

CÍNTIA DE OLIVEIRA ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO .

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

Orientador: Prof^a. Me. Joseane Pepino de Oliveira.

**JUIZ DE FORA – MG
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Berthia de Oliveira Rocha

Aluno

Responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico -

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Paulo Roberto

Antonio

Luana B. Vieira

Aprovada em 13 / 12 / 2016.

Dedico esse trabalho aos meus pais, Hilda e Antônio, que sempre foram meu esteio, e ao meu marido Leandro, pela tolerância nestes anos de ausência.

Estudo sem pensamento é trabalho
perdido; pensamento sem estudo é
perigoso

Confúcio

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico, promovendo um enfoque sobre a falibilidade humana do profissional e as limitações decorrentes da ciência e das condições de trabalho. A pesquisa se deu através de revisão de dispositivos legais, doutrinários, artigos médicos, jurídicos e jurisprudência. Em princípio, faz-se uma análise dos aspectos gerais da responsabilidade civil, abordando conceitos, espécies, teorias e sua evolução desde os primórdios até os dias atuais. Discute-se se a responsabilidade do médico é objetiva ou subjetiva, através da análise dos aspectos da culpa. Delimitando-se os elementos de referência que possibilitem distinguir o erro escusável daquele decorrente de culpa ou dolo, passível de responsabilização civil. Destacando-se a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilização por erro de diagnóstico, devido à usurpação da possibilidade de cura ou de um melhor prognóstico no tratamento. Finalmente, o presente trabalho procura despertar a reflexão sobre o grau de aplicabilidade das normas de direito civil, de direito do consumidor e de direito administrativo sobre os casos que envolvam erro médico, especialmente erro de diagnóstico, tendo em vista a vulnerabilidade do médico a cometer erros e a necessidade da análise individual das particularidades que cada situação concreta.

Palavras-Chave: Culpa médica. Erro médico de diagnóstico. Responsabilidade Civil. Teoria da perda de uma chance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1 Evolução histórica.....	10
2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva no Código Civil.....	12
2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	12
3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
3.1 Ato ilícito.....	15
3.2 A culpa	16
3.3 O nexo de causalidade	17
3.4 Dano	20
4 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
4.1 Evolução histórica.....	21
4.2 O Código de Defesa do Consumidor e a prestação pública do serviço de saúde	24
5 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	27
5.1 Responsabilidade civil nas relações de consumo de médicos e hospitais	28
5.2 A responsabilidade civil nas relações de consumo em relação aos serviços médicos	29
5.3 A responsabilidade civil nas relações de consumo em relação aos serviços médicos dentro de hospitais	30
6 ERRO MÉDICO.....	34
6.1 Responsabilidade médica no código de ética médica.....	34
6.2 Culpa médica.....	35
6.3 O erro de diagnóstico.....	37
7 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	41
8 CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O aumento progressivo no número de ações no Judiciário decorrentes de erro médico, leva à necessidade de uma reflexão sobre a atuação e limitações deste profissional em relação ao diagnóstico e à cura do paciente e suas consequências jurídicas, visto que a responsabilidade civil por erro médico constitui ainda tema controvertido face à linha tênue que separa a falibilidade humana, científica e tecnológica da negligência profissional. Dessa forma, é mister que a avaliação dos casos concretos pelo poder judiciário considere tanto aspectos humanos como científicos de cada questão, bem como a falibilidade humana e os graus de imprevisibilidade das práticas médicas.

Tal preocupação baliza e justifica o presente trabalho, o qual delineará elementos de referência que possibilitem discernir apropriadamente onde está o erro escusável e onde se encontra o erro decorrente de culpa ou dolo, passível de responsabilização civil. Portanto tratar-se-á aqui de fixar bases sólidas nesse terreno movediço, que serão úteis ao caminhar tanto de profissionais da saúde quanto de juristas. Ao jurista faz-se necessário para tanto desenvolver a capacidade de análise da prova de culpabilidade, do dano e do nexo de causalidade, adquirindo melhor compreensão das especificidades da prática médica.

A prestação jurisdicional na área da responsabilidade civil relacionada ao erro médico suscita profundas reflexões sobre a análise da prova de culpabilidade, do dano e do nexo de causalidade, exigindo-se dos operadores do direito a ampliação dos seus limites de conhecimento para assim poderem adquirir melhor compreensão das especificidades da prática médica. A melhor formação e percepção das nuances problemáticas poderá aclarar os aspectos jurídicos pertinentes a tais tipos de demanda e oferecer a melhor justiça tanto para os profissionais médicos como para os pacientes.

O erro médico pode ser conceituado como o resultado da não observação das regras da prática médica, decorrente tanto da ação como da omissão do médico, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde, mediante imperícia, imprudência ou negligência.

Define-se a responsabilidade do médico como a obrigação a que estão sujeitos quando, dentro do exercício profissional, há um resultado lesivo ao paciente, decorrente de imprudência, imperícia e negligência. Tal forma de responsabilidade fundamenta-se no princípio da culpa, pelo qual o agente dá causa a um dano pela ausência do cuidado a que se estaria obrigado a ter.

Atualmente, no Brasil, a responsabilidade civil por erro médico é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.

Para que se configure a culpa, é necessário que o erro seja decorrente da imperícia – falta de observação das normas técnicas por despreparo prático ou insuficiência de conhecimento, da imprudência – procedimentos de risco sem respaldo científico, ou da negligência – descaso ou pouco interesse.

O presente trabalho cingir-se-á ao erro médico de diagnóstico, o qual, em regra, é escusável. O erro de diagnóstico somente será indenizável quando não for decorrente da falta de recursos, da insuficiência da própria medicina ou do próprio organismo humano ou insuficiência de meios. Portanto, tem-se como objetivo analisar a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, descrevendo a responsabilidade civil e suas excludentes; apurando a questão da culpabilidade do médico por erro de diagnóstico e avaliando a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pela perda da oportunidade de cura decorrente do erro de diagnóstico e consequente tratamento inadequado.

A metodologia utilizada será a de revisão bibliográfica dedutiva com base em literatura especializada, jurisprudência e outros trabalhos científicos como fontes de pesquisa.

O tema será desenvolvido dentro da área de direito civil. Será analisada a culpabilidade do médico face a erros de diagnóstico e a responsabilização civil pelos danos causados ao paciente, através de quatro capítulos, os quais abordarão: o conceito, as teorias e as espécies de responsabilidade civil; a responsabilidade civil médica; a culpabilidade pelo erro de diagnóstico e a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil por erro médico.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O direito civil ocidental moderno possui duas grandes correntes dentro da temática responsabilidade civil: o alemão e o francês.

O sistema alemão é formado, a princípio, por três pequenas cláusulas gerais da responsabilidade civil que delimitam os bens passíveis de indenização, às quais se somam hipóteses legais de responsabilidade.

De outro lado, o sistema francês é regido pela cláusula geral de responsabilidade civil. A priori, a cláusula geral determina a obrigação de indenizar sempre que um dano for causado, ou seja, em todos os danos decorrentes de fatos que, por sua vez, ocorreram em consequência do ato ilícito primitivo. A posteriori, regras de exclusão de responsabilidade deverão ser aplicadas de forma a delimitar quais fatos decorrentes do ato ilícito serão passíveis de indenização, ou seja, dentre os diversos eventos danosos consequentes de um mesmo ato, quais devem ser indenizados

Em suma, há a cláusula geral de indenizar sempre que ocorrer um dano e regras específicas disciplinando as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil. Dessa forma, evita-se a responsabilização pelo chamado dano ao infinito, dano indireto ou reflexo, havendo a responsabilidade apenas pelos prejuízos ocorridos por efeito direto e imediato do dano.

Nesse sentido, jurisprudência a seguir do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2014):

[...] Pela teoria da causalidade adequada, apenas o evento determinante é tido como causa do dano, com o desprezo dos demais, sob pena de estender demasiadamente a cadeia de responsabilidades e tornar então inviável a vida em sociedade. (Apelação Civil 71004747101 RS, Desembargador Relator Cleber Augusto Tonial. D. J. 27/10/2014).

Conclui-se, portanto, que o sistema francês, através da teoria da causalidade adequada, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como o adotado pelo Código Civil.

2.1 Evolução histórica

Segundo lição de Lisboa (2012, p. 21):

O direito primitivo dos povos demonstra que o causador do dano sempre foi considerado o responsável pelo prejuízo, independentemente de qualquer cogitação sobre a existência ou não de sua culpa. Admitia-se de forma generalizada a responsabilidade objetiva e corporal tanto do homem como das coisas animadas e inanimadas que tivessem proporcionado o dano. Prevalencia o entendimento segundo o qual o que gerou o prejuízo ficava sujeito à vingança (vindetta), mediante a aplicação de uma pena corporal.

Dessa maneira, observa-se que a responsabilidade civil, originariamente, era aplicada de forma objetiva.

Ainda segundo a doutrina de Lisboa (2012), em tempo algum da história do direito ocidental a responsabilidade objetiva deixou de ser aplicada, ainda que em situações excepcionais. O advento da Lei das XII Tábuas, de 452 a.C.14, manteve o princípio da responsabilização pela simples existência do dano e teve como maior mérito abandonar o castigo corporal como forma de retribuição do dano, dando-se realce às penas pecuniárias de restituição, mediante a fixação de tarifa. Dessa forma, através da constituição de um poder regulador das relações sociais, a vingança privada foi suprimida, que passou a ser vedada tanto por motivos religiosos como legais, sendo substituída pela fixação de uma indenização por um julgador.

