

ERRO DE DIAGNÓSTICO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO BASEADA NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Clarissa Vieira de Andrade¹
Ana Paula Cacho²

RESUMO

O erro de diagnóstico gera responsabilidade do profissional, quando observada a falta de técnica do médico ao deixar de explorar todos os meios de se obter o diagnóstico, adotando uma conduta negligente, imprudente ou imperita, fazendo com que o paciente não tenha mais chance de cura e sobrevivência, cabendo neste caso a reparação do dano baseado na teoria da perda de uma chance. O assunto a ser abordado representa um novo paradigma da responsabilidade civil, trazendo uma forma inovadora de restituir o dano, não ficando o prejudicado sem reparação e para que o ofensor não fique isento da sua responsabilidade, garantindo, portanto, a preservação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Diagnóstico, responsabilidade, perda, chance, reparação, dignidade.

ERROR DIAGNOSIS AND THEORY OF RESPONSIBILITY BASED ON LOSS OF A CHANCE

ABSTRACT

Misdiagnosis, as being trivial, is doctor's responsibility, when observed lack of medical technique, like failing to explore all means of diagnosis, adopting, by the way, negligently, recklessly or inexpert conduct, at a form that withdraw the chance of cure and survival from the patient, thus, relying on the theory of loss of chance. The topic to be reported is a new paradigm of civil right, bringing an innovative way to obtain compensation, leaving no damaged without repair and that the offender not be absolved of their responsibility, thus ensuring the preservation of human dignity.

Keywords: Diagnosis, responsibility, withdraw, chance, compensation, dignity.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios houve a busca pela indenização do dano, evoluindo das diversas formas, começando pela vingança coletiva, passando para a compensação do dano a ser pago na mesma moeda, baseado na Lei do Talião “olho por olho, dente por dente”, conforme o passar do tempo foi-se aprimorando as formas de se obter justiça, e para

¹ Graduanda no Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: clarissavieiraa@gmail.com.

² Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: acacho36@hotmail.com.

responsabilizar uma pessoa por seus atos era necessário provar a sua culpa, logo após, a responsabilidade se distinguiu em subjetiva e objetiva.

É assegurado no Código Civil de 2002 que todo aquele que causar dano ao próximo deverá se responsabilizar pelos seus atos.

Antes de analisarmos propriamente o tema, verificaremos neste artigo científico a responsabilidade civil do médico e sua relação com o paciente, a luz do Código de Ética Médica, o qual disciplina o comportamento do profissional referido. Iremos estudar que há direitos e deveres inerentes ao médico, como também ao paciente.

O presente trabalho abordará sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance e os julgados dos tribunais brasileiros, diretamente relacionado ao erro de diagnóstico. É importante ressaltar que um médico ao deixar de proceder de forma ética, trabalhando, por exemplo, de forma omissa, prolatando ou evitando a busca do diagnóstico preciso de seu paciente, podendo, inclusive, até chegar a um diagnóstico não propriamente condizente com a real situação do paciente, por pura negligência, imperícia e imprudência, irá se responsabilizar pelo prejuízo causado à vida do paciente.

A teoria da Perda de uma Chance neste artigo científico será aplicada em situações em que a vítima teve sua chance de sobrevivência ou o restabelecimento de sua saúde prejudicado devido intervenção médica desfavorável. Quando o médico tinha capacidade e condições para recuperar a saúde do doente, porém, não o fez.

Ainda no mesmo sentido, quando o médico erra o diagnóstico retirando a possibilidade de sobrevivência da pessoa, a qual tinha potencial chance de cura e encontra-se em situação irreversível devido ao descaso do profissional da saúde, cabendo, neste caso, ao paciente indenização pela perda de uma chance.

Nesse diapasão, o objetivo deste trabalho é deixar evidente uma nova forma de reparação dos prejuízos, ampliando o rol de danos e causando uma reflexão acerca da evolução dos direitos humanos, que vem conquistando novos espaços, evitando injustiças e facilitando para que ninguém fique sem ter seus direitos reparados ou ao menos compensados. Como também, demonstrar a gravidade e as consequências oriundas do erro de diagnóstico.

No entanto, ainda existe certo receio em aplicar a teoria estudada neste artigo, por ser difícil afirmar que determinado dano se concretizaria sem a conduta do médico e por não ser

fácil apreciar em muitos casos o nexo de causal entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo paciente.

