respeitar o equilíbrio financeiro das partes envolvidas.

No que tange à indenização o art. 950 do Código Civil dispõe:

“Art. 950. Se dá ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessante até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo Único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Em matéria de prejuízo moral ou estético, não pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita. Nesses casos não há ressarcimento e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado confortos e distrações que atenuam sua dor (KFOURI NETO, 2007, p. 164).



Assim, quando se trata de dano moral ou estético, melhor denominar como compensação, uma forma de restabelecer uma situação que se havia modificado, em função de prejuízo ou dano causado. Neste caso, a indenização teria a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo em que se desfalçou, ou então, recompor pelas perdas ou prejuízos sofridos.

Avalia-se a indenização, a proporção do dano causado, sua extensão e o grau de culpa do agente. Do mesmo modo, cuida-se para não haver uma desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, como bem orientado no artigo 944 do Código Civil, podendo ser reduzida, equitativamente, a indenização.

Em conclusão, a reparação do dano em decorrência do erro médico, tem por finalidade compensar o prejudicado, pelas lesões sofridas de ordem moral, patrimonial ou estética. Contudo, a valoração da indenização e o dano, devem ser determinados com base no caso concreto, para que não caracterize enriquecimento ilícito e a vítima não seja injustiçada.

Sobre a liquidação do dano moral, Kfoury Neto (2007, p. 104), argumenta que ai liquidar o dano consiste em determinar o *quantum*, em pecúnia, que incumbirá ao causador despendido em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se-á à execução.

3. METODOLOGIA

A metodologia utilizada neste trabalho, trata-se de estudo feito a partir de livros doutrinários que abordam o tema da responsabilidade civil, e em específica a dos médicos, além da doutrina, a legislação vigente, jurisprudência e outros trabalhos científicos como fontes de pesquisa.

4. ANÁLISES E DISCUSSÕES

Atualmente, a legislação brasileira dispõe a responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão, no entanto, esta é suficiente para proteger o maior bem jurídico tutelado, a vida e a integridade física? Sendo assim, há limites para a responsabilização do médico quanto seu erro?

Sobre este tema, importa analisar e discutir acerca processo legal, meios de provas utilizados para comprovar a culpa do profissional da saúde. Além disso, quais medidas estão sendo realizadas para redução de erros médicos, assim como, danos morais e estéticos neste certame.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, conclui-se que a responsabilidade civil médica versa sobre a obrigação do médico em reparar um dano ou prejuízo causado ao paciente no exercício de sua profissão. Devendo ser comprovada a culpa do profissional, por meio de conduta. Para que configure a responsabilidade do médico devem estar presentes os requisitos do nexos causal, da conduta médica, do dano e a culpa.

Constatou-se que o erro de diagnóstico não gera responsabilidade ao médico, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, devido aos avanços tecnológicos, imperdoável um diagnóstico sem a menor observância ao estado clínico, sintomas e estado físico do paciente.

Nota-se para averiguação do erro médico e a consequente responsabilidade civil do profissional de medicina traz dificuldades para o ordenamento jurídico, pois envolve aspectos realmente particulares, restrita aos especialistas da área.

Cabe ao magistrado julgar a culpa deste profissional em casos concretos, com pouco conhecimento na área, baseado de acordo com os fatos, provas e procedimentos periciais juntados ao processo, além disso, respaldado pelo princípio do livre convencimento motivado do magistrado, ou princípio da livre convicção motivada, e pelo princípio da livre apreciação das provas.

Sem dúvida, indispensável apresentar este tema, levantando debates doutrinários que possam ajudar na compreensão da responsabilidade civil do médico, do contrato entre este profissional e o paciente, do compromisso que assume ao atender uma pessoa, e as suas responsabilidades perante a sua conduta profissional.

Por fim, atualmente nos deparamos com diversas ações de indenizações, cobranças sobre os mais diversos profissionais, em especial os médicos, por frustrações e erros grotescos. Embora a legislação vigente regulamente sobre a responsabilidade civil do médico, ainda é necessária uma legislação mais específica que aborde com clareza as relações dos profissionais liberais, assim como, fiscalização mais rigorosa quanto ao exercício da profissão, a fim de evitar a inaptidão na medicina, a qual é essencial para a evolução e futuro da sociedade.

REFERÊNCIAS

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

- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.
- BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V. 7. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil**. V. 4. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.
- LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí. 2012.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2013.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V.4. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2013.