Numa tentativa de corrigir as imperfeições existentes, um plebiscito popular originou a *lex Aquilia de damno*, de 286 a.C.15, que finalmente introduziu a culpa como elemento da responsabilidade civil e concedeu maiores poderes ao pretor para a fixação da pena, deixando-se de lado as multas fixas. Coube ao imperador Justiniano estabelecer um sistema de responsabilidade subjetiva, ao prever a culpa por omissão e ao graduar a culpa em leve e lata. [...] Mesmo após a queda do Império Romano, a culpa continuou sendo um dos pressupostos da responsabilidade civil por toda a Idade Média, consagrando-se por costume no continente europeu, dada a sua tradição histórica e as motivações de ordem política e religiosa que procuraram aproximar a noção de culpa jurídica do conceito de pecado. O antigo direito francês sofreu uma profunda influência do Cristianismo (notadamente, de Tomás de Aquino e dos canonistas) e do direito grego, mediante a remodelação das soluções romanas de responsabilidade civil, à luz da moral cristã²⁰ e também dos costumes. E, por todas essas razões históricas apontadas, a culpa tornou-se o pressuposto da responsabilidade civil mesmo no direito moderno, estabelecendo o Código Civil francês, de 1804, norma expressa sobre o assunto (art. 1.382). (LISBOA, 2012, p. 22).

Portanto, a responsabilidade objetiva é uma teoria antiga que antecede o surgimento da teoria da responsabilidade subjetiva. Já a teoria da responsabilidade objetiva moderna, por sua vez, superou a orientação primitiva da retaliação e do individualismo (vingança).

2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva no Código Civil

Segundo a teoria clássica, para que seja configurada a responsabilidade civil mostra-se necessária a presença de três requisitos: o dano, a culpa do agente causador do dano e o nexo causal entre o dano e o ato ilícito.

A responsabilidade subjetiva é aquela fundada na ideia da culpa. Consoante se pode depreender do artigo 186 do Novo Código Civil, o direito brasileiro adota a teoria subjetiva como regra geral.

De outro lado, a responsabilidade objetiva abarca os casos especiais em que a obrigação de reparar o dano deverá ocorrer independentemente da culpa do agente causador. O código civil, no parágrafo único do artigo 927, prevê uma regra geral de responsabilidade objetiva, que diz que “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”.

Pelo exposto, infere-se que o novo Código Civil estabeleceu a regra da responsabilidade subjetiva, a ela acrescentando a possibilidade de responsabilidade objetiva por força de lei ou por orientação jurisprudencial.

2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

Conforme as lições de Tartuce e Neves (2014), desde os primórdios do Direito Romano, convencionou-se classificar a responsabilidade civil, quanto à origem, em contratual ou negocial e extracontratual ou aquiliana. Esse modelo dualista de responsabilidade civil acabou por influenciar a elaboração das codificações privadas modernas, inclusive as codificações brasileiras.

Ainda segundo a doutrina supracitada, em algumas legislações, a divisão entre esses dois tipos de responsabilidade foi adotada de forma absoluta, com regras distintas para cada tipo responsabilidade. Diferentemente, no sistema pátrio, verifica-se uma simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, tendendo a uma unificação das responsabilidades contratual e extracontratual. Consoante o mestre Gonçalves (2012), “no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida”.

Defende Cavaleiri Filho (2010) que há uma verdadeira simbiose entre esses dois sistemas, uma vez que regras previstas no código para responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são igualmente aplicadas à responsabilidade contratual. Cita, como exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, que superou essa clássica dicotomia, ao tratar da responsabilidade pelo produto e pelo serviço de forma a não diferenciar a relação contratual da extracontratual. Sob o fundamento do dever de segurança, o consumidor foi equiparado à vítima de acidente de consumo, submetendo o fornecedor a um tratamento unitário em ambas as situações,

Cavaleri Filho (2010) sustenta, ainda, que a responsabilidade é delitual e que a expressão responsabilidade contratual é viciosa e errônea, visto que tanto a responsabilidade contratual, quanto a extracontratual são regidas pelos mesmos princípios. O ilustre jurista salienta, ainda, que em ambas as espécies de responsabilidade, o ilícito civil configura-se pela transgressão de um dever jurídico.

Superadas as considerações iniciais, serão tratados os dois tipos de responsabilidade.

A responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana, é derivada de um ilícito extracontratual e está calcada no dever genérico de não lesar, de não causar dano a outrem (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil. Nesse tipo de responsabilidade não há uma relação prévia entre as partes.

A tese unitária ou monista preleciona que para a configuração de ambas as espécies de responsabilidade deverão estar presentes as três condições: o dano, o ato ilícito e o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos. “Esta convicção é, hoje, dominante na doutrina.” (GONÇALVES, 2012, p. 72).

Pelo prisma da visão dualista, para a responsabilização extracontratual deverá ser comprovada a culpa do agente causador do dano.

A responsabilidade contratual ou negocial decorre do descumprimento de uma convenção prévia entre as partes. Seu alicerce está na força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), que determina o cumprimento das cláusulas, sob pena de responsabilidade daquele que as descumpriu.

Numa análise mais profunda da matéria, o mestre Cavaleri Filho (2010, p. 288) salienta que

A responsabilidade contratual não está no contrato, como equivocadamente alguns a definem. O que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes. A responsabilidade contratual surge quando uma delas (ou ambas) descumpre esse dever, gerando o dever de indenizar.

De toda sorte, nessa espécie de responsabilidade, o credor somente está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. Não há, portanto, necessidade de provar a culpa, bastando o descumprimento do contrato para configurar o dano e o conseqüente dever de indenizar, exceto no caso de ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Ato ilícito

Para melhor entendimento da matéria, mostra-se importante conceituar ato ilícito, visto ser este o fato gerador da responsabilidade civil.

Segundo Tartuce (2011), o ato ilícito é a conduta humana que é praticada em desacordo com a ordem jurídica, ferindo direitos subjetivos privados e causando danos a outrem, pela infração de um dever, ocasionando a imputação de um resultado.

A base jurídica do ato ilícito está no art. 186 do Código Civil, segundo o qual “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Conforme Lisboa (2012), ato ilícito e responsabilidade não se confundem, pois, a conduta desconforme ao ordenamento jurídico (ato ilícito) é diferente do dever de reparação do dano causado (responsabilidade). Pois, nem sempre o ilícito levará à responsabilização, como nos casos de responsabilidade subjetiva, em que a culpa é pressuposto necessário à responsabilização pelo dano decorrente do ato ilícito. Dessa forma, mesmo que haja o ilícito, se não houver a culpa, não haverá o dever de indenizar.

Na mesma senda, ressalta Cavalieri Filho (2010) que todas as definições comumente dadas ao ato ilícito, ligam o seu conceito ao de culpa. Contudo, questiona o insigne mestre, tais definições não se ajustam ao ilícito na responsabilidade objetiva, na qual não se cogita culpa.

Entende o notável civilista que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude: no aspecto objetivo, pelo qual, considera-se apenas a conduta; e no aspecto subjetivo, em que, além da conduta, considera-se também a culpa. Portanto, o ato ilícito pode ser avaliado por dois aspectos jurídicos: a antijuridicidade do ato e a antijuridicidade da vontade do agente.

Pelo exposto, conclui-se que a interpretação que é dada à definição de ato ilícito constante do art. 186 do Código Civil é a de ato ilícito na teoria da responsabilidade subjetiva, e não de ato ilícito em sentido amplo. Isso porque, o ato ilícito, em sentido amplo, compreende duas ideias: a do ilícito pela conduta e a do ilícito pelo resultado. E, conforme foi elucidado, o referido dispositivo legal preocupa-se com a ilicitude pela conduta.

3.2 A culpa

A conduta humana geradora do ato ilícito pode ser caracterizada por uma ação ou omissão, podendo ser tanto voluntária quanto por negligência, imprudência ou imperícia.

Para que seja configurada a omissão, primeiramente, é necessário que exista um dever de praticar o ato. E o dano deve se dar em decorrência da ausência do referido ato, ou seja, aquele ato omitido deve ser capaz de evitar o dano.

Outro elemento a ser considerado é a culpa, a qual pode ser em sentido amplo (*latu sensu*) ou em sentido estrito (*strictu sensu*). A culpa em sentido amplo engloba o dolo e a culpa estrita.

O dolo refere-se à conduta constituída na intenção de prejudicar outrem.

Mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, mostra-se importante a verificação do dano, pois, consoante o princípio da reparação integral dos danos, decorrente do art. 944 do Código Civil e art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, constata-se o dolo para fins de fixação da indenização, a qual não deve sofrer qualquer redução em caso de este ficar configurado

Por outro lado, quando a vítima tiver concorrido para o dano, deverá a sua culpa ser confrontada com o dolo do agente causador e a indenização ser proporcionalmente ajustada.

A culpa estrita configura-se pela ausência da intenção de violação do dever jurídico, ou seja, o agente quer o a conduta, mas não o resultado.

A culpa estrita pode ser descrita das seguintes formas: a) conduta involuntária com resultado voluntário; b) previsão ou previsibilidade e c) falta de cuidado, cautela, diligência e atenção.

Ressalte-se que, dentro da responsabilidade objetiva, para fins de imputação da responsabilidade, não importa se houve dolo ou culpa, sendo que sua importância está apenas no âmbito da fixação do quantum da indenização.

Todavia, os critérios para a fixação da indenização são diferentes, eis que os arts. 944 e 945 da atual codificação trazem a chamada redução equitativa da indenização ou por equidade, consagrando a teoria da causalidade adequada, já prevista no Direito Penal, mas que ganha nova feição de Direito Privado pelo que consta da atual codificação (TARTUCE, 2011, p. 369).

Dessa forma, a culpa deve ser analisada sob os aspectos concreto e abstrato. Além de averiguar a culpa em relação à conduta do agente dentro do caso concreto, deve-se considerar a questão levando-se em conta o homem médio, para que seja aferido o quantum da indenização de forma justa. Para o aplicador do direito, a responsabilidade civil deve ser analisada conforme o grau da culpa, com supedâneo no art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Na culpa lata ou grave, há uma imprudência ou negligência crassa, de tal forma que se equipara ao dolo, e dessa forma demandará o pagamento integral da indenização.

