



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

CURSO DE DIREITO

PAULA NICOLITE BECKER

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM DECORRÊNCIA DO ERRO DE
DIAGNÓSTICO NO BRASIL**

JUIZ DE FORA - MG

2021

PAULA NICOLITE BECKER

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM DECORRÊNCIA DO ERRO DE
DIAGNÓSTICO NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Joseane Pepino de Oliveira

JUIZ DE FORA – MG

2021

PAULA NICOLITE BECKER

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM DECORRÊNCIA DO ERRO DE
DIAGNÓSTICO NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Joseane Pepino (Orientadora)
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico esse trabalho ao meu esforço e disciplina,
sustentados ao longo desses cinco anos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por sempre estarem ao meu lado, por investir no meu futuro e confiar na minha capacidade, agradeço a minha filha que me deu forças para nunca desistir e a toda minha família e entes queridos por sempre me apoiarem.

Agradeço a minha orientadora e professora, por me guiar na elaboração deste trabalho. Agradeço a todos os meus professores, pelo conhecimento transmitido nestes cinco anos, me preparando para a vida profissional e agradeço a minha faculdade.

Agradeço a todos os amigos que eu fiz nesses cinco anos, me sinto honrada de concluir essa fase da minha vida ao lado de cada um de vocês, obrigada por cada momento, foram cinco anos de alegrias, tristezas, raiva e desesperos, mas foram cinco anos na qual nunca vou esquecer. Obrigada!

RESUMO

A responsabilidade civil médica se aplica quando há necessidade de reparar um dano causado pelo profissional da saúde no exercício de sua profissão. Apesar de ter surgido diversas formas de reparação dos danos, o instituto da responsabilidade civil atual, apresenta três formas de reparação, na qual são representadas através do dano moral, dano material e dano estético. O presente trabalho discorre sobre a responsabilidade civil e um breve histórico até chegar no instituto atual, demonstra o erro de diagnóstico e suas consequências e por fim apresenta a forma em que o Poder Judiciário vem implementando ao longo dos anos na sociedade.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Culpa. Dano. Erro de Diagnóstico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 CONCEITO DE CULPA MÉDICA, ERRO PROFISSIONAL E ERRO MÉDICO.....	9
2.1 Negligência, imprudência e imperícia.....	10
2.1.1 Negligência.....	10
2.1.2 Imprudência.....	11
2.2.3 Imperícia.....	12
2.2 Erro no diagnóstico e suas características.....	13
2.3 Espécies de erro de diagnóstico.....	14
3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
3.1 Breve histórico de responsabilidade civil.....	17
3.2 Conceituação atual de responsabilidade civil.....	19
3.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	19
3.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	21
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO ERRO DE DIAGNÓSTICO E INDENIZAÇÕES CORRESPONDENTES.....	23
4.1 Dano Moral.....	23
4.2 Dano Material.....	25
4.3 Dano Estético.....	27
5 CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca esclarecer a responsabilidade civil imputada ao médico em decorrência do erro de diagnóstico. Vale destacar que o profissional da saúde tem como objetivo tratar uma enfermidade e preservar o estado de saúde do paciente, no entanto, quando o médico comete um erro no diagnóstico, o tratamento inteiro da enfermidade fica comprometida, acarretando em resultados danosos a saúde do paciente.

Ao analisar o erro de diagnóstico e suas características, observa-se a responsabilidade civil médica e suas consequências na esfera da responsabilização civil patrimonial e extrapatrimonial da vítima, na qual são utilizadas três modalidades para identificar a culpa do agente e a principal diferença entre elas é o grau de responsabilização sobre o praticante da conduta, sendo elas, a negligência, imprudência e imperícia.

Inicialmente verifica-se as espécies de erro de diagnóstico, na qual atinge o direito do paciente, acarretando a punição do mau profissional da saúde e a reparação do dano sofrido através da indenização.

Dando seguimento no segundo capítulo, busca-se apresentar as formas de responsabilizar o médico pelo seu erro no diagnóstico. Pode-se observar um breve resumo demonstrando a evolução da responsabilização civil até os dias atuais, aprofundando na responsabilidade objetiva e subjetiva do médico.

Por fim, o terceiro capítulo discorre sobre a responsabilidade civil médica e suas devidas indenizações, sendo elas, a indenização por danos morais, danos materiais e danos estéticos, aprofunda-se sobre os temas abordados e como o Poder Público aplica os tipos de indenizações na sociedade, observa-se o instituto através de jurisprudências de regiões brasileiras.

O presente estudo tem um tema atual, tendo em vista que, como demonstrado ao discorrer sobre a responsabilidade civil, o assunto constantemente está sendo alterado, para que possa assegurar e preservar cada vez mais o direito do paciente.

Pretende-se, com o pesquisa acadêmica, demonstrar que o tema é relevante pois aborda aspectos a título de conhecimento para a sociedade, onde muitas vezes não conhecem o próprio direito e qual a gravidade de um erro de diagnóstico pode causar efeitos negativos e consequências que podem afetar o seu corpo, sua estética e seu psicológico.

Conclui-se, através das doutrinas apresentadas, a responsabilidade civil médica está inserida na sociedade a legislação que rege o instituto da responsabilidade civil tem eficácia na aplicabilidade sobre mau profissional da saúde que comete erro no diagnóstico.

2 CONCEITO DE CULPA MÉDICA, ERRO PROFISSIONAL E ERRO MÉDICO

Inicialmente vale destacar que existe uma diferenciação entre culpa médica, erro profissional e erro médico. A distinção entre culpa médica e erro profissional, de fato, não é complexa, tendo em vista que o erro profissional é exatamente o oposto da culpa médica.

Nota-se que a culpa médica está no ato praticado pelo médico no exercício da sua profissão, na qual o profissional possui escolha e liberdade para praticar a conduta com discernimento, porém quando o profissional não age com diligência ou prudência esperada de um bom profissional, fica explícita a culpa, onde o mesmo acarreta danos ao paciente, isto é, a conduta médica é incorreta, mas a técnica empregada é correta. Veja-se:

A culpa do profissional médico, perante o direito, é uma culpa comum e não uma culpa especial, como querem alguns, o que diferenciaria sua conduta dos demais indivíduos. Também a responsabilidade que lhe é atribuída é aquela idêntica para todos; diferente, apenas, é a natureza de ocorrência da culpa, pois esta resulta do exercício de uma profissão, da profissão médica. (GIOSTRI, 2001, p. 38)

Observa-se que o erro profissional é o oposto, o qual ocorre quando o médico procede corretamente, no entanto, sua técnica que é errônea, pois há limitação da profissão e da natureza humana, não há presença da culpa, pois o médico agiu com zelo e prudência, porém obteve um resultado negativo decorrente de tal ato, gerando danos a outrem. Como pode-se analisar:

Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 385).