Por fim, como a Teoria da Perda de uma Chance não está prevista em legislação, utilizaremos de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, com o escopo de demonstrar que esta forma de reparação é válida e como vem sendo utilizada. Além do mais, é importante destacar que a chance deverá ser sempre séria e possível e, a perda deverá ser reparada de forma proporcional ao prejuízo causado.

CAPÍTULO I

1. Noções Gerais de Responsabilidade Civil

1.1 Aspectos da Responsabilidade Civil

Com base na doutrina de Pablo Stolze (2011, p. 45), “responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever sucessivo – de assumir as consequências que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.

A responsabilidade civil tem como intuito fazer com que todo indivíduo se responsabilize por seus atos, regendo uma série de direitos e obrigações, a serem cumpridas seja pelo ofensor ou ofendido, partindo da premissa que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano, e a partir do momento que descumpri-la, gera a obrigação de reparar.

Cavaleri Filho (2009, p. 05) crê na possibilidade de duas premissas de suporte doutrinário, expostas a seguir:

Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segunda: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem descumpriu.

A responsabilidade civil é de grande importância, pois garante que um determinado sujeito repare dano causado a outrem, seja realizado por ato ilícito ou lícito, quando a sua atitude representar riscos a outra parte. O capítulo I da Responsabilidade Civil – da obrigação

de indenizar em seu artigo 927 caput, faz referência ao dever de reparar em relação aos atos ilícitos, porém, com supedâneo no Código Civil (BRASIL, 2002) o artigo 188, inciso II, diz, “não constitui atos ilícitos: II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente”, contudo, mesmo não sendo ilícito o ato, se o lesado sofrer prejuízo e não tiver sido culpado, deverá ser indenizado, com base no artigo 929 e 389 do Código Civil (BRASIL, 2002), de acordo com a obrigação primária de não lesar ao próximo (*neminem laedere*), a qual se não cumprida, responderá o devedor por perdas e danos (secundária).

No entanto, a responsabilidade subjetiva, tem como um dos pressupostos a culpa, seja desrespeitando os deveres positivos ou negativos, e na maioria dos casos a obrigação de indenizar só é dada para o que agiu ilicitamente, com isso, quem praticou ato ilícito tem o dever de reparar, porém, quem causou dano a outrem sem culpa, deverá responder de forma objetiva, vista adiante.

O objetivo principal da responsabilidade civil é garantir a segurança do indivíduo que sofre algum tipo de dano, a intenção é assegurar a dignidade da pessoa humana, restabelecendo o prejudicado a sua situação anterior, e quando o caso for irreversível, como, por exemplo, no caso de morte ocasionada por erro médico, deverá o profissional sofrer punição, proporcional ao ato, mesmo que insuficiente para reparar o dano, de forma que não volte a praticar atos lesivos.

Em sequência voltaremos ao tempo, para observar que a busca pela indenização está presente desde os nossos antepassados.

1.2 Breves aspectos históricos da responsabilidade civil

Desde os primórdios houve a busca pela justiça, e a forma de responsabilizar o outro por dano causado era por meio de vingança. Primeiramente o dano causado a uma pessoa do grupo tinha a reação de todo o conjunto contra o agressor, caracterizando a vingança coletiva.

Posteriormente os homens faziam justiça pelas próprias mãos, desaparecendo a vingança coletiva e surgindo a vingança individual, a reparação do mal injusto era com base no Código de Hamurabi, em que era adotada para que o mais forte não prejudicasse o mais fraco, dando margem para que a vingança fosse feita pela Lei do Talião “olho por olho e dente por dente”. Havia reparação tanto material como moral, sendo moralmente indenizáveis

as ofensas pessoais, pagas na mesma moeda, com palavras de agressão em nível idêntico. Existindo a intervenção do poder público apenas para coibir abusos e garantir que o dano compensatório fosse idêntico. A responsabilidade era objetiva, ou seja, independente de culpa, se, por exemplo, um médico causasse a morte de um paciente, a forma de ressarcir o dano material era ter a sua vida retirada.