Na culpa leve ou média, não há a conduta esperada, tendo como parâmetro a pessoa comum.

Na culpa levíssima, diferentemente da média, o fato somente seria evitado com a aplicação de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade, conforme preleciona Tartuce (2011, p. 373). Nesse caso, a indenização a ser paga deverá ser ainda mais reduzida.

3.3 O nexo de causalidade

Dentre as teorias justificadoras do nexo de causalidade, a doutrina destaca as duas mais importantes:

a) Teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes. Tal teoria não faz diferença entre causa e condição, todos os fatos relativos ao evento danoso têm o mesmo valor e a mesma relevância, todas se equivalem para gerar a responsabilidade civil. Considera-se, dessa forma, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições (*conditio sine qua non*). Segundo a elucidativa lição de Cavalieri Filho (2010, p. 48).

Para se saber se uma determina condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito.

Critica-se essa teoria por ampliar infinitamente o nexo de causalidade.

b) Teoria da causalidade adequada. Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição. Dentre as diversas condições que concorreram para o resultado, causa será apenas aquela que, de forma potencial, relevante e adequada, gerou o evento dano. Somente a causa necessária para o evento danoso gera a responsabilidade civil.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, é que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual devem ser considerados os fatos e condições que concorreram para o evento danoso, selecionando aqueles que contribuíram de forma necessária e determinante para a ocorrência do prejuízo (EDcl no AgRg no AREsp 790.643/DF).

Destaca-se a lição do doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.49):

Esta teoria, elaborada por Von Kries, é que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento.

O nobre civilista esclarece o conceito citando o elucidativo exemplo de Antunes Varela:

Não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição sine qua non do prejuízo. É preciso, ainda que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada ao dano. Assim, prossegue o festejado autor, se alguém retém ilícitamente uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente no aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano corrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito. (Cavalieri Filho, 2010, p. 49).

Outrossim, para análise da delimitação da obrigação de indenizar, deve-se observar as circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano. Trata-se das denominadas concausas. Novamente, segundo Carvalho Filho (2010, p. 60):

Concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro rio maior, aumentando-lhe o caudal.

Tanto as concausas preexistentes à conduta do agente, quanto aquelas concomitantes ou supervenientes, não eliminam a responsabilidade do agente, embora tenham contribuído para o agravamento do resultado.

O supedâneo legal encontra-se no art. 403 do Código Civil, segundo o qual “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. A doutrina é pacífica quanto a aplicabilidade do referido dispositivo tanto nas responsabilidades contratuais quanto nas extracontratuais.

A expressão direto e imediato, extraída do artigo supracitado, significa que deverá haver um nexo causal necessário entre o dano e a conduta para que haja o dever de indenizar. Dessa forma, se um evento isoladamente não é capaz de produzir o resultado (dano), trata-se apenas de concausa, não havendo assim a responsabilização do agente causador.

[...] Pode-se considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no art. 403 do CC/2002 brasileiro, autodenominando-se ora de teoria da interrupção do nexo causal (STF), ora de teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil (TEPEDINO, 2006).

Ainda segundo lição de Tepedino (2006), havendo pluralidade de causas, há de se investigar se estas se encadeiam de forma sucessiva ou concomitante. Nas causas sucessivas, haverá uma diretamente responsável pelo evento danoso e as demais serão responsáveis indiretas. Assim será considerado o nexo causal apenas em relação à causa direta. Já nas concomitantes, todas serão igualmente responsáveis pelo dano, de forma concorrente, sendo todas consideradas para tal desígnio.

Se, num caso hipotético, a conduta de um agente leve uma pessoa a um estado grave (por acidente, lesão, etc), a qual evolui a óbito ante o agravamento por problemas prévios de saúde (causa preexistente), a responsabilidade do agente causador do dano não será afastada.

De mesma forma, se a vítima de uma lesão vai a óbito porque não foi socorrida a tempo (causa superveniente), a responsabilidade do agente causador da lesão será mantida, embora o retardamento da prestação da assistência médica tenha contribuído para a morte da vítima.

De outro lado, na situação descrita acima, se a vítima veio a óbito única e exclusivamente porque não recebeu a tempo o socorro médico, ou seja, se tivesse recebido assistência no tempo devido teria se salvado, ou seja, o dano resultou exclusivamente da causa superveniente, então rompe-se o nexo causa com a conduta primária e a responsabilidade do agente causador da lesão.

3.4 Dano

O dano, além de um fato constitutivo, é um fato determinante da responsabilidade civil. Tanto é assim que, sem dano, não há o dever de reparar, ou seja, para que haja pagamento da indenização é necessário que seja comprovada a ocorrência do dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Modernamente, reconhece-se os danos morais, patrimoniais, estéticos e existe, ainda, a previsão doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade pelo dano decorrente da perda de uma chance, o qual será devidamente tratada em capítulo próprio deste trabalho.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É necessário abordar o tema responsabilidade civil da Administração Pública para que se possa adentrar na responsabilidade do médico originada de prestação de serviço pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a qual deve ser tratada no plano da responsabilidade extracontratual.

Em conformidade com a regra geral da responsabilidade civil, a responsabilidade da Administração Pública deve observar os seguintes elementos: conduta lesiva por ação ou omissão, dano moral ou patrimonial e nexo de causalidade.

Conforme amplamente conceituado pela doutrina, a responsabilidade civil da Administração Pública é decorrente da conduta de seus agentes públicos, que atuam em seu nome, conforme será explicitado ao longo deste trabalho.

4.1 Evolução histórica

Nos regimes absolutistas e despóticos prevalecia o princípio da não responsabilização do Estado ante os atos de seus agentes.

[...] não era possível ao Estado, literalmente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não cometia erros, tese consubstanciada na parêmia “the king can do no wrong”, conforme os ingleses, ou “ler oi ne peut mal faire”, segundo os franceses. (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 848).

Por essa razão, os administrados poderiam intentar ação indenizatória somente em face dos agentes públicos. Segundo o mestre Cavalieri Filho (2010, p. 239), a teoria da irresponsabilidade era a própria negação do Estado de Direito, visto que o Estado não se submetia à lei.

Superada essa fase de irresponsabilidade do Estado, a Administração Pública, sob a influência do liberalismo, passou a responder com a culpa comum do indivíduo. O insigne civilista Cavalieri Filho (2010, p. 239) salienta que a responsabilização do Poder Público mostrou-se corolário de sua submissão ao Estado de Direito. Dessa forma, assim como ocorre com os particulares “[...] somente existia a obrigação de indenizar quando estes, os agentes, tivessem agido com culpa ou dolo, cabendo evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 849).

Ensina o mestre Cavalieri Filho (2010) que a responsabilidade do Estado passou a ser reconhecida pelos Estados Unidos em 1946, através do Federal Tort Claims Act, e pela Inglaterra em 1947, pelo Crown Proceeding Act, surgidas com base no célebre caso Blanco, ocorrido na França, no ano de 1873. Assim, a responsabilidade do Estado passou a ser fundada na culpa do funcionário

Após, num estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a moderna responsabilidade objetiva do Estado, configurou-se a teoria da culpa administrativa. Nesta fase, constatou-se que o Estado não é representado por seus agentes, mas apenas age através deles, por meio dos órgãos em que atuam (CAVALIEIRI FILHO, 2010).

Tal como o ser humano, o Estado é dotado de órgãos de comando (políticos) que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes humanos que neles atuam, mas sim do próprio Estado (CAVALIEIRI FILHO, 2010, p. 240).

Assim, o dano causado ao particular passou a ser imputado à pessoa jurídica da qual o agente causador do dano faz parte.

Com base em tais princípios, evoluiu-se da culpa individual para culpa anônima ou impessoal. Conforme preleciona Alexandrino e Paulo (2016), por essa teoria, deverá ser comprovada a chamada falta de serviço, que é a irregularidade no exercício da atividade administrativa pela inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço. Caberá sempre ao particular prejudicado comprovar sua ocorrência para que haja a responsabilização da Administração Pública.

Dessa forma, torna-se dispensável a comprovação de que o agente público tenha agido com culpa, sendo a culpa do serviço diluída na organização pública. Outrossim, segundo Cavalieri Filho (2010), pela teoria da responsabilidade pela falta de serviço, admite-se a presunção de culpa da Administração Pública, em face da extrema dificuldade de se demonstrar que o serviço foi operado abaixo dos padrões devidos.

Hodiernamente, a responsabilidade do Estado configura-se pela teoria do risco administrativo, segundo a qual não é necessária a comprovação de qualquer tipo de culpa do Estado pelo particular.

A Administração é que, na sua defesa, poderá, se for o caso, visando a afastar ou a atenuar a sua responsabilidade, comprovar – e o ônus da prova é dela – a ocorrência de alguma das chamadas excludentes. Embora haja divergência na doutrina, são usualmente aceitos como excludentes a culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito (alguns falam ainda em “culpa de terceiros”). Caso a administração pública demonstre que houve culpa recíproca – isto é, dela e do particular, concomitantemente –, sua obrigação de indenizar será proporcionalmente atenuada. (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 850).

Em apertada síntese, pode-se concluir que haverá responsabilidade do Estado sempre que houver um dano causado a terceiro por um agente no exercício da função pública.

Segundo Alexandrino e Paulo (2016), a *ratio legis* da responsabilidade objetiva do Estado é que os riscos decorrentes da atividade pública devem ser suportados por toda sociedade, não sendo justo que apenas alguns indivíduos suportem os prejuízos provenientes de tais atividades. Dessa forma, a teoria do risco administrativo foi desenvolvida com vistas a repartir com toda a sociedade o ônus da atividade pública, já que esta beneficia a todos.