O erro médico possui diversas subespécies, como o erro de diagnóstico, erro nas cirurgias, na ministração de medicamentos, dentre muitos outros. Contudo, o erro médico pode se dividir em erro culposo ou doloso. Sendo: O erro culposo quando na conduta do profissional há negligência, imprudência ou imperícia, todavia não há intenção de causar o dano. Já o erro doloso praticado pelo médico, ocorre quando o profissional tem a intenção de causar o dano ao paciente. (SCHAEFER, 2006).

Vale salientar que o erro médico deverá ter como base o ato praticado pelo médico e não pelo ato que o mesmo deveria ter feito. A responsabilidade recairá sobre a conduta

culposa, com a intenção de reparar o dano causado ao paciente decorrente da má conduta do profissional, logo, o paciente lesado deverá demonstrar através de provas que esse dano foi consequência da ação culposa do médico que o atendeu.

Ainda nesse mesmo entendimento, percebe-se que o erro médico está inserido dentro da conduta culposa, na qual a prática com inobservância técnica é capaz de causar danos ao paciente, tanto à sua saúde quanto à sua vida, isto é, se caracteriza quando há a presença de negligência, imprudência ou imperícia. (SALAMACHA, 2007).

2.1. Negligência, imprudência e imperícia

Negligência, imprudência e imperícia são três institutos presentes na qual essas três modalidades são utilizadas para identificar a culpa do agente e a principal diferença entre elas é o grau de responsabilização sobre o praticante da conduta.

2.1.1 Negligência

Preliminarmente a negligência transmite a ideia de omissão, ou seja, deixar de agir quando a situação exigia uma determinada ação ou conduta positiva. Com base nisso, nota-se que a negligência pode ser empregada na conduta do agente que agir com falta de cuidados, falta de atenção, desleixo ou indolência, acarretando a omissão. Vale ressaltar que em uma situação de negligência o indivíduo não age com dolo, apenas não realizou determinado procedimento ou agiu como se esperado, com as precauções necessárias. (STOCO, 2007).

O conceito de negligência médica está inserido no âmbito médico, ocorrendo quando o médico deveria ter uma conduta de forma positiva em favor do seu paciente, o que é esperado dentro de uma situação entre médico e paciente, porém por negligência não age de tal forma.

Observa-se:

A negligência, restará caracterizada sempre que o médico deixar de observar um dever que a situação do paciente está a indicar como imprescindível para impedir a superveniência de resultado lesivo. Assim, se há inspeção descuidada de um ferimento, com omissão deliberada de cautelas básicas como a desinfecção e a lavagem do local, sobrevindo tétano e consequente óbito por força da ausência dos cuidados essenciais exigíveis ao início do tratamento, há evidente negligência e responsabilidade do facultativo, porque a falta de adoção das providências cabíveis no instante oportuno ocasionou o desfecho letal. (MATIELO, 2001, p. 73).

Um exemplo claro de negligência médica pode ser observado no erro de diagnóstico, causado pelo erro médico, no momento em que o médico deixa de solicitar um exame necessário para dar um diagnóstico certo ao paciente, no entanto, pela falta de atenção, omissão ou desleixo, faz com que o médico não solicite tal exame e acarreta risco a vida do paciente. Sendo considerada como um erro muito grave cometido pelo médico, por colocar em risco a saúde e a vida humana. (GIOSTRI, 2001)

2.1.2 Imprudência

O conceito de imprudência é o oposto do conceito de negligência, pois consiste na ação, necessitando de um agir. Logo, quando o médico pratica um ato de forma impulsiva sem prever os riscos que podem ser causados, pode-se observar que há imprudência na conduta, portanto, é uma conduta sem qualquer cautela ou reflexão quanto a eventual risco de dano para o paciente, à saúde e à vida. Salienta-se que a ação pode ser mais danosa que a omissão, com isso, causar danos irreversíveis para o paciente. Nota-se:

A imprudência é a forma mais comum de culpa em erro médico, porque decorre exatamente da soberba do profissional, sentimento que o leva a agir aodadamente em relação aos procedimentos normais da ciência médica, mesmo que as circunstâncias superficialmente apontem para a possibilidade efetiva de que a conduta venha a acarretar danos. [...] A autossuficiência conduz a um sentimento de poder limitado, e, portanto, ao agir desmesurado produtor do prejuízo à vítima. (MATIELO, 2001, p. 72-73)

Vale ressaltar que o médico no exercício de sua profissão tem como base agir com ética ou no mínimo deveria agir, mas ao praticar um ato imprudente, sem cautela, impulsivamente e precipitadamente, sem se quer tomar as devidas precauções com o intuito de prevenir quaisquer resultados lesivos ou riscos desnecessários, não aplica tanto a ética médica quanto a ética pessoal.

Pode-se observar a imprudência médica em casos na qual o médico mesmo sem instrumentos necessários de emergência, opta por realizar o procedimento no paciente sem prever os riscos. O agir do médico é imprudente, se tornando uma ação agressiva que viola os direitos à dignidade da pessoa humana, um ato invasivo ao corpo do paciente que é submetido a um procedimento de risco, pois o profissional não se encontra preparado com os devidos equipamentos ou instrumentos necessários para exercer sua profissão de maneira certa e clara, para prever a consequência dos seus atos.

2.1.3 Imperícia

Destaca-se que a ideia de imperícia médica é a falta de conhecimento específico para praticar tal conduta, isso ocorrerá quando o médico mesmo sem a devida experiência ou não estiver habilitado para diagnosticar ou realizar exames, opta por realizar o procedimento, em decorrência dessa ação, acarreta danos ao paciente.