Portanto, os médicos agiam com muita precaução, não se ariscando em cirurgias complexas, até porque não existia o conhecimento que se tem hoje, caso o código de Hamurabi prevalecesse atualmente, seria um grande problema para a sociedade, tendo em vista que diante de tantas descobertas da medicina, o profissional ficaria precavido de tomar medidas mais invasivas ao corpo humano. Mas conforme a medicina evoluiu a responsabilidade civil acompanhou, devendo o ressarcimento ser menos rigoroso, de forma proporcional ao dano.

Com isso, veio ser aplicada a lei das XII Tábuas no Direito Romano, a qual surgiu para reduzir o rigor e deixar de empregar a Lei de Talião, observada a ineficiência da retaliação por ocasionar duplo dano, passando a reparação a ser como forma de composição entre a vítima e o ofensor, percebendo-se a maior conveniência, estabelecendo, portanto, uma tarifa, ao invés de o agente danificador ser atingido pela mesma forma que prejudicou, passará a ter que ressarcir financeiramente.

Logo após veio a *Lex Aquilia*, a qual continuou utilizando a forma remuneratória para compensar o prejuízo, porém, possibilitou a responsabilização do causador do dano por meio de pagamento proporcional entre o dano e a pena. Passou-se a analisar imperícia, imprudência e negligência, se a pessoa procedesse sem culpa estaria isenta da condenação, sendo acolhida a responsabilidade subjetiva. Em decorrência dessa lei o Estado passou a intervir para estabelecer o melhor procedimento, exigindo que a vítima aceitasse a composição, sendo esta a penalidade e reparação por parte do agente, por não ter ainda separação da responsabilidade civil e penal.

Na Idade Média, passou-se a distinguir responsabilidade civil e a penal, acompanhando o processo de humanização, a responsabilidade civil incidia não exclusivamente na culpa, caracterizando-se como objetiva e subjetiva, em que sempre terá um responsável para todo o dano causado, visando à proteção da dignidade da pessoa humana.

O Direito Canônico é caracterizado pela influência da Igreja Católica, sancionava tanto religiosos quanto como ateus. Destaca-se que nesse período passou-se a determinar reparação por danos materiais e morais, possibilitando a indenização decorrente de uma injúria ou calúnia. O Direito Canônico representou grande marco na responsabilidade civil do médico, pois foi nesse período que surgiu a necessidade de provas concretas e minuciosas das falhas, para, só assim, gerar a condenação do profissional.

Hodiernamente, a culpa continua sendo a principal característica da responsabilidade civil, no entanto, haverá também a obrigação de reparar independente da culpa, a partir de novas formas de indenização, baseada na teoria do risco. A responsabilidade civil encontra-se em constante evolução, para atender as demandas da sociedade conforme suas necessidades. A teoria da perda de uma chance é um grande exemplo da evolução da Responsabilidade Civil, possibilitando que o prejudicado não deixe de ser indenizado, devendo demonstrar o nexo de causalidade da ação com o dano gerado.

A evolução tornou possível que não só os herdeiros e a vítima reclamassem o prejuízo, como admitindo a indenização ser recebida pelos dependentes do lesionado, podendo qualquer um deles pleitear judicialmente pela reparação, sendo determinada a indenização pelo juiz, avaliando a proporcionalidade entre a culpa e o dano.

Veremos no próximo tópico três pressupostos para que haja responsabilidade e, consequentemente, o dever de indenizar, quais sejam a conduta, o dano e o nexo causal. O primeiro a ser estudado é a conduta, sem que haja conduta - seja ela omissa ou comissiva - não há que se falar em obrigação.

1.3 Conduta

Para que haja responsabilidade deve estar presente a conduta, sendo o principal pressuposto de admissibilidade, sem a conduta não existe dano e muito menos nexo causal.

Porém, não basta a conduta pura e simples, devendo estar acompanhada da culpa, na modalidade subjetiva, decorrente de uma ação. A conduta representa-se pela voluntariedade, que não implica dizer que o agente tinha a intenção de causar dano, mas sim, que possui consciência pelos seus atos, sendo caracterizada por ser positiva ou negativa, podendo ambas gerar responsabilização e, consequentemente, o dever de indenizar, quando causar prejuízo a outrem diante de atitude negligente, imperita ou imprudente.

A atitude comissiva, comportamento positivo, gera prejuízo ou dano à pessoa alheia, e a omissão, comportamento negativo, é a inobservância de uma obrigação, inerente à pessoa responsável por determinado ato, que acaba por se abster de um dever.