Ademais, as prerrogativas da Administração Pública colocam o particular numa situação jurídica de hipossuficiência face ao Estado. Dessa forma, a responsabilidade objetiva, por meio da ausência do ônus ao particular de comprovar a culpa do Estado, tem por escopo equalizar essa relação.

A responsabilidade objetiva do Estado na modalidade risco administrativo está prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, segundo o qual “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Outrossim, é reforçada pelo Código Civil em seu artigo 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Cumpre esclarecer que a jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que nos casos de responsabilidade administrativa por omissão, aplica-se a teoria da culpa administrativa, aplicando-se, portanto, a modalidade subjetiva de responsabilidade, pela qual deve comprovar a falta da prestação do serviço pela Administração Pública.

Essa modalidade de responsabilidade extracontratual do Estado usualmente se relaciona a situações em que há dano a um particular em decorrência de atos de terceiros (por exemplo, delinquentes ou multidões) ou de fenômenos da natureza (por exemplo, uma enchente ou vendaval) – inclusive os que forem classificados como eventos de força maior. Caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal, ordinária, regular da Administração Pública teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 858).

Dessa forma, os entes públicos que prestam diretamente o serviço público de saúde e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, remuneradas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

4.2 O Código de Defesa do Consumidor e a prestação pública do serviço de saúde

Não obstante o explicitado sobre a responsabilidade objetiva da Administração Pública, nos casos envolvendo o serviço médico no âmbito do sistema público de saúde, observa-se na doutrina e na jurisprudência uma aparente antinomia de normas em relação a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, prevista para o serviço público, ou da responsabilidade subjetiva, a qual estão sujeitos os profissionais médicos.

Tal confronto de normas decorre da existência de duas correntes divergentes que trata da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos, como bem explica Rizzato Nunes (apud SANTIN e SANTOS, 2015):

Uma corrente que entende que, posto o serviço público à disposição, o administrado que o recebe se confunde com a figura do consumidor. Logo, aplica-se sempre o CDC na relação que envolve prestação do serviço público. Outra que afasta a figura do consumidor quando o administrado participa da relação que envolve o serviço público como contribuinte. Isto é, o serviço está a sua disposição pela relação de justiça distributiva que o apanha na condição de contribuinte, no sentido fiscal, da pessoa que é cadastrada e/ou lançada a pagar impostos.

Cabe salientar que as relações jurídicas envolvendo serviços públicos são norteadas pelo direito administrativo, enquanto que as que envolvem consumo têm seu fundamento no direito do consumidor, regidas por princípios e normas divergentes.

Parte da doutrina entende que, embora o serviço público esteja submetido ao regime jurídico administrativo, nas situações em que for reconhecida a relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicado, visando assegurar os direitos dos consumidores, ainda que estes sejam usuários de serviços públicos (SANTIN e SANTOS, 2015). Por esse viés, tratando-se de serviço médico, há o entendimento jurisprudencial pela aplicabilidade da responsabilidade subjetiva, consoante a responsabilidade deste profissional dentro do Código de Defesa do Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ÓBITO DE PACIENTE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. (...) 3. A Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa dos agentes do Poder Público para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. 4. Não obstante isso, a fim de imputar a responsabilidade ao Município demandado, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu a demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, ao qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ. 5. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 6. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 7. Não assiste razão à parte autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento ao de cujos, bem como não foi provado o nexo de causalidade entre o óbito da vítima e o atendimento prestado junto ao nosocômio de responsabilidade do demandado. (...) Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70067977215, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/06/2016).

Corroborando a tese, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6.º, X, assegurou, como direito básico do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

É importante esclarecer que o serviço de saúde pode ser prestado tanto pela iniciativa privada, quanto pela Administração Pública. Não há controvérsia quanto à aplicabilidade do código de defesa do consumidor na prestação de serviço de saúde pelas pessoas jurídicas de direito privado sem relação com o poder público – SUS.

Por outro lado, há a corrente doutrinária que entende que, em se tratando de serviço público saúde, deverá ser observada a responsabilidade objetiva pelo risco administrativo.

Para ilustrar tal posicionamento, colaciona-se os comentários da obra que se segue:

Outra questão é a do médico na qualidade de funcionário público, onde a responsabilidade se dará na forma do art. 37, §6º, da CF/88, ou seja, responsabilidade objetiva do Estado, de reparar o dano causado ao paciente. Salienta-se que, apesar de existir um contrato de relação de consumo entre o paciente e o hospital público, não será cabível ao Estado arguir ilegitimidade utilizando-se do CDC, uma vez que a Constituição Federal prevalece em relação à lei específica. Cabe ao Estado o direito de regresso em face do autor do erro médico, com base no art. 37, §6º, da CF/88. (MELLO, 2012, p. 51).

E, ainda, o posicionamento jurisprudencial a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATENDIMENTO PELO SUS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LAPAROTOMIA EXPLORADORA. FALHA DO SERVIÇO MÉDICO PRESTADO NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Tratando-se de fato danoso atribuível ao hospital demandado por conduta de seus agentes, no caso, o médico que prestou o atendimento, incide o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilidade civil objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo, tendo em vista que o atendimento prestado foi pelo SUS. Ressalvado, porém, o entendimento pessoal do Relator quanto à ilegitimidade passiva do profissional da medicina que atuou no atendimento médico, por meio do SUS, ante o resultado da demanda e o posicionamento divergente na Câmara. (...) Não demonstrada falha no atendimento médico, e, por conseguinte, nexo causal entre o alegado dano e a conduta do profissional de medicina que atendeu a autora no hospital demandado, não há, pois, como vingar a pretensão da autora. Pretensão julgada improcedente. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069799021, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/08/2016).

Por fim, embora haja ainda grande dissonância sobre o tema na doutrina e na jurisprudência, o serviço público de saúde deve ser prestado de forma adequada e eficiente com base não só nos princípios constitucionais e administrativos, como também nos princípios do Código de Defesa do Consumidor.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Não obstante a regra da responsabilidade consumerista seja não admitir nenhuma discussão acerca da culpa do fornecedor, a responsabilidade pelo fato do serviço prestado pelo profissional liberal somente será configurada mediante a comprovação da culpa. A razão de o legislador ter excepcionado a responsabilidade objetiva, em se tratando de profissionais liberais, segundo alguns doutrinadores, se deve ao fato de o profissional liberal prestar obrigação de meio e não de resultado (KHOURI, 2013).

Destarte, segundo ensinamentos de Neves e Tartuce (2014), o Código de Defesa do Consumidor, ao adotar a premissa geral de responsabilidade objetiva, quebrou a regra da responsabilidade subjetiva prevista pelo Código Civil de 2002. Contudo, a regra da responsabilidade objetiva do código consumerista é quebrada em relação aos profissionais liberais que prestam serviço, cuja responsabilidade passa a ser subjetiva, por força do art. 14, § 4º, da Lei n. 8.078/1990.

Desse modo, a responsabilidade civil dos profissionais médicos, em relação às obrigações de meio, que é o objeto de nosso estudo, somente existe no âmbito consumerista se provada a sua culpa. A responsabilidade subjetiva dos profissionais de saúde é prevista, ainda, no art. 951 do Código Civil, *in verbis*:

O disposto nos arts. 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.

Nesse diapasão, a distinção entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado tem por escopo definir as hipóteses de responsabilidade subjetiva do profissional liberal (art. 14, § 4.º).

Pela obrigação de meio, o devedor tem de realizar todos os atos possíveis para se atingir o resultado esperado pelo credor, porém não se encontra submetido a obter sucesso em sua atividade. Basta que venha a agir com a cautela devida, conforme um juízo de razoabilidade concretamente aferido. (LISBOA, 2012).

Assim, por tratar-se de obrigação de meio, a responsabilidade médica por erro de diagnóstico enquadra-se como subjetiva, visto que o profissional não tem o dever de obter êxito na correta identificação da doença, mas, apenas de agir em conformidade com a técnica prescrita pela ciência com as devidas cautelas.

5.1 Responsabilidade civil nas relações de consumo de médicos e hospitais

Conforme o ilustre jurista Cavalieri Filho (2010, p. 385), a responsabilidade médico/hospitalar deve ser analisada por dois ângulos: a responsabilidade do médico profissional liberal e a responsabilidade médica dentro do âmbito dos hospitais.

A responsabilidade médica pode ser tanto contratual quanto extracontratual. A contratual deriva do contrato estabelecido entre médico e paciente, a maioria das vezes de forma tácita, dentro do âmbito da medicina privada, isto é, quando o profissional é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente. A extracontratual ocorre nas relações entre o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nesses casos, existem dois negócios jurídicos: um entre o médico e a empresa ou o hospital público, e outro entre o paciente e a empresa ou a instituição pública.

Deve-se ainda observar se a obrigação é de meio ou de resultado. Nesta, a não-obtenção do resultado prometido basta para caracterizar o descumprimento do contrato, sendo o caso fortuito ou a força maior excludente da responsabilidade. Naquela, o paciente lesado deverá provar a conduta ilícita, ou seja, que o médico agiu com negligência, imperícia ou imprudência na execução do contrato.

Observa-se que, tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual derivada de uma obrigação de meio, deve ser provada a culpa do médico para que haja sua responsabilização.

A relação médico-paciente contratual é regulada pelo código de defesa do consumidor, tanto nos casos de prestação do serviço por contrato privado entre o profissional e o cliente, como nos casos de relação médico-paciente permeada por plano de saúde. Por essa razão, é importante delinear, em linhas gerais, a responsabilidade civil no código do consumidor, mormente na modalidade prestação de serviço do profissional médico.

A inserção da responsabilidade civil no código de defesa do consumidor do profissional médico encontra-se sedimentada pela jurisprudência pátria, conforme excerto a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. DIAGNÓSTICO. FALHA DE SERVIÇO. DANO MORAL. A prestação de serviços relacionados à saúde possui riscos inerentes, que não podem ser atribuídos integralmente aos médicos e hospitais. Necessária a presença de culpa do profissional ou falha no serviço prestado pelo fornecedor. Incidência do art. 14, § 4º, do CDC. O diagnóstico preciso e imediato em inúmeras situações não pode ser exigido. No caso, o hospital concedeu o tratamento necessário, sem falha de serviço ou erro médico. Sentença de improcedência. (Apelação Cível Nº 70069506327, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 01/09/2016.