O fato comum entre a imperícia e a imprudência é que ambos dependem de uma ação culposa, as duas modalidades são formas de responsabilizar quem praticar um ato culposo, porém, a sua diferenciação pode ser encontrada na forma em realizar essa ação. A imperícia está relacionada a uma ação do médico, na qual há um despreparo técnico para atuar. De acordo com Giostri (2001, p. 44), a imperícia “É um tipo de culpa – por ação –, que pode ocorrer quando o médico faz de maneira errada ou equivocadamente aquilo que deveria fazer, seja por falta de experiência, despreparo técnico ou incompetência”.

Com a mesma linha de raciocínio, observa-se que a imperícia traz a ideia de ignorância, incompetência, desconhecimento e inexperiência no ato médico praticado, com isso, o profissional da saúde torna-se incapaz para exercer a determinada função, tendo em vista a ausência de conhecimento específico para uma conduta específica. (SCHAEFER, 2006).

Ressalta-se que um médico imperito deve agir para ocorrer a ação culposa, no entanto, a conduta correta para prevenir uma responsabilização por imperícia médica deverá ocorrer quando o próprio profissional reconhece que não possui a qualificação adequada para a ação, portanto, deverá designar outro médico qualificado para atender o paciente. Com isso, observa-se que o médico tem o conhecimento de suas ações e escolhe agir mesmo sem o devido preparo, sendo completamente previsível que poderia trazer consequências graves a saúde e a vida do paciente. Observa-se:

A imperícia é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão. (KFOURINETO, 2002, p. 36)

Como já observado, a imperícia não necessita coexistir para haver a culpa do médico, pois ela se caracteriza quando o médico assume a ação, sem o devido conhecimento exigido para atuar no caso concreto.

2.2 Erro no diagnóstico e suas características

O conceito de diagnóstico se dá através de uma análise do estado de saúde do paciente, com o intuito de constatar se há ou não alguma doença a ser tratar. A partir desse diagnóstico se inicia o tratamento especificado pelo médico, constatando ser o procedimento mais importante de todo processo em que o paciente é submetido. De acordo com Schaefer (2006, p. 67) ressalta sobre o diagnóstico “É o momento mais importante da intervenção médica, pois um erro neste momento poderá comprometer não só a possibilidade de cura, como também poderá trazer danos não previsíveis para aquela situação”

Dando seguimento ao raciocínio sobre conceituação de diagnóstico, a Lei nº 12.842 que dispõe sobre o exercício da medicina, traz o entendimento em seu art. 4º, §1º prevendo diagnóstico como:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

[...]

§ 1º Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios:

I - agente etiológico reconhecido;

II - grupo identificável de sinais ou sintomas;

III - alterações anatômicas ou psicopatológicas. (BRASIL, 2013, não paginado).

Como apresentado, o médico para diagnosticar um paciente, deve utilizar de toda sua técnica e experiência, pois o diagnóstico é o pilar de todo o procedimento médico, sendo o primeiro contato entre médico e paciente em que o profissional através de exames e o seu conhecimento específico, irá dizer qual a patologia a ser tratada. Quando o pilar é estruturado, ou seja, o diagnóstico é concluído, todo o restante do tratamento será através dessas informações clínicas apresentadas pelo médico.

Vale ressaltar que o diagnóstico leva a uma determinada conclusão, porém, quando esse diagnóstico está incorreto a conclusão fica comprometida, podendo acarretar danos muito graves a saúde do paciente, como prejuízos físicos, psicológicos e até mesmo levar o paciente a óbito, pois a doença de fato não vai ser tratada. Com isso, nota-se que há uma necessidade de se esgotar todos os métodos possíveis para a investigação dos sintomas e por fim chegar a uma conclusão correta, sem quaisquer incertezas. Apesar de não ser uma profissão tão simplificada, a medicina exige uma observação mais apurada, com mais cautela, para que não ocorram eventuais danos. (KFOURI NETO, 2002).

Com base no que foi exposto, entende-se que para concluir um diagnóstico, o médico deverá ter o máximo de certeza quanto a enfermidade do paciente, utilizando todas as maneiras para se obter tal resultado, sendo as três principais fontes, a coleta de dados, explorar todos os sintomas apresentados pelo paciente e analisar com o devido conhecimento os exames solicitados a fim de esclarecer qualquer dúvida antes da conclusão do diagnóstico. (SCHAEFER, 2006).

Observa-se que o médico que se dispôs a exercer uma profissão, na qual tem o conhecimento de que é uma atividade perigosa por envolver a saúde e a vida de outra pessoa, deverá agir de uma forma segura para o paciente não correr o risco de se prejudicar com o ato, podendo ser responsabilizado na esfera cível e na esfera penal sob a perspectiva dos seus atos, independentemente de culpa, com isso, não pode ser considerado justa a liberdade de exercer uma profissão que envolva a vida de uma pessoa e não ser exigido um dever de segurança. (CAVALIEIRI FILHO, 2010)

Nota-se a dificuldade de se apurar a culpa do médico pelo erro de diagnóstico, tendo em vista, que se trata de uma esfera completamente técnica, pois a análise deverá ser sobre a conduta do médico, se foi utilizado todos os meios possíveis para concluir tal diagnóstico e se o tratamento estava sendo compatível com o diagnóstico, apesar de ser errôneo.

2.3 Espécies de erro de diagnóstico

Inicialmente vale destacar que o erro médico se divide em duas espécies conforme a doutrina brasileira atual, a primeira espécie é o erro de diagnóstico por erro escusável e a segunda espécie é o erro de diagnóstico por erro inescusável.