Cavaliere Filho (2009, p. 24) assim define a omissão:

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada, nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, negócio jurídico, ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Da conduta voluntária decorrerá a responsabilidade subjetiva e objetiva. Dentro da doutrina subjetiva para fins de reparação, cabe o autor comprovar a culpa ou dolo por parte do agente, na culpa apura-se a negligência ou imprudência; e caso demonstrado que o ofensor tinha a intenção de atingir o resultado danoso, enquadra-se no dolo. Nestas situações o responsável deverá responder por sua ação ou omissão, a qual violar direito e causar prejuízo a outrem, conforme art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A responsabilidade do médico, por exemplo, é, em regra, exclusivamente subjetiva, devendo o paciente atingido comprovar a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, ainda que seja um prejuízo ínfimo causado ao paciente, não tira do profissional médico o dever de indenizar, claro que, proporcionalmente ao prejuízo.

Já a responsabilidade objetiva é aquela derivada da própria atividade de risco, ainda que não tenha restado demonstrada a culpabilidade do agente, mas este ao proceder com dano à vítima terá a obrigação de repará-lo, nos termos do art. 927, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002), ou seja, é o encargo que, por exemplo, o cirurgião plástico estético carrega, apenas pela característica da sua profissão, que almeja a finalidade, mesmo comprovado não haver negligência, imperícia ou imprudência.

Após tecidos comentários acerca da conduta, passaremos a abordar adiante a respeito do dano.

1.4 Do dano

É necessária a existência de um dano para que reste a obrigação de indenizar, sem dano não há que se falar em responsabilidade civil. “Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 70)

Conforme posicionamento de Pablo Stolze (2011, p. 80), após detectado o dano, deve-se verificar se o dano preenche três requisitos para tornar-se indenizável, quais sejam, violação de um interesse jurídico (patrimonial e/ou moral); efetividade ou certeza; e subsistência, nesta última, se o dano já foi reparado não há que se falar em indenização, mas se o próprio prejudicado quem arcou com o prejuízo causado, este deverá receber a compensação.

Na responsabilidade médico-hospitalar deve existir dano à vida: integridade física, à saúde e, inclusive, à moral, ao estar a pessoa dominada pela dor, pela tristeza, humilhação e sofrimento.

O dano deve ser sempre certo, sendo um dos requisitos fundamentais para gerar a indenização. Há controvérsias ainda a respeito da certeza do dano decorrente da perda de uma chance, devendo-se analisar se há ou não certeza de um dano.

Uma situação hipotética, o paciente vai até ao oftalmologista para obter o diagnóstico preciso do seu problema narrado, e o médico não utilizando de todos os meios para alcançá-lo, dá um diagnóstico precoce não condizente com a real doença ainda não verificada, o paciente logo depois perde a visão por não fazer o tratamento adequado para a sua enfermidade, o ofendido deverá demonstrar o dano e o nexo de causalidade, e poderá receber indenização pelo erro de diagnóstico com base na teoria da perda de uma chance.

Ainda com base no exemplo dado acima, o médico ao não utilizar todas as formas ao seu alcance para verificar a doença, se responsabilizará apenas pela dúvida de ter o paciente conservado ou não sua visão se houvesse feito o diagnóstico correto, porém, esta dúvida não descaracteriza o dano, pois o dano existe e é certo, a dúvida paira apenas em relação se o dano gerado (certo) poderia ter sido evitado.

Cabe ainda analisar o dano em dois aspectos, danos emergentes e os lucros cessantes, o dano emergente é o prejuízo imediato da vítima, e os lucros cessantes são os que o danificado irá deixar de ganhar em consequência do dano. Por exemplo, uma ginasta, que tem o exercício físico como seu único meio de renda, foi lesada por mau procedimento cirúrgico, não podendo retornar as suas atividades por longo período, esta receberá pelo dano emergente, quais sejam, despesas médicas; como pelos lucros cessantes, qual seja a pensão equivalente ao que ganharia se estivesse em plena condição física e mental.

E por fim, será abordado no próximo tópico o nexo de causalidade para finalizar os pressupostos necessários da Responsabilidade Civil.