Em suma, a responsabilidade civil do profissional médico decorre da prática de ato médico com inobservância de um dever médico, decorrente de culpa e causador de um dano injusto, tanto patrimonial como extrapatrimonial.

5.2 A responsabilidade civil nas relações de consumo em relação aos serviços médicos

A responsabilidade civil dos profissionais médicos, conforme já mencionado, em relação às obrigações de meio, que é o objeto deste estudo, somente existe no âmbito consumerista se provada a sua culpa (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). Já a atividade-meio, acima referida, diz respeito à não obrigatoriedade de promover a cura, o que justifica, por essa razão, a necessidade de se comprovar a culpa do profissional que não agiu com perícia, prudência e negligência devidas ao prestar o serviço médico.

Dessa forma, a responsabilidade médica não decorre de mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, devendo ser apurada mediante a verificação de culpa. Em brilhante conclusão do doutrinador Cavalieri Filho (2909, p. 386):

Diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabi dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa.

Outrossim, a responsabilidade subjetiva dos profissionais de saúde também é prevista no art. 951 do Código Civil. Dessa forma, tanto o CDC quanto o Código Civil atribuem ao médico, ao atuar na qualidade de profissional liberal, a responsabilidade subjetiva mediante a comprovação de culpa.

Vale colacionar a preciosa lição do excerto do acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A responsabilidade do médico, como regra geral, exige a prova da culpa, a teor do art. 951 do CC e art. 14, § 4º, do CDC.

Em geral, existe relação contratual entre as partes, médico e paciente. O médico deve tratar do paciente com zelo e utilizar as técnicas e recursos adequados. Neste caso, a obrigação é de meio, não podendo ser exigida a cura.

Merece ser levada em conta a incerteza da “arte médica”, como referido por Carlos Roberto Gonçalves (Direito das Obrigações, volume 6, tomo II, 3ª edição, Editora Saraiva, sinopses jurídicas, p. 131). Isso porque a ciência médica, apesar de seus avanços, não desvendou todos os mistérios para a cura das moléstias sofridas pelo ser humano.

Na verdade, o ser vivo está sujeito a inúmeros fatores, que são desconhecidos ainda pela ciência. O comportamento da fisiologia, a resposta ao tratamento, não é totalmente previsível. Cada ser humano apresenta circunstâncias próprias, as quais não são integralmente conhecidas da ciência, mas possuem influência no resultado do tratamento médico.

A evolução do quadro clínico do paciente, a partir da intervenção médica, não obedece sempre a uma fórmula preestabelecida, nem é sempre igual. O organismo pode reagir de forma inesperada, negativa ou adversa, comprometendo o resultado esperado. Na verdade, o elemento imprevisível ou desconhecido é uma realidade no momento atual. (Apelação Cível Nº 70069506327, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 01/09/2016.

O renomado Cavalieri Filho (2010, p. 387), sob a inspiração de Carvalho Santos, esclarece que não se deve confundir erro profissional e culpa. O erro profissional é escusável e ocorre quando decorre da falibilidade humana do homem normal, mostrando-se, no caso concreto, invencível à mediana cultura médica. Já a culpa é proveniente da falta de diligência ou de prudência que se espera de um bom profissional padrão.

5.3 A responsabilidade civil nas relações de consumo em relação aos serviços médicos dentro de hospitais

Para análise da atividade médico-hospitalar, mostra-se necessária que a responsabilidade seja dissociada quanto aos médicos e quanto aos hospitais, com o escopo de se averiguar a questão da culpa e do risco para se definir a obrigação de indenizar.

A natureza da responsabilidade civil dos hospitais depende da natureza do serviço prestado. Se o dano é decorrente da prestação de serviços do hospital, como internação, manutenção da aparelhagem, serviços auxiliares de enfermagem, radiologia, etc. a responsabilidade será objetiva, consoante o art. 14 do CDC. Em relação aos serviços prestados por médicos, dentro do ambiente hospitalar, a responsabilidade do nosocômio será subjetiva, obedecendo a regra do art. 14, §4º, do CDC. (Cavalieri Filho, 2010, p. 400).

Eis a ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça que firmou tal tese:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.) . 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrematado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (Relator Ministro Fernando Gonçalves, Recurso Especial nº. 258.389/SP, publicado em 22/08/2005).

Contudo, tal posicionamento é criticado por Cavalieri Filho (2010, p. 402), sob o argumento de que a responsabilidade subjetiva prevista no art. 14, §4º, do CDC contempla apenas a responsabilidade pessoal do profissional liberal, ou seja, somente deverá ser aplicada naqueles casos em que não existe qualquer vínculo empregatício ou de preposição com hospitais.

Insta salientar que, conforme se pode observar da jurisprudência moderna, estando o médico no polo passivo da ação, na qualidade de litisconsórcio, entende a jurisprudência que deve ser comprovada a culpa por imperícia, imprudência ou negligência, através de prova pericial.

Não obstante a controvérsia acerca desse tema, os Tribunais têm se orientado no sentido de que, embora a responsabilidade do hospital seja objetiva, a culpa deve ser comprovada nos casos que envolvam erro médico.

Consoante esclarecimentos de Nunes (2010, p. 267), a responsabilidade pelo fato do serviço imputável ao profissional liberal, impõe ao serviço prestado por médico a apuração da culpa, por expressa disposição do § 4º do art. 14 do CDC. Neste viés, não se mostra cabível o reconhecimento da responsabilidade objetiva de hospital por fato do serviço prestado, posto que, ainda que o responsável indireto fosse o hospital, o serviço oferecido foi o do médico.

Dessa forma, tem por estendida para o hospital o benefício assegurado unicamente ao profissional liberal, mesmo nos casos em que o médico não é parte na causa, minimizando, com isso, a amplitude da Teoria do Risco do Negócio adotada pelo CDC e à qual está submetido o hospital, quando na qualidade de fornecedor de serviços.

Nesse sentido tem se manifestado reiteradamente a jurisprudência pátria.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS. FIBROPLASIA RETROENTICULAR, QUE OCASIONOU PERDA DA VISÃO AO PACIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO POR ALEGADO ERRO CULPÁVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL DA MEDICINA E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O ATO COMISSIVO OU OMISSIVO. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.

1. (...) 2. A obrigação do médico, em regra, é de meio, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos de que dispõe - elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. 4. "O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor". (REsp 1.216.424/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011) 5. (...) 6. Recurso especial não provido. (REsp 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 27/08/2012)

A lição de Khouri (2013, p. 204) desobscurece com maestria a questão:

Nenhum paciente contrata, com o médico ou com o hospital, o sucesso da cirurgia. O que é colocado à disposição do paciente são os serviços do hospital. O risco quanto ao sucesso do procedimento médico pertence ao paciente, que só pode acionar o médico, não pelo insucesso em si, mas por qualquer dano que lhe tenha sido causado no procedimento cirúrgico por imprudência, negligência ou imperícia daquele profissional. Ora, e o hospital, ao ser demandado, só terá como defesa, como é praxe na responsabilidade objetiva, demonstrar a culpa exclusiva do paciente, ou que não prestou o serviço? Em outras palavras, terá também como defesa a ausência de nexo de causalidade? Naturalmente, a defesa do hospital, ainda que o magistrado inverta o ônus da prova (como é comum nessas situações), por conta da natureza do serviço prestado, forçosamente se fundará na ausência de culpa dos profissionais liberais médicos que atenderam o paciente. Isso porque, se os profissionais médicos não falharam ou não agiram com culpa, onde está o defeito na prestação do serviço? Ou, ainda, por que o hospital seria obrigado a indenizar? Caso contrário, por qualquer morte ou dano que ocorresse em uma mesa de cirurgia, o hospital seria obrigado a indenizar, mesmo que tal não decorresse de erro médico.

Esclarece, ainda, o jurista Khouri (2013) que a responsabilidade do hospital por erro médico, na realidade, não é objetiva, mas sim por culpa presumida. Tal espécie de responsabilidade está prevista no art. 932, III, do Código Civil, por meio da qual o empregador – hospital – responde pelo ato de seus empregados – médicos, no exercício do trabalho que lhes competir. Em suma, havendo o dano causado culposamente pelo empregado, o empregador responde de qualquer forma perante o terceiro. Isso porque, a culpa presumida consiste em não se ilidir a presunção de culpa do empregador pela demonstração que não procedeu com culpa *in eligendo* ao escolher os profissionais que atuam no estabelecimento.

Por outro lado, se for demonstrado que o dano não decorreu de culpa do médico, isenta-se a responsabilidade do hospital. Em síntese, respondendo o médico, de regra, subjetivamente pelos danos causados, não há como a entidade hospitalar assumir a responsabilidade pelos mesmos atos de forma objetiva.

6 ERRO MÉDICO

6.1 Responsabilidade médica no código de ética médica

Para apurar de forma técnica e adequada a responsabilidade médica por erro de diagnóstico, mostra-se imprescindível distinguir o erro médico da má prática. A definição de tais conceitos permite a distinção entre insucessos, que são fruto da impotência humana, e erros que são da responsabilidade do médico. Outrossim, cumpre diferenciar o erro sem culpa do erro culposo.

O reconhecimento da responsabilidade médica como sendo subjetiva, ou seja, decorrente de comprovação da culpa, é o reconhecimento de que, na área médica, não se pode garantir cura ou resultados específicos para ninguém. O código de ética seu capítulo sobre Responsabilidade Profissional, diz que “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida” (art. 1º, parágrafo único).

O Código de Ética Médica, instituído pela Resolução CFM nº 1931/2009, estabelece como um de seus princípios fundamentais em seu inciso XIX que “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”.

Outrossim, em seu capítulo sobre responsabilidade profissional, veda 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.

Art. 2º - Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º - Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º - Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º - Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Faz-se mister esclarecer que o diagnóstico é ato médico por excelência, não sendo passível de delegação a terceiro, e, portanto, é de responsabilidade do médico.

A responsabilidade somente deve ser imputada quando, dentro do âmbito de atuação do médico, haja condições deste de exercer um certo domínio sobre o resultado da prática médica. Isso porque, não raro, os insucessos podem ser fruto da impotência humana diante de fenômenos naturais. Por outro lado, os erros são de responsabilidade do médico quando, em circunstâncias concretas diferentes, puderem ser evitados. Destarte, o fato do médico ser responsável pelos seus atos não significa que ele é, necessariamente, culpado se um determinado procedimento não der certo (MARTIN, 1994).

O código de ética prescreve como direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente. É importante observar que o tratamento ao qual o paciente é submetido pode resultar em agravamento ao estado de saúde do paciente ou retirar-lhe as chances de cura. O médico é responsável pelo tratamento indicado ao paciente, contudo, se o fizer observando as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país, não há que se falar em culpa do agente.

É interessante observar que, nos Estados Unidos, o Comitê para Problemas Médico-Legais da Associação Médica Americana, para caracterizar as práticas médicas como aceitáveis, utiliza como critério que o médico possua a habilidade e a prática comumente demonstradas por outros médicos, e se for especialista, deve possuir os padrões técnicos de sua especialidade (MARTIN, 1994).

Dessa forma, é importante distinguir entre uma falha humana, que ocorre apesar dos cuidados normais de um profissional, que empregou todos os recursos disponíveis sem obter o sucesso pretendido, do erro médico, causado por um profissional que procedeu com negligência, imperícia ou imprudência.

6.2 Culpa médica

Erro médico é a atuação culposa capaz de provocar dano ao paciente pela conduta profissional inadequada decorrente da inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por uma conduta negligente, imprudente ou imperita, em desrespeito ao dever de dispensar cuidados conscienciosos em favor dos pacientes.

O erro de diagnóstico não é culpável, desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência, imprudência ou imperícia. Assim, será culpável se, dentre outras hipóteses, o médico não examinar seu paciente ou não seguir as regras e técnicas atuais e disponíveis; não considerar as análises e resultados durante a elaboração do diagnóstico, valendo-se do chamado "olho clínico", ou que tenha optado por uma hipótese remota ou absurda (GOMES; FRANÇA, 1998).

Há erros evitáveis, que são os que não ocorreriam se precauções tivessem sido corretamente tomadas pelo profissional. Já os erros não evitáveis resultam da própria limitação da medicina: doenças não catalogadas, doenças de causas desconhecidas e insuficiência dos meios tecnológicos. Assim, a culpa decorre apenas dos erros evitáveis.

Para melhor compreensão dos fatores que configuram a culpa, cumpre analisar os aspectos da imperícia, negligência e imprudência.

A imperícia consiste em uma ação desidiosa e dever ser analisada sob dois primas.

O primeiro refere-se a pessoas não habilitadas para exercer a medicina, o que é vedado pelo código de ética, que não permite ao médico delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

O segundo trata da imperícia do próprio médico, que não age em consonância com o seu preparo prático e os conhecimentos científicos e técnicos adquiridos para o exercício da profissão. É parte da formação do médico, outrossim, a atualização com os avanços da profissão, conforme determina o Código de Ética Médica em seus princípios fundamentais, no seu inciso V “ Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”.

O médico deve possuir a habilidade e o conhecimento comumente possuídos e demonstrados por outros médicos e, se for especialista, deve possuir os padrões técnicos de sua especialidade. A ausência de, pelo menos, este nível de competência pode caracterizar imperícia. (MARTIN, 1994).

Em suma, o que se deve verificar é se o médico atuou com falta de conhecimento e habilidades exigidos para o que ordinariamente se sabe na profissão, ou seja, se poderia ter evitado o dano caso não lhe faltasse o mínimo conhecimento para exercer suas atividades, (GOMES; FRANÇA, 1998).

A imprudência ocorre nas situações em que o médico age sem a devida cautela, expondo o paciente a danos que podem ser evitados com as devidos cuidados em sua conduta. E a negligência, normalmente, trata de um ato omissivo. Caracteriza-se pela falta de observação dos deveres que as circunstâncias exigem, podendo ser fruto de desinteresse do profissional ou da sobrecarga de trabalho em hospitais e postos de saúde.

O código de ética estabelece que é vedado ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente. Nas situações em que o profissional não se utilizou de todos os meios disponíveis, como exames, materiais e bibliografia médica, o erro de diagnóstico configura culpa na modalidade negligência.

6.3 O erro de diagnóstico

O ato médico divide-se basicamente em três fases: anamnese, diagnóstico e tratamento. Anamnese é o procedimento através do qual o paciente presta ao médico informações sobre seu histórico pessoal e familiar de doenças, sobre seu estado de saúde, sobre a moléstia e os sintomas que lhe acometem, bem como outras informações úteis como hábitos de vida e tudo o mais que possa auxiliar no diagnóstico. “A anamnese é de grande importância, uma vez que o zelo na sua condução obviamente aumenta as chances de um diagnóstico correto” (SANTOS, 2008, p.160).

O diagnóstico é a identificação da doença que afeta o paciente, resultante da análise conjunta da anamnese, exames clínicos e laboratoriais. Para obter a certeza diagnóstica, justificam-se, na lição de Miguel Kfoury Neto (apud Bdine Júnior, 2009, p. 83.), certas 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.

No entanto, devem se levar em consideração a existência de enfermidades diversas que apresentam sintomas idênticos ou muito semelhantes. Por essa razão, nesses casos, somente será considerado erro médico de diagnóstico se for o caso de erro evidente.

O tratamento é a etapa posterior ao diagnóstico, na qual o médico utiliza distintos meios para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor, o qual pode ou não trazer os resultados esperados para a recuperação, a depender de variáveis como condições individuais de reação ao tratamento pelo organismo do paciente.

Assim, a fim de alcançar um diagnóstico correto, é dever do médico levar em conta todos os sintomas apresentados pelo paciente e ter em consideração a anamnese.

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 o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia.

Haverá culpa, portanto, se o diagnóstico houver sido feito de modo equivocado porque o médico deixou de se valer dos recursos técnicos disponíveis, isso porque o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

A aferição judicial de culpa por erro de diagnóstico é tarefa de grande dificuldade, especialmente em razão da falibilidade humana e da variação das características de cada paciente. Tal falha gera dano decorrente da eleição de tratamento incorreto, ou atraso na adoção do tratamento eficaz. (BDINE JÚNIOR, 2009, p. 83).

Contudo, conforme Bdine Júnior (2009, p. 84) nas hipóteses em que a atuação do profissional dependa de exames a serem custeados pelo sistema público de saúde, é necessário considerar, na avaliação da culpa, a precariedade dos elementos colocados à sua disposição. Nesse caso, se nessas condições materiais, com os meios de que o profissional dispunha, não se desviou crassamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa. Mas se, ao contrário, os meios materiais estavam à disposição do médico, que deles não se utilizou, haverá culpa por negligência.

Percebe-se que a questão a ser analisada pelo julgador não está adstrita ao erro de diagnóstico. Deverá ser analisada, concomitantemente, a culpa existente no procedimento adotado para realizar o diagnóstico, utilizando-se de todos os meios ao alcance para investigação da doença.

Outrossim, deve-se considerar que, muitas vezes, os sintomas não são precisos e a identificação da doença é calcada em probabilidades, por isso, entende-se que o erro de diagnóstico, por si só, não representa um ato de imperícia ou negligência. De modo geral, as incertezas da medicina tornam impreciso o diagnóstico, porém, o desenvolvimento da ciência ampliou significativamente os recursos disponíveis ao médico para atuar com maior eficácia.

Nos casos em que o diagnóstico dependa de atuação multidisciplinar, em que há sintomas relacionados a doenças ligadas a especialidades diversas, a doutrina tende a reconhecer a individualidade de cada médico, respeitando a independência de cada um deles. Assim, responde o generalista que deixa de chamar um especialista, quando as condições o recomendavam e disso havia possibilidade. Se o erro foi cometido por mais de um médico para obtenção do diagnóstico, todos responderão solidariamente pelos danos causados, conforme o parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, conforme Bdine Júnior (2009, p. 87), nos casos de doenças ignoradas ou raras, a falta de diagnóstico não representa erro médico, uma vez que será possível demonstrar a incorreção da conduta em virtude da inexistência ou da escassa literatura a respeito. Também não se considerará erro de diagnóstico aquele resultante de informação incorreta do paciente, pois, nesse caso, o dano foi provocado por negligência ou imprudência oriunda do paciente.

Não é tarefa fácil ao magistrado, na tentativa de averiguar o nexo de causalidade, observar o procedimento médico como um todo, pois nem sempre a causa que deu origem ao dano é evidente ou clara, principalmente quando envolvidos atos médicos cujos erros não sejam nítidos. Isso porque a ciência médica não conta com os benefícios da exatidão matemática, não é uma ciência exata. Esta constatação deriva da circunstância do organismo humano ainda ser, em boa parte, um mistério para a medicina, é por isso que os médicos costumam dizer que não há doenças, há doentes.

De fato, não há como fugir da verificação do estágio atual da ciência médica no momento de se apurar se existe ou não o dever de indenizar decorrente de erro médico, haja vista que o facultativo pode obter um resultado indesejado em virtude das limitações do próprio conhecimento humano (SANTOS, 2008, p.139).