As características do erro inescusável ou conhecido por erro grosseiro, são atribuídas através de uma conduta do médico por falta de cautela, isto é, agir sem o devido cuidado quando poderia prever e evitar o erro. Ocorre quando o médico por imprudência não utiliza de todos os métodos possíveis para chegar à conclusão de um diagnóstico, sem qualquer zelo pela vida do seu paciente, sendo claramente possível a responsabilização pelo seu ato. Veja-se:

A título de comparação, na Itália e França, o erro de diagnóstico não configura culpa capaz de justificar o ressarcimento, pois é considerado brando, uma vez que acreditam que é percebido muito cedo. Por outro lado, esse tipo de erro pode levar a perda da chance de cura ou sobrevivência de um paciente. Nesse sentido, o médico somente será responsável pelo erro de diagnóstico injustificável, evitável ou grosseiro. (SCHAEFER, 2006, p. 67)

Observa-se que a consequência do erro de diagnóstico por erro inescusável ou erro grosseiro, pode acarretar danos graves ao paciente, pois a doença, de fato, além de não ser diagnosticada e tratada, poderá agravar o seu quadro levando o paciente a óbito. Acontece com maior frequência quando o médico ignora ou não dá a devida atenção a algum sintoma que o paciente alega, sendo um fator importante que ajudaria no diagnóstico mais preciso e direcionaria os exames mais corretos para se identificar o causador dos sintomas e seus tratamentos. De acordo com Matielo (2001, p. 108) “Alguns sintomas, em especial a dor intensa e contínua, sempre devem ser objeto de preocupação para o médico e exigem investigação adequada, sob pena de incidência em omissão”.

Ante o exposto, caracteriza-se a negligência médica, portanto, o médico não será afastado de responder civilmente pelos seus atos praticados, com o objetivo de reparar o dano causado para o seu paciente.

O segundo erro a ser analisado será o erro de diagnóstico por erro escusável, tem as características opostas do erro inescusável, tendo em vista que o erro escusável não é evitável, ou seja, por mais que o médico tomasse todas as medidas possíveis, tivesse esgotado todas as formas, utilizado de toda sua técnica para concluir o diagnóstico, não conseguiria diagnosticar, por não ser uma competência do médico em si. Destaca-se, que o fato do erro de diagnóstico se dá por falta de recursos e não pela técnica ou experiência do médico. (KFOURI NETO, 2002).

Assim, constata-se a diferença entre as duas modalidades de erro de diagnóstico, o erro evitável, na qual o médico atua de forma imprudente, deixando de atuar com cautela e acarretando danos ou prejuízo ao paciente, porém, poderia prever e evitar o dano utilizando os procedimentos técnicos necessários para diagnosticar. Já o erro inevitável, traz a ideia de não poder evitar o dano, pelo fato de o médico não agir com culpa e ter aplicado todas as técnicas cabíveis para concluir o diagnóstico, no entanto, após a conduta esperada do médico ser correta, não se constata a doença. (SCHAEFER, 2006).

O erro inevitável não será passível de indenização tendo em vista que o médico tomou todos os cuidados possível para diagnosticar o seu paciente, utilizando de todos os procedimentos técnicos e sua experiência a fim de conseguir constatar a patologia do paciente, sua conduta está dentro do que é determinado pelo regulamento médico, na qual não se torna possível pela falta de recursos para chegar a tal conclusão.

Após discorrer sobre o assunto, o entendimento a luz dos doutrinadores citados, entre os dois erros apresentados o único que será passível de indenização e reparação do dano, será o erro evitável, pois o erro se dá através de uma má conduta do médico, uma falta de cuidado,

não ter cautela para diagnosticar um paciente na qual poderá afetar a sua vida em casos mais graves. Portanto, o médico será responsabilizado civilmente pelos seus atos, uma vez que, quando se trata da vida de uma pessoa, o profissional deve agir com o máximo de cautela possível, com ética e principalmente com segurança.

3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Entende-se que a ideia de responsabilidade civil está ligada a uma medida para evitar que alguém prejudique o outro. Entretanto, quando uma ação ou omissão acarreta o prejuízo a outrem, a responsabilidade civil assegura o direito de reparação aos danos causados. Segundo o entendimento de Silvio Rodrigues (2003, p. 6): “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Assim sendo, a teoria da responsabilidade civil assegura que o agente causador do dano poderá ser responsabilizado pela sua conduta, não deixando a vítima com as sequelas do dano e sem qualquer reparação pelo ocorrido. Uma vez que seria inviável prever tais condutas e evitá-las.

3.1 Breve histórico de responsabilidade civil

O conceito de responsabilidade civil esteve presente desde o início da sociedade, no entanto, cada vítima de danos aplicava a sanção brutal em que entendia como “justo”, sendo visto com uma maneira de se vingar e retaliar quem lhe causou prejuízos. Entretanto, nos últimos 100 anos o instituto que rege a responsabilidade civil, sofreu diversas modificações e evoluiu até alcançar o regime atual.

A forma de resolução de conflitos originou-se no direito romano onde o agente que causar danos a outrem, sofrerá a sanção em seu próprio corpo como forma de “pagar” sua dívida, porém o marco inicial ocorreu quando o Poder Público passou a reger a chamada Lei de Talião ou a regra do olho por olho e dente por dente, com o mínimo de intervenção estatal, intervindo com o único objetivo de definir qual seria a duração e a forma em que iria ocorrer a vingança. Carlos Roberto Gonçalves confirma que “o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”. (GONÇALVES, 2009, p. 04). Nota-se que não tinha um equilíbrio sobre entre direito, razão e lado humano.

Após o período conturbado em que o lado agressivo e brutal, porém instintivo e humano, era quem definia a responsabilidade do outro, surgiu a Lei das XII Tábuas de 450 a.C., que passou a vigorar pelo Poder Público e aboliu a vingança por entender como inadmissível o critério exclusivo da vítima. Assim, cada caso concreto passou a ser tarifado por um valor em que o causador do dano deveria arcar, no entanto, com o seu patrimônio. Nas

palavras de Alvin Lima (1999, p. 21). “é a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória”.

Assim, criou-se uma distinção entre a indenização civil e a penal criminal, que consistia em delitos privados e delitos públicos, delitos privados enquadravam-se nas ofensas a terceiros e seus bens, acarretando o recolhimento do valor da sanção em favor da vítima. Já os delitos públicos se enquadravam nos delitos praticados contra o interesse do estado, e o recolhimento dos valores da sanção destinavam-se aos cofres públicos.

[...] quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo [...] (GONÇALVES, 2009, p. 07).

Conforme a evolução histórica da responsabilidade civil, a Lei das XXII Tábuas ficou ultrapassada, a sociedade em constante evolução, necessitou de um regulamento para tal situação, logo, surgiu a *Lex Aquilia*, sendo outro marco na história do instituto que deu origem a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, regulando o *damnum injuria datum*.