1.5 Do nexo de causalidade

Toda ação culposa está acompanhada do dano, na responsabilidade civil a relação entre a conduta e o dano, é chamado de nexo de causalidade. O nexo de causalidade é um dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, restando à vítima não só demonstrar a culpa do agente, mas como a sua ligação com o dano gerado, apurando se ele realmente provocou o resultado do dano, para alcançar a relação de causalidade. Fazendo surgir a partir da análise do nexo causal quem foi o responsável pelo prejuízo.

Nas palavras de Cavalieri (2009, p. 46)

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente foi ou não a causa do dano.

A responsabilidade Civil não permite que uma pessoa responda por uma transgressão sem que tenha ela colaborado na ação ou em seu resultado. Porém, provada a conduta culposa do agente, surge o dever de ressarcir os danos.

Depois de abordado a respeito da responsabilidade civil em geral e seus principais aspectos caracterizadores, o próximo capítulo adentrará na responsabilidade civil do médico e da sua relação com o paciente, para que seja possível a melhor compreensão acerca do tema.

CAPÍTULO II

2. Análise acerca da responsabilidade do profissional médico e da relação médico-paciente

Tecidas as considerações acerca da responsabilidade civil, passamos agora a abordar a responsabilidade do profissional médico.

Para introduzir o capítulo, segue doutrina de Maria Helena Diniz (2009, p. 19):

Se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade da pessoa humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos. Assim sendo, intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos. As práticas das “ciências da vida”, que podem trazer enormes benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade.

Como primeiro profissional buscado pela população para a manutenção da saúde e pela busca das soluções dos enfermos, o médico desde o primeiro contato com o paciente tem um universo de obrigações a cumprir, que permanecem antes, durante e após o tratamento, tanto como o paciente tem deveres para com o médico.

É direito do paciente recorrer ao Judiciário pelos danos decorrentes da conduta médica, pleiteando pela devida reparação, porém, para conquistar a indenização o paciente deve cumprir com seus deveres.

No primeiro contato o médico deve questionar todas as moléstias do paciente, anotar suas queixas e antecedentes, e o paciente tem a incumbência de fornecer ao médico as informações requisitadas, não podendo omitir nada para não prejudicar o seu tratamento.

O paciente quando busca um médico, não deseja apenas acompanhamento do profissional, mas também conselhos, ter explicações detalhadas sobre seu tratamento, busca apoio, além de querer ser ouvido, por isso, o médico tem o dever de dar a assistência completa, fazendo um acompanhamento com calma, dedicação, compromisso, tendo consciência de que quem o procura, não é apenas um paciente, mas um ser humano, que precisa ter sua dignidade preservada, e encontra-se repleto de necessidades e carregando tamanha fragilidade.

Genival Veloso de França (2010, p. 17) aponta com convicção que:

Não é possível sensibilizar a consciência individual e a coletiva sobre um ideal se não se aponta uma perspectiva às suas ansias e aos seus sonhos, e sem uma avaliação cuidadosa do significado concreto das suas necessidades. O homem quer ser mais que um usuário e consumidor: ele quer crescer no conhecimento e na dignidade de suas relações humanas.

O capítulo I, inciso II do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) no que se refere aos princípios fundamentais, impõe: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Portanto, o médico deve aplicar todos os seus esforços para ver o problema do paciente solucionado, buscando pelo diagnóstico preciso, utilizando todas as formas de identificação, seja por exames ou testes laboratoriais. Tendo a obrigação de prestar informações ao paciente a respeito do diagnóstico, prognóstico, tratamento, chances de recuperação e riscos, o inadimplemento ocasionará em indenização a ser prestada pelo profissional, salvo quando a comunicação direta causar dano ao mesmo, devendo repassá-la ao seu responsável legal, conforme prevê art. 34 do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009).

Nesse diapasão profere Mariana Massara Rodrigues de Oliveira (2008, p. 126-127) a respeito das obrigações:

O primeiro deles corresponde justamente ao dever de informação, impondo ao médico esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, sobre a natureza e os objetivos dos procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos; devendo ainda o paciente ser informado da invasibilidade e da duração do tratamento, dos benefícios, inconvenientes possíveis, dos riscos previsíveis, podendo consentir ou recusar determinada intervenção médica ou cirúrgica. O médico deve esclarecer, quando for o caso, sobre as controvérsias quanto às possíveis alternativas terapêuticas existentes. A pessoa deve ser informada da eficácia presumida das medidas propostas, sobre as probabilidades de alteração das condições de dor, esclarecida em tudo aquilo que possa fundamentar as suas decisões.

Caso o paciente não seja informado previamente dos atos aos quais será submetido e suas consequências, poderá o médico se responsabilizar, indenizando o paciente moralmente, por tirá-lo sua capacidade de autodeterminação, por ser em todas as hipóteses, até as de maiores riscos, necessário o consentimento do paciente. Por exemplo, se o paciente foi informado do risco do procedimento ao qual estava prestes a ser submetido e aceitou que o médico desse continuidade, caso ocorra lesão prevista na cirurgia, estando o paciente consciente de que era a única medida a ser tomada, ou se ele estava disposto a enfrentar o risco, o médico passará a não ser responsável, se por ventura ocorra um dano, visto que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Porém, mesmo que haja consentimento do paciente aos procedimentos a serem tomados pelo médico, não quer dizer que o profissional estará isento de reparar o dano, caso demonstrada a culpa ou o dolo do agente. O artigo 4º do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) veda que o médico deixe de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Portanto, deve o médico notificar, com a letra legível, todos os procedimentos realizados em cada paciente em prontuários, desde a solicitação de um exame ao resultado trazido pelo paciente, como também recolhendo na ficha do paciente todos os seus antecedentes, medicamentos utilizados e suas respectivas dosagens, sendo uma fonte essencial caso necessário demonstrar sua conduta mais tarde, evitando inclusive, o uso de provas testemunhais.

O médico agindo com zelo, cautela, cuidado, atenção, tomando todas as precauções, trabalhando de forma honesta e estando comprometido ao paciente, em resumo, exercendo de forma coerente a profissão que lida com o bem mais frágil, a vida, não deverá se preocupar com a responsabilidade civil.

Miguel Kfoury Neto (2013, p. 72-73), assevera que o médico, em regra, tem a obrigação de meio, cabendo à vítima provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia, e em exceção, o médico tem obrigação de fim, ou seja, o resultado, invertendo o ônus da prova, restando ao médico provar a sua não responsabilidade.

Nesse caso do procedimento que busca pelo resultado é bastante difícil para o médico provar que não agiu com culpa, pois se deve averiguar que há possibilidade de uma complicação vir a ocorrer, por exemplo, devido a descumprimento do paciente ao repouso no período pós-cirurgia, ao não tomar os cuidados necessários e não retornar ao consultório do médico, tendo em vista que quem possui deveres não são apenas os médicos, como também os pacientes.

Conforme inciso XIX do Capítulo I do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) “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”, ou seja, a responsabilidade pessoal recairá na apuração da culpa.

Com supedâneo no artigo 1º do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) “é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”, ou seja, deve sempre agir com observâncias às normas e técnicas, zelando sempre pela saúde do paciente.

Buscando na doutrina de Genival Veloso de França (2010, p. 48), verifica-se que há casos em que instituições de saúde encontram-se sem as mínimas condições de trabalho, não tendo, inclusive, como dar o diagnóstico preciso do enfermo, carecendo de equipamentos e instrumentos necessários. Nesta situação os médicos não devem ser responsabilizados, mas isto não implica dizer que eles devem ficar acomodados, tais profissionais devem se recusar a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas, fazer suas reivindicações e buscar por melhorias na saúde.

O inciso III do capítulo I do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) afirma que para exercer a medicina com honra e dignidade, o médico necessita de boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa. O que ocorre são muitos médicos querendo trabalhar pela população, mas faltando instrumentos necessários para isso, como demonstrado no parágrafo anterior. Portanto, o médico que não tem os seus direitos respeitados não pode ser responsabilizado pelos limites impostos pelo Estado.

Cabe ao médico recusar-se a exercer sua profissão em Instituição Pública ou Privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a saúde do paciente, devendo comunicar sua decisão ao Conselho Regional de Medicina e à Comissão de Ética, com diapasão no inciso IV do capítulo II do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009). Além do direito de apontar falhas nos regulamentos e normas das instituições em que trabalhe.