Não se deve pregar a objetivação da responsabilidade médica por erro de diagnóstico, colocando-se sobre os ombros do profissional o peso da inexatidão da ciência. O que deve ser buscado é o caminho sinalizado por França (apud SANTOS, 2008, p.140): “[...] embora não haja na Medicina a exatidão fria da Matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem os danos considerados evitáveis”. O posicionamento defendido é o intermediário, ou seja, sem rigor excessivo, nem benevolência ao extremo na responsabilidade civil dos médicos. “Com a finalidade de obter-se um diagnóstico seguro, a ciência médica, por seu turno, estabelece determinadas rotinas de investigação que possibilitam, de forma considerável, reduzir o erro médico.” (CARVALHO, 2002, p.35).

Cabe citar alguns princípios gerais para a avaliação da culpa medica sugeridos pela Professora Teresa Ancona Lopes de Magalhães (apud Kfouri Neto, 2001, p. 72) mormente aqueles aplicáveis à responsabilidade por erro de diagnóstico:

Quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada a responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;
O clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;
[...]
Outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstancia que deverá ser preliminarmente avaliada e levada em consideração.

O entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência é que, a princípio, o erro de diagnóstico é escusável, e somente será indenizável se tratar-se de erro crasso. Assim, se um médico comete um erro de diagnóstico em uma situação em que outro profissional, nas mesmas condições, agindo com diligencia e cuidado, não cometeria, configura-se a culpa.

Conforme esclarece Kfouri Neto (2001, p.81), no caso de ausência de condições materiais adequadas para realização do diagnóstico, como ausência de disponibilidade de exames essenciais para análise do caso clínico, se o médico incorre em erro, porém, não se desviou da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa.

A contrário sensu, se o médico não se utilizou de todos os meios técnicos à sua disposição para apuração do diagnóstico, incorrendo, por isso, em erro ficará configurada a culpa.

Ainda, segundo esclarecedora lição de Kfouri Neto (2001, p.83), a missão do magistrado não se limita a averiguar se houve ou não erro de diagnóstico. Constatado o erro médico, deverá o julgador perquirir se o médico agiu com o cuidado exigível na conduta diagnóstica, se recorreu a todos os meios a seu alcance para a investigação da doença.

Por todo o exposto, conclui-se que o posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátrias é que, não sendo caso de erro grosseiro, havendo agido o médico consoante as regras técnicas médicas atualizadas, utilizando-se de todos os recursos a seu dispor, reconhece-se o erro de diagnóstico como escusável, afastando-se, conseqüentemente, do dever de indenizar.

7 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance, que teve origem no direito francês, na década de sessenta, é aplicável nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor para vítima, em virtude da conduta de outrem.

A perda de uma chance é tratada pela jurisprudência pátria tanto como modalidade de dano moral como de lucro cessante.

O conceito de chance refere-se à probabilidade de um resultado favorável, observada dentro de um parâmetro de razoabilidade, não bastando, para ser considerável, uma mera probabilidade aleatória. O elemento que determina a indenização deve ser a perda da oportunidade de um resultado favorável no tratamento e não pela perda da cura propriamente dita. É preciso que se trate de uma chance real de que o lesado tenha condições de concorrer à situação futura esperada, aplicando-se, dessa forma, o princípio da razoabilidade. Em suma, a vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, sob pena de se premiar o oportunismo ao invés de se reparar a oportunidade perdida. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 77).

Como exposto, essa chance deve ser séria e real. Conforme Jacques Boré:

(...) pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada. (BORÉ apud TARTUCE, 2011, p. 435).

Buscando critérios para aplicação da teoria, diversos doutrinadores entendem que a perda da chance deve ser averiguada estatisticamente, reputando-se caracterizada quando as chances de que a oportunidade ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal, forem superiores a 50% (cinquenta por cento).

Aplicada à atividade médica, a teoria aplica-se principalmente nos casos de perda de uma chance de cura ou de resultado favorável no tratamento.

Aplica-se esse princípio em ações de erro de médico, pelos prejuízos concretos de má prestação de serviços, notadamente o diagnóstico incorreto e execução inapropriada por erro de prognóstico, porque, como afirma Jurandir Sebastião, “o paciente poderá perder a chance de pronta cessação da doença ou perder a oportunidade de impedir o seu agravamento, ou de impedir o sofrimento desnecessário: ou, ainda, perda da chance de retardar a morte”. Porém, como afirmou Alsina, é mister, para que se indenize a esperança de sobrevida, que se prove que a falta de cuidados médicos excluiu uma chance efetiva de ser superada a morte, ou, como afirma Noronha, haverá de se provar a relação de causalidade entre o prejuízo (doença e sua evolução) e o ato ilícito do médico, porque a complicação natural da doença exclui o dever de indenizar. (ZULIANI, 2009, p. 293).

Em uma análise perfunctória, percebe-se a importância da existência do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. Não obstante, ao se examinar mais detidamente a questão, infere-se que o nexo causal não pode ser comprovado, haja vista não ser possível a plena certeza de que, mesmo que a conduta do médico fosse irreprovável, o desfecho seria benéfico ao paciente. Nesse caso, o nexo causal a ser observado ocorrerá entre o dano e a culpa do médico.

Em outras palavras, a ação ou omissão do médico não representa condição suficiente e necessária (teoria da causalidade adequada) para provocar o dano. O correto diagnóstico médico teria o condão de interromper o processo natural da enfermidade. Dessa forma, não tendo o médico agido com a conduta devida (imprudência, negligência ou imperícia) terá descumprido uma obrigação jurídica, em razão da qual o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Frise-se que não se pode dizer que o médico tenha causado o dano, visto que o causador direto do mesmo é a patologia que acometeu a vítima.

É o que leciona Santos (2008, p. 180):

A verdade é que, repita-se, o principal objetivo da perte d'une chance é mitigar o nexo causal enquanto pressuposto da responsabilidade civil, visto que a ideia é de punir uma conduta culposa independentemente de se conseguir provar o efetivo liame etiológico entre esta conduta e o dano experimentado.

Segundo a ilustre lição do jurista Kfoury Neto (2001, p. 59), em tese, o dano pode ser decorrente tanto da conduta do médico, quanto das condições patológicas do paciente.

Dessa forma, não sendo possível afirmar peremptoriamente que o dano se deve ao ato ou omissão do médico, inexistente a certeza de uma relação de causalidade entre a conduta e o agravamento da condição de saúde. Por essa razão, é possível apenas afirmar que a culpa do médico comprometeu a chance de cura e a integridade do paciente.

Em relação ao quantum da indenização devida, Santos (2008, p.180) esclarece que, como não é possível se constatar indubitavelmente que a conduta correta do médico teria de fato impedido a lesão, o valor indenizatório deve ser equivalente a apenas parte do prejuízo, na proporção da probabilidade de concretização da chance perdida. Trata-se, pois, de “[...] um prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria” (KFOURI NETO, 2003, p.66).

A fim de ilustrar tal teoria, Santos (2008, p. 181) exemplifica:

Assim, tome-se o exemplo de um médico negligente que deixasse de ministrar um remédio que teria 40% (quarenta por cento) de chance de evitar a morte de um paciente, segundo a literatura médica. Nesta hipótese, deveria o esculápio ser condenado a indenizar a família do falecido no valor equivalente a 40% (quarenta por cento) do que pagaria caso ficasse cabalmente demonstrado o liame etiológico.

O Tribunal de Justiça do RS fez magistral aplicação da teoria pela perda da chance de cura decorrente do erro de diagnóstico do médico que não conseguiu descobrir a tempo que vítima estava com leptospirose, sendo ministrado tratamento tardio, após o quadro ter se tornado irreversível. Havendo sido, ainda, prescritos medicamentos que não podem ser ministrados em casos de suspeita de leptospirose, o que contribui para o agravamento do estado de saúde do paciente, que evoluiu a óbito.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. LEPTOSPIROSE. ERRO DE DIAGNÓSTICO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRELIMINAR REJEITADA. (...) Na hipótese, é crível falar em perda da chance de cura da doença, tendo em vista que o tratamento adequado poderia ter evitado a fatalidade. Verifica-se, pois, que os médicos falharam no dever de cuidado objetivo, quando do diagnóstico e do tratamento dispensado ao menor, que muito jovem (13 anos) veio a falecer. Extrai-se dos elementos dos autos que houve erro médico imputável aos profissionais do nosocômio que atenderam o paciente. DANO. CONFIGURADO. O dano extrapatrimonial suportado pela autora é patente, pois em virtude do erro de diagnóstico e consequente falha do serviço foi privada do convívio com Eliventon Cezar Correa Dias. Na hipótese dos autos, vislumbra-se a presença de dano indenizável, pois a conduta lesiva atingiu os direitos de personalidade da demandante, afetando negativamente a subjetividade e a intimidade. (...) POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70067242784, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 06/05/2016).

No julgamento da apelação cível, a nona câmara cível do TJRS condenou um hospital à indenização pela perda de uma chance, em virtude de complicações decorrentes de pré-eclâmpsia, após a realização de parto de emergência, causadas pelo diagnóstico equivocado de bronquite, culminando com o óbito da vítima. Esclareceu a relatora que a indenização decorrente da aplicação da teoria da perda de uma chance visa a ressarcir os danos advindos pela perda da oportunidade de obter um tratamento adequado e a tempo de evitar o óbito ou, no mínimo, de aumentar as chances de cura, não sendo possível determinar se estas ocorreriam. Assim, ressalta a Desembargadora, o montante indenizatório deve ser mitigado porque havia tão-somente uma possibilidade de recuperação da paciente, caso realizado o adequado atendimento médico-hospitalar que seu quadro clínico demandava. Colaciona-se a ementa do referido julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ATENDIMENTO PELO SUS. GRAVIDEZ A TERMO. PRÉ-ECLÂMPسيا DIAGNOSTICADA PREVIAMENTE EM OUTRO HOSPITAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA DIAGNOSTICAR A EVOLUÇÃO DO QUADRO DA PACIENTE, QUE SE AGRAVOU E FOI A ÓBITO LOGO APÓS O PARTO. PERDA DE UMA CHANCE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. (...) Na hipótese dos autos, o conjunto probatório demonstra a falha na prestação do serviço público de saúde à filha dos primeiros demandantes e genitora do último, notadamente quanto à investigação do quadro que apresentava a paciente. Do exame das provas produzidas, é possível concluir que as queixas da paciente não foram bem avaliadas pelos profissionais que a examinaram nas três oportunidades que a paciente buscou atendimento na unidade de saúde. Não houve uma investigação completa e efetiva dos sintomas apresentados pela paciente. Caso tivesse ocorrido, o diagnóstico de pré-eclâmpسيا surgiria com maior clareza como, aliás, identificou o médico do município vizinho, desde a primeira oportunidade que atendeu a paciente. Portanto, restou configurada a falha médica atribuível ao corpo clínico do hospital demandado, que se limitou a tratar empiricamente a vítima como se estivesse com uma crise de bronquite, quando, na verdade, encontrava-se com pré-eclâmpسيا, deixando, com isso, o quadro de saúde dela se agravar, vindo a vítima a falecer, logo após o parto, por edema pulmonar, falência múltipla dos órgãos e hipertensão da gestação. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto a falha no atendimento público de saúde tolheu eventuais chances de cura ou melhora do estado de saúde da paciente. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. Inegável a ocorrência do dano moral, que é in re ipsa, porquanto decorrente do próprio fato, em virtude da falha no serviço de saúde prestado que culminou no óbito da filha e genitora dos autores. Valor da condenação fixado em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), para cada um dos genitores, e em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para o filho menor, em observância às peculiaridades do caso concreto, mitigado em razão da aplicação da teoria da perda de uma chance. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. (...) Todavia, diante do óbito da mãe, o filho menor faz jus ao pensionamento mensal como forma de compensar o prejuízo material que seria alcançado pela fale calculado à razão de 2/3 sobre 60% do valor do salário mínimo vigente à época do óbito, tendo em vista que o outro terço corresponderia aos seus gastos de ordem pessoal, considerando, ainda, a mitigação do valor em razão da perda de uma chance. (...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069802056, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 14/09/2016).

Na mesma linha, é o seguinte precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in*

verbis:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.
4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.
5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013).

Ademais, é importante ressaltar que, para o arbitramento de indenizações, devem ser consideradas as situações em que as lesões ou sequelas decorrentes de má prestação de um serviço médico ocorrem em profissionais que dependam de determinadas habilidades para o exercício de suas carreiras, como, por exemplo, a destreza das mãos para um cirurgião. Nesse contexto, a indenização deverá, além dos danos materiais, compensar a perda das reais oportunidades perdidas de se destacarem em profissões para as quais a vítima revelava excelentes aptidões. O futuro prejudicado de talentos perdidos por culpa alheia devem dessa forma, ser compensador pelo ofensor. Contudo, não se aplica tal teoria às hipóteses de meras fantasias, ideais utópicos, desenhos irrealis, porque seria mandar compensar sonhos (alguns que são, naturalmente, impossíveis), o que é inadmissível (ZULIANI, 2009).

Por todo o exposto, conclui-se que a teoria da perda de uma chance consubstancia-se numa modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final (Tartuce, 2014, p.388).

Dessa forma, o médico não responde pelo resultado decorrente do erro de diagnóstico, mas sim pela perda de uma maior chance de cura ou de sobrevivência que sua conduta causou ao paciente. Ou seja, a chance em si, desde que seja concreta e real, é considerada um bem jurídico autônomo e reparável.

Mostra-se, portanto, aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente.

8 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo o estudo sobre erro médico de diagnóstico analisado sob a ótica da responsabilidade civil. Outrossim, buscou trabalhar a questão ora suscitada por meio da reflexão sobre a atuação e limitações deste profissional em relação ao diagnóstico e à cura do paciente, face à linha tênue que separa a falibilidade humana, científica e tecnológica da negligência profissional.

Para melhor compreensão deste tema, fez-se imprescindível, antes do enfrentamento do erro médico propriamente dito e de suas particularidades, a análise da responsabilidade civil, abordando as teorias que regem a responsabilização pelo ato ilícito e as espécies nas quais a responsabilidade civil se subdivide. Também se fez necessário abordar o tema dentro do Código de Defesa do Consumidor, a fim de avaliar a aplicabilidade da legislação consumerista na relação entre os profissionais da saúde e seus pacientes - relação que, hoje, é disciplinada nos moldes do CDC.

Conclui-se que à atividade médica não se deve aplicar a teoria do risco, visto que o exercício da medicina não importa em potencial risco a terceiros, pois, as doenças, moléstias, acidentes, lesões físicas, etc., existem independentemente da existência ou não de qualquer atividade médica.

Posteriormente, foi abordada a questão do erro médico, foram delineados elementos de referência que possibilitam discernir apropriadamente onde está o erro escusável e onde se encontra o erro decorrente de culpa ou dolo, passível de responsabilização civil.

Assim, infere-se, por dedução, que as normas de direito civil, de direito do consumidor e de direito administrativo sobre responsabilidade civil não se aplicam em sua plenitude aos casos que tratam de erro médico, especialmente erro de diagnóstico. Tal conclusão é alcançada quando se analisa a questão sob o prisma da culpabilidade. Isso porque, para os referidos códigos, devem ser observados, além do dano e do nexo causal, a simples demonstração da culpa do agente (negligência, imprudência ou imperícia) e a ausência das excludentes de responsabilidade, para que se configure o dever de indenizar. Já nos casos de erro médico, não basta apurar a existência da culpa, esta deve ocorrer em concurso com o desvio aos ditames do código de ética médica, das prescrições da ciência médica e do protocolo clínico do local de atuação (quando são adotados).

Destarte, na apuração da responsabilidade médica decorrente de erro de diagnóstico, a conduta deve ser analisada segundo os protocolos e procedimentos médicos indicados para o caso, levando-se em conta a estrutura material de que dispõe o profissional para resolver o caso, o seu nível de especialização, as condições pessoais do paciente e de seu organismo, e, principalmente, a conduta que resultou no erro de diagnóstico deve ser analisada em comparação com a possível conduta de outros profissionais médicos em situação idêntica.

Por fim, abordou-se a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilização por erro médico de diagnóstico. Esclareceu-se que tal teoria se aplica aos casos em que o paciente é privado da possibilidade concreta de cura. Concluiu-se que a indenização é devida mesmo não sendo possível a comprovação cabal do nexo de causalidade entre o erro de diagnóstico e o dano final. Ou seja, a chance em si, de cura ou de sobrevivência, desde que seja concreta e real, é considerada um bem jurídico autônomo e reparável.

Feito isso, o presente estudo alcança o objetivo ao qual inicialmente se propôs: a análise do erro médico de diagnóstico, considerando os fatores humanos, científicos e materiais, a vulnerabilidade do médico a cometer erros e a necessidade da análise individual das particularidades que cada situação concreta. Tais reflexões mostram-se importantes dada a sua recorrência nos dias de hoje.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. (GV-law).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01 nov 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 01 nov 2016.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 01 nov 2016.

_____. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Código de Ética Médica. Brasília, DF, 24 set. 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em 01 nov 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Edcl no Agrg no Aresp nº 790.643. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **DJE**. 01 jul. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522811&num_registro=201502491925&data=20160701&formato=HTML>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1254141/PR. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. **DJE**. 20 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=HTML>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 258.389/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. **DJ**. 22 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=540244&num_registro=200000445231&data=20050822&formato=HTML>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 992.821/SC. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. **DJE** 27 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1163791&num_registro=200702310939&data=20120827&formato=HTML>. Acesso em: 08 set. 2016.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Responsabilidade civil médica: acórdãos na íntegra dos tribunais superiores e o código de ética médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

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

FICHTNER, Regis. Aspectos gerais da responsabilidade civil no novo código civil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL, 2004, Rio de Janeiro. **Palestra**. Rio de Janeiro: Justiça & Cidadania, 2004. p. 13 - 29.

GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. Erro Médico. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Org.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Cap. 4. p. 243-256. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KHOURI, Paulo Roque. **Direito do consumidor: contratos responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. E-book.

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

MARTIN, Leonard Michael. O erro médico e a má prática nos códigos brasileiros de ética médica. **Revista Bioética**, v. 2, n. 2, 1994. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/462>. Acesso em: 30 out. 2016.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil e sua interpretação pelos tribunais**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012

NUNES, Rizzato. **Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 71004747101. Relator: Desembargador Cleber Augusto Tonial. **D.J.** 27 out. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067977215. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. **DJE.** 02 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067999021. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. **DJE.** 12 ago 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70069506327. Relator: Desembargador Marcelo Cezar Muller. **DJE.** 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067655803. Relator: Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana. **DJE.** 18 maio 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067242784. Relator: Desembargador Rinez da Trindade. **DJ.** 18 maio 2016. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br.](http://www.tjrs.jus.br/) Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70069802056. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. **DJ.** 19 maio 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 15 out. 2016.

SANTIN, Janaína Rigo; SANTOS, Katiane Scharlesi Gehlen dos. Aplicação do código de defesa do consumidor no serviço público de saúde municipal: limites e possibilidades.

Revista dos Tribunais Online: revista de direito do consumidor, v. 98, p.199-221, mar/abr. 2015. Disponível em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000156f0e6eb3ec27218eb&docguid=Iee10b300f55311e48fa101000000000&hitguid=Iee10b300f55311e48fa1010000000000&spos=91&epos=91&td=205&context=84&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 set. 2016.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Juspodvim, 2008. E-book.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. v.2. E-book.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e reponsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011. v.2.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. E-book.

TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 384, p.209-228, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli. TUTELAS E PRESCRIÇÃO. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil na área da saúde. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. (GV-law).