Tal regulamento destacou-se por substituir uma pena fixa, pela pena proporcional a cada conduta e dano causado, prevendo uma conduta prejudicial a outrem como dolosa ou culposa, independentemente de a conduta prejudicar fisicamente ou materialmente alguém. Assim demonstra José de Aguiar Dias (2006, p. 26) “A indenização permanecia substituindo o caráter da pena, sendo que os textos relativos a ações de responsabilidade se espraiaram de tal forma que, em último grau do direito romano, já não mais faziam menção apenas aos danos materiais, mas também aos danos morais.”.

Nota-se que a *Lex Aquilia* aborda uma responsabilização decorrente de uma conduta culposa ou dolosa, ou invés de obrigar uma reparação, de acordo com Sergio Cavalieri Filho (2010), observa-se que a obrigação tinha por consequência um dever jurídico ordinário, já a responsabilidade civil, acarreta o dever jurídico de responsabilização na conduta que viola a obrigação.

A *Lex Aquilia* ou Lei Aquiliana somente agregou a culpa dentro do ordenamento jurídico romano após a influência do direito grego, observando a frase “*impunitur est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*”, ou seja, aquele que causou danos a outrem sem culpa ou dolo não será punido.

Desde o início do direito, o ordenamento passou por deveras modificações, no entanto, após a culpa ser inserida no ordenamento jurídico romano, ocorreu a Revolução Francesa e o

direito francês trouxe o Código de Napoleão que aperfeiçoou o direito romano e influenciou mundialmente o direito privado, inclusive o direito brasileiro.

[...] aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência (GONÇALVES, 2009, p. 08).

Verificou-se todo o histórico e a evolução da responsabilidade civil até alcançar o direito civil brasileiro, observando a influência do ordenamento jurídico romano e do direito francês para a adaptação atual do direito civil brasileiro.

3.2 Conceituação atual de responsabilidade civil

A evolução do ordenamento jurídico tem como pilar assegurar os direitos das pessoas e após tantas modificações, atualmente a responsabilidade civil brasileira se encontra no Código Civil em seu artigo 186 que aborda os atos ilícitos, com o conteúdo denso em que adota a teoria subjetiva da responsabilização e a teoria objetiva no art. 927, parágrafo único.

Nesse entendimento explica Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 3):

Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.

Apesar de cada direito possuir características diferentes, adaptado conforme a necessidade da sociedade, o objetivo comum a todos é assegurar os direitos da vítima de indenização e direito da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1, III da Constituição Federal Brasileira e responsabilizar quem praticar tal ato.

3.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil poderá ser classificada como responsabilidade contratual ou extracontratual, o que vai distinguir será o fato gerador do ato, e no que tange ao fundamento do ato, a responsabilidade será subjetiva ou objetiva.

A responsabilidade contratual era regida pelo Código Civil de 1916 no art. 1056 e com a evolução do ordenamento e do Código Civil, atualmente está previsto no art. 389 do Código Civil. Observe-se a modificação:

Art. 1056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. (BRASIL, 1916)

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Código Civil. (BRASIL, 2002)

Nota-se que a responsabilidade contratual é baseada no dever de resultado, logo, nasce uma obrigação contratual dentro de um negócio jurídico, portanto, a obrigação é previsível e evitável. Porém, quando ocorre o descumprimento da obrigação e acarreta danos a vítima, o respaldo se encontra nos artigos citados anteriormente. Além disso, com a presunção da culpa, o ônus da prova se aplica ao devedor para demonstrar a inexistência de culpa ou a existência de excludente do dever de indenizar, tendo com exceção apenas em caso fortuito e de força maior, explícito no art. 393 do Código Civil.

A segunda classificação a ser observada será a responsabilidade extracontratual ou aquiliana que inexistem vínculos obrigacional ou contratual entre as partes, sendo decorrente apenas de um ato ilícito, isto é, praticar um ato prejudicial a outrem independentemente de vínculo jurídico. Vale salientar que o ônus da prova da responsabilidade extracontratual cabe a vítima, devendo comprovar a culpa do causador do dano que lhe trouxera prejuízo. Com a existência e a comprovação da culpa, o agente causador do dano arcará com a indenização que lhe for devida, entretanto, caso a culpa não seja comprovada, a vítima ficará sem o ressarcimento. (DINIZ, 2003, p. 34) explica:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

O entendimento é que o pilar em ambas as responsabilidades é assegurar os direitos da vítima. Apesar de cada classificação ter suas características distintas previstas em lei, na responsabilidade contratual e a extracontratual ocorre um dano a outrem que deverá ser reparado nos termos do ordenamento jurídico que estiver em vigor no momento do ato causador de danos.

3.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

De acordo com a teoria da responsabilidade civil subjetiva, sua base é a culpa do agente, logo, exige uma comprovação do dano por parte da vítima para nascer o dever de indenizar. Apenas a conduta causadora do dano ou prejuízo não se torna o suficiente para que haja uma indenização, pois a comprovação da culpa é um requisito para que o autor do dano seja responsabilizado pela sua conduta. No mesmo seguimento, a responsabilidade do agente causador do dano somente irá se concretizar se agir culposamente ou dolosamente. (RODRIGUES, 2003).

Com a evolução da sociedade em constante movimento, a doutrina e a jurisprudência adotaram uma nova modalidade de responsabilidade, sendo ela a responsabilidade civil objetiva, pois o modelo de responsabilidade subjetiva não estaria suprimindo a necessidade de solucionar todos os casos existentes. Por haver uma carência no que tange a responsabilização do causador do dano, nasceu a culpa presumida e a inversão do ônus da prova, por entender a dificuldade das vítimas em comprovar a culpa do responsável pelo dano, a nova modalidade trouxe consigo a desconsideração da culpa ser um requisito indispensável. (STOCO, 2007).

A ideia de responsabilidade civil objetiva, apesar de trazer em sua redação novos pilares, não abandonou ou substituiu por completa a responsabilidade subjetiva, apenas abrangeu um campo maior com intuito de facilitar a comprovação da responsabilidade do agente causador do dano ou prejuízo. Observa-se o Código Civil (BRASIL, 2002).

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

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

Como já salientado acima, o Código Civil de 2002 prevê a teoria do risco, onde nasce a responsabilidade civil objetiva de reparação de dano quando a atividade apresenta risco a outrem, independentemente de comprovação de culpa.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos 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. (RODRIGUES, 2003).

A teoria do risco evidencia que a responsabilidade civil objetiva decorre do risco em que a conduta causar a outrem e não da culpa, logo, quando o indivíduo praticar uma conduta que causar risco a terceiros, o causador da conduta deve ser responsabilizado e reparar o dano que porventura acarrete sobre a vítima, nos termos do ordenamento jurídico.

Ante o exposto, resta consolidado o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da responsabilidade subjetiva ao aplicar o dolo e a culpa até seus dias atuais, no entanto, a responsabilidade objetiva também se encontra prevista no Código Civil, cabendo ao juiz analisar o caso concreto para constatar qual a necessidade que será levada em conta para chegar em uma decisão.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO ERRO DE DIAGNÓSTICO E INDENIZAÇÕES CORRESPONDENTES

Observa-se que quando há um dano causado ao paciente decorrente de erro de diagnóstico, ele deve ser reparado, através da responsabilidade civil médica subjetiva, no entanto, o dano poderá ser reparado de três formas de indenização, a indenização por danos morais que está ligada a esfera extrapatrimonial, a indenização por danos materiais que está ligada a esfera patrimonial e a indenização por danos estéticos. Ambos têm como pilar, assegurar os direitos do paciente.

4.1 Dano Moral

Inicialmente vale ressaltar que os direitos personalíssimos são particulares, logo, são irrenunciáveis e intransmissíveis, portanto, quando o médico dá um diagnóstico errado ao seu paciente, acarreta a violação dos direitos à personalidade, tanto esteticamente como psicologicamente. Observa-se que a violação desse direito é considerada gravíssima, tendo em vista que, invade a honra, a dignidade e a imagem. Tal direito está assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V, X e XXXV. Observa-se:

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;

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...] (BRASIL, 1988, não paginado)

Além de estar assegurado o direito a indenização por danos morais na Constituição Federal, o Código Civil traz em seu artigo 186 o conteúdo na qual há a previsão do direito de reparação do dano quando uma ação lhe causar danos. “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, não paginado)

No mesmo seguimento, o Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, inciso VI, prevê o direito básico do consumidor, sendo eles, danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos e difusos, isto é, quando o médico comete um erro no diagnóstico do paciente, o médico não está infringindo somente a própria Constituição Federal Brasileira, mas também o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, indo de encontro diretamente a três códigos que asseguram o mesmo direito. Nota-se que a relação entre médico e paciente, está prevista como uma relação de consumo, portanto, o Código de Defesa do Consumidor abrange o direito do adquirente ou o utente final de produtos e serviços, com intuito de assegurar ao máximo que esse serviço seja prestado com toda a cautela necessária. No entanto, a legislação brasileira sistematizou melhor a responsabilidade civil por danos morais, na qual, a ofensa ou dano é causado a algum direito extrapatrimonial. (LISBOA, 2012).

Observa-se que os danos morais ou danos extrapatrimoniais, não tem qualquer relação com o patrimônio da vítima, isto é, a indenização por danos morais se torna uma forma de reparar a vítima que passou por algum constrangimento, humilhação ou dor, na qual tem relação com o abalo psicológico do paciente. Dessa forma, a esfera extrapatrimonial está relacionada ao direito subjetivo do indivíduo. Veja-se:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada está em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 101-102).

Portanto, nota-se que o dano moral por estar ligado a dor, ao abalo psicológico, a humilhação, o constrangimento, a honra e outros danos causados internamente, se torna uma esfera difícil para o julgador mensurar o valor do dano, tendo em vista que, o dano moral é uma forma de tentar compensar a dor causada e buscar a punição do médico por causar esse sofrimento e desestruturação psicológica, através do erro no diagnóstico, o meio utilizado para tal compensação, se dará através da indenização por danos morais. Analisa-se:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2009, p. 359).

Salienta-se que a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência pátria, independe de prova, entretanto, deverá atender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação, tendo em vista que, quaisquer valores mensurados sem ser utilizados os princípios acima citados, poderá caracterizar enriquecimento sem causa, pois o valor arbitrado na indenização por danos morais é para compensar a dor causada. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ERRO DE DIAGNÓSTICO EM EXAME MÉDICO. DANO MORAL. Autor que se submeteu a exame, utilizando-se dos serviços de saúde prestados pela apelante, no qual o primeiro diagnóstico praticamente nada apontou de irregular em sua coluna. Ao retornar ao seu médico com o referido diagnóstico, o mesmo disse que o laudo estaria equivocado, solicitando expressamente uma revisão. Mesmo com o retorno do paciente, a clínica ratificou o exame anterior, aduzindo não haver necessidade de alteração do relatório. Retornando novamente ao seu médico, foi orientado a refazer o exame em filial diversa da empresa ré. Refeito o exame, o laudo produzido pela outra filial foi totalmente diverso do anterior, apontando diversas alterações na coluna do recorrido. Inquestionável, portanto, o erro no resultado do primeiro exame realizado pelo apelado. Dano moral caracterizado. Compensação adequadamente arbitrada. Súmula nº 343, TJRJ "A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação". Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (BRASIL – TJRJ, 2019, não paginado)

Como no caso apresentado acima, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teve o entendimento que o dano moral já estava explícito, sem que a apelante tivesse que comprovar o dano sofrido, tendo em vista que, o ato ilícito praticado atinge diretamente o direito da personalidade e dignidade, acarretando a dor, a humilhação, a honra e abalo psicológico, logo, não há a necessidade de comprovar o fato gerador do dano. Portanto, nota-se que se há dano moral, deverá haver reparação do mesmo, sendo por indenização ou compensação.

4.2 Dano material

O dano material é decorrente do dano que causa prejuízo ao paciente diretamente ao seu patrimônio, assim, torna-se possível mensurar a perda ou o tamanho do prejuízo causado para que possa ser reparado. A esfera aborda duas possibilidades de reparação, sendo pelo dano emergente, que são os danos sofridos diretamente ao paciente, isto é, o que o paciente perdeu, e o dano chamado de lucro cessante, que são os danos causados ao que o paciente deixou de auferir.

Observa-se que na ação indenizatória que apresenta o erro de diagnóstico, na qual o médico não identificou uma fratura no tornozelo da paciente, acarretou o afastamento da dessa paciente pelo prazo de sete meses da sua atividade laborativa, na qual há o reconhecimento do dano material dentro dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como uma forma de reparar o dano causado. Veja-se (BRASIL-TJSP, 2016, não paginado):

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO DE DIAGNÓSTICO. PROVA PERICIAL QUE COMPROVA A NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO EM NÃO IDENTIFICAR FRATURA DE TORNOZELO EM EXAME RADIOLÓGICO. Responsabilidade subjetiva caracterizada (art. 951, do CC). Responsabilidade objetiva do hospital pelo fato do serviço (art. 14 do CDC). Teoria da aparência. Irrelevante, para o consumidor, se existente ou não vínculo empregatício entre hospital e médico. Dano material comprovado. Afastamento da autora de sua atividade laborativa pelo prazo de sete meses. Recebimento de auxílio doença no período. Indenização por lucros cessantes que equivale à diferença entre o salário da autora à época do acidente e o valor recebido a título de auxílio doença, multiplicada pelo número de meses em que ficou afastada de seu labor. Inviabilidade de correção do valor determinado a título de lucros cessantes ante a ausência de recurso específico da autora. Princípio do *ne reformatio in pejus*. Sentença mantida. Dano moral configurado (*in re ipsa*). Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 25.000,00. Montante proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944, do CC). Sentença mantida. Recursos desprovidos. (TJ-SP - APL: 10032466620138260281 SP 1003246-66.2013.8.26.0281, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 08/07/2016, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/07/2016).

Salienta-se que o acórdão acima citado, demonstra que a responsabilidade civil médica, é subjetiva apresentando o dano moral e material presente na ação. Assim, o erro de diagnóstico em si não é indenizável, é necessária a produção de prova contundente do erro de diagnóstico e manifesto, de que o diagnóstico ocorreu de forma negligente do médico em não identificar a fratura no tornozelo no exame radiológico.

Nota-se que o dano emergente é caracterizado por ser o dano concreto, pela facilidade de identificação e fácil valoração do dano. “O chamado dano positivo, que traduz uma diminuição do patrimônio, uma perda por parte da vítima. Sendo geralmente, na prática, o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos [...]” (VENOSA, 2009, p. 36).

No entanto, o dano cessante é o dano pelo que a vítima deixou de auferir, ou seja, foi impedida de ganhar algo ou realizar seus planos futuros que lhe trariam algum benefício e em decorrência do dano causado pelo erro de diagnóstico, houve a impossibilidade de realizar tal ato. “Tratando-se de um bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante [...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 97).

Tanto o dano emergente, quanto o dano cessante, estão regidos pelo Código Civil em seu artigo 402 que traz em sua redação. “Art. 402. 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”

Ressalta-se que os casos de erro de diagnóstico, os danos patrimoniais pode ser os gastos com exames, gastos com transporte até o hospital, gastos com os tratamentos realizados para tentar amenizar o dano inexistente decorrente do erro de diagnóstico e pode ser considerado dano patrimonial o afastamento do paciente do seu trabalho, na qual o paciente exercia antes de ser submetido ao tratamento por uma doença que não existe. Observa-se (BRASIL-TJSP, 2016, não paginado):

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CEGUEIRA UNILATERAL. PROVA PERICIAL QUE COMPROVA A NEGLIGÊNCIA DE INDICAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, QUE DEVERIA TER CONSIDERADO AS PECULIARIDADES DO DIAGNÓSTICO DO AUTOR. Responsabilidade subjetiva do médico (art. 951, do CC/2002). Responsabilidade objetiva do hospital pelo fato do serviço (art. 14, do CDC). Dano material comprovado. Dano moral configurado (in re ipsa). Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 30.000,00. Montante proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944, do CC). Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 10012598220148260079 SP 1001259-82.2014.8.26.0079, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 20/06/2016, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/06/2016)

O acórdão acima apresentando, demonstra a negligência e a responsabilidade subjetiva do médico, a responsabilidade objetiva do hospital, além de configurar o dano material e o moral. Nota-se que o dano moral e o material geralmente estão presentes dentro de uma ação, tendo em vista que, são indenizações interligadas, uma acaba ocasionando a outra, apesar de assegurar direitos distintos.

4.3 Dano estético

Inicialmente demonstra-se que o dano estético pode agravar o dano moral, havendo a possibilidade de requerer o dano estético, junto com o dano material, sendo legalmente permitido a cumulação de indenizações previsto na Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” (BRASIL, 2014).

Ressalta-se que o dano material assegura o direito ao patrimônio do paciente, enquanto o dano moral assegura o direito da parte interior do paciente, sendo os sentimentos,

e o dano estético assegura o direito exterior do paciente, a imagem, a fisionomia, a aparência, o exterior do corpo. Com isto, o médico assume a obrigação de resultado, portanto, quando o resultado não é atingido e causa danos estéticos ao paciente, esse dano deverá ser indenizado. Com as palavras de Gonçalves (2009, p. 378), “O dano estético resultante de cirurgia plástica, deve ser indenizado pelo médico em razão do inadimplemento contratual, já que assume ele a obrigação de resultado”.

Em regra, observa-se que o dano estético faz parte do dano extrapatrimonial, na qual, integra o dano físico da pessoa, aparência, altera o visual do paciente, por outro lado, o dano estético poderá integrar a esfera patrimonial em alguns casos, pois se o paciente trabalhar com a sua imagem, seu corpo, e por um erro de diagnóstico ficar deformado, irá afetar o patrimônio do paciente. Sendo plenamente possível enquadrar o dano estético em ambos os tipos de dano, observando esses casos, para fixar uma indenização, o juiz deverá utilizar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, para abranger o dano e compensá-lo de tal forma que a vítima não seja prejudicada, mas que não ocorra o enriquecimento sem causa. (KFOURI NETO, 2002).

Salienta-se que a relação entre médico e paciente, é uma relação de contrato, e quando abrange a estética do paciente, a obrigação é de resultado, onde o paciente contrata um serviço e espera um resultado específico, quando por erro de diagnóstico, esse resultado esperado não é oferecido, o paciente fica prejudicado esteticamente, portanto, a indenização por danos estéticos é comum no Brasil. Veja-se (BRASIL-TJAM, 2020, não paginado):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. CONDUTA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADOS. DANO MORAL E ESTÉTICO PRESENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. PENSIONAMENTO VITALÍCIO. IMPROCEDÊNCIA. LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE MULTIPROFISSIONAL. POSSIBILIDADE DE DESENVOLVER SUAS OCUPAÇÕES HABITUAIS E OUTRAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A responsabilidade civil dos entes públicos, de regra, é objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo, a teor do art. 37, § 6º da Constituição da República; 2. A responsabilidade objetiva prescinde de comprovação de dolo ou culpa do agente, bastando a demonstração da conduta, nexo de causalidade e dano. Requisitos cumpridos; [...] 5 Possibilidade de desenvolver as ocupações habituais e de desempenhar outras atividades profissionais. Incapacidade permanente multiprofissional. Improcedência do pensionamento vitalício; 6. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-AM - AC: 06343496720158040001 AM 0634349-67.2015.8.04.0001, Relator: Airton Luís Corrêa Gentil, Data de Julgamento: 31/08/2020, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 11/09/2020)

O acórdão acima citado, os danos morais e estéticos se encontram presentes, entretanto, como a fixação do dano moral e material devem observar dois princípios muito importantes, o juiz também deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para fixar o valor da indenização por danos estéticos para que não haja o enriquecimento sem causa, mas que seja o suficiente para compensar o dano causado decorrente do erro de diagnóstico.

No mesmo entendimento, resta clara, que a indenização por danos morais nem sempre necessita de comprovação, como nos casos de morte do paciente, tendo em vista que cada indivíduo tem particularidades na forma de expressar emoções a perda de um ente próximo. O que torna a indenização por danos materiais completamente diversos ao dano moral, pois trata-se da matéria em si, ou seja, o patrimônio do paciente, o dano que pode ser valorado. Já o dano estético está entre os dois danos citados acima, pois poderá integrar-se na esfera patrimonial ou na esfera extrapatrimonial, vai depender do dano sofrido por erro de diagnóstico.

Portanto, o entendimento atual no Brasil já está pacificado em relação ao dano moral, dano material e o dano estético, após muita discussão, evolução e alteração nos códigos que regem esses direitos, atualmente os danos são reconhecidos pela legislação e aplicados proporcionalmente a cada caso específico. O dano estético se encontra previsto na Constituição Federal em seu art. 5, inciso V como um dano extrapatrimonial.

5 CONCLUSÃO

Ante ao exposto no presente trabalho, notou-se que antigamente o médico que cometia um erro de diagnóstico não era responsabilizado pelos seus atos, no entanto, com a evolução da legislação brasileira, a responsabilidade civil médica passou a integrar três códigos, sendo eles, a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, porém, os casos de erro de diagnóstico não diminuíram, apenas o índice de responsabilização dos médicos que aumentaram. Notadamente que a evolução da responsabilidade civil trouxe tais benefícios no ato de assegurar direitos essenciais.

Ao discorrer sobre o assunto, observou-se alguns casos possíveis de responsabilização do médico em decorrência do erro de diagnóstico, os prejuízos que um erro de diagnóstico pode acarretar ao paciente, e suas consequências e indenizações cabíveis, na qual há previsão legal dos danos morais, materiais e estéticos.

Os objetivos de tal estudo, são explanar através da doutrina brasileira, a responsabilização do médico pelos danos causados por erro de diagnóstico e as consequências dos atos praticados por negligência, imprudência e imperícia. É possível notar no terceiro capítulo que cada ação tem uma reação, a maneira que o médico agir vai gerar a maneira em que ele irá ou não ser responsabilizado, na qual será na medida proporcional do seu erro.

Por fim, o presente trabalho discorre sobre um tema atual a fim de levar o conhecimento um pouco mais apurado sobre a responsabilidade civil médica em decorrência do erro de diagnóstico e demonstrar como se encontra a atual situação da responsabilização civil médica e se há eficácia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas. Apelação Cível nº 06343496720158040001 AM 0634349-67.2015.8.04.0001, (3ª Câmara Cível). Apelante: Estado do Amazonas. Apelada: Ivânia Lucia Silva Costa. Relator: Airton Luís Corrêa Gentil. Manaus, 31 de agosto de 2020, Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Amazonas. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925236433/apelacao-civel-ac-6343496720158040001-am-0634349-6720158040001> Acesso em: 10 de jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº APL: 10012598220148260079 SP 1001259-82.2014.8.26.0079, (7ª Câmara de Direito Privado), Apelantes: Oftalmologia Complementar S/S LDTA e Jose Fernando de Albuquerque, Apelado: Aristides Babini, Relator: Rômolo Russo, 20 de junho de 2016, Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/352836066/apelacao-apl-10012598220148260079-sp-1001259-8220148260079> Acesso em: 10 de jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº APL: 10032466620138260281 SP 1003246-66.2013.8.26.0281, (7ª Câmara de Direito Privado). Apelante: Santa Casa de Misericórdia de Itatiba, Luana Barbosa da Silva, Iria Carla Wolf e Carlos Amadeu Parodi Wolf, Apelado: Lurdes Muller, Relator: Rômolo Russo, Itatiba 08 de julho de 2016, Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359480512/apelacao-apl-10032466620138260281-sp-1003246-6620138260281/inteiro-teor-359480531>. Acesso em: 10 de jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº (0075984-46.2015.8.19.0038), (Terceira Câmara Cível). Apelante: Centro de Medicina Nuclear da Guanabara LTDA, Apelado: Jeison Cícero Cavalcante Relator: Desembargador Peterson Barroso Simão, Nova Iguaçu, 16 de outubro de 2015, Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro nº 168 – 173, maio, 2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713063311/apelacao-apl-759844620158190038> Acesso em: 10 de jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Brasília: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm#art8. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas. Brasília: STJ, 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 maio 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. v. 2. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17. ed. v.7. São Paulo. Saraiva, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba. Juruá, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo. Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre. Sagra Luzzatto, 2001.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. 1. São Paulo. Saraiva, 2007.

PENALFIEL, Fernando. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-e-pressupostos-da-responsabilidade-civil/> Acesso em: 27 de mar. 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 20. ed. v. 4. São Paulo. Saraiva, 2003.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba. Juruá, 2007.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico**. Curitiba. Juruá, 2006.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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