Para garantir o sucesso na recuperação do paciente, o médico deve estar sempre atualizado, aprimorando seus conhecimentos, aprendendo novas técnicas e os recursos mais modernos, não podendo se acomodar nunca com os conhecimentos já adquiridos, para não correr o risco de prejudicar o paciente, com supedâneo no inciso V do Capítulo I do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009). Estando proibido de deixar de utilizar a terapêutica correta, quando o seu uso estiver autorizado no País, conforme artigo 102 do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009).

O mesmo artigo ora citado permite a utilização de terapêutica experimental quando aceita por órgãos competentes e com o consentimento do paciente e seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências, claro que o dispositivo referido, é mais aconselhável em último caso para salvar uma vida, em favor de quem já tenha passado por todos os meios convencionais de tratamento.

Diante de tantas inovações na área da saúde, existem casos médicos que têm diversas formas de solução, sendo possível que o profissional apresente ao paciente os procedimentos diagnósticos e terapêuticos cabíveis que podem ser tomados para que o paciente escolha o que

melhor o satisfaz, desde que adequado à necessidade presente e que seja reconhecida cientificamente, na forma do inciso XXI do Capítulo I do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), preservando a liberdade do médico e do paciente. Porém, nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos desnecessários, partindo diretamente para os cuidados paliativos apropriados, previsto no inciso XXII subsequente.

O importante é que o médico aja em qualquer circunstancia, não podendo ser omissos, mesmo que estejam expressos limites por regimento interno de determinado hospital ou instituição pública ou privada, apesar de estar sofrendo restrições de alguma disposição regimental, poderá optar por seguir a sua consciência e bom senso. Possuindo respaldo no inciso XVI do Capítulo I do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), o qual assevera que nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para estabelecimento do diagnóstico e da execução de tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

O inciso VIII do Capítulo I do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) diz o seguinte: “O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho”. Portanto, quando sentir-se prejudicado em seu trabalho, tem-se como a melhor hipótese recusar-se a exercer sua profissão nessas condições, conforme permite inciso IV, Capítulo II, do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009).

Genival Veloso de França (2010, p. 17) enfatiza:

Não é só “agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. Isso muitos fizeram e em nada ajudou a mudar. O médico tem de aprender a manifestar sua profunda frustração ante a crescente disparidade entre as possibilidades da ciência médica e o bem-estar real. Ele tem de aliar-se a uma ética que não seja neutra e acomodada, que não seja estéril nem formalista, complacente com uma estrutura injusta e perversa. Mas com uma ética de visão política capaz de refazer os caminhos minados por princípios sociais deturcados que favorecem o sofrimento humano. Uma ética, enfim, capaz de repudiar os horrores dos dramas que flagelam as populações marcadas pelas injustiças e pela iniquidade”.

Quando se procura determinado médico dentro de sua especialização, como por exemplo, ginecologista, tem-se a imagem de que esse profissional é competente para tanto,

implicando dizer que tem capacidade, habilidade, idoneidade, prática, aptidão para exercer determinada especialidade, portanto, o paciente confia inteiramente naquele profissional. Nesse diapasão, Marco Segre e Claudio Cohen (2008, p. 18) defendem:

“Essa relação médico-doente deveria estar alicerçada, segundo os gregos, em forte sentimento entre as partes, indo do médico ao doente e do doente ao médico. Esse sentimento profundo é o da amizade com amor, isto é, a filia. O médico deve exercer sua competência com amor (não o erótico, mas o amigável) pelo ser humano (filantropia) e com amor pela técnica médica (filotecnia); a filotecnia só teria sentido se posta a serviço da filantropia, isto é, a serviço do doente.”

As doenças em sua maioria têm tratamento e podem ser evitadas, cabe aos médicos melhorar a prestação da assistência à saúde, umas das formas seriam evitar encaixes, estabelecer um limite de atendimentos diários, para dedicar-se e dar atenção a cada paciente, evitando atendimentos “automáticos” e superficiais, não querendo dizer que o médico deve estabelecer um tempo certo para cada consulta, mas sim, uma consulta com duração correspondente à necessidade de quem ele assiste, evitando que a pressa prejudique tanto o médico quanto o paciente, com respaldo no inciso VIII do Capítulo II do Código de Ética Médica (BRASIL, 2009).

Após analisada a responsabilidade do médico e a relação Médico-paciente, passaremos a abordar sobre o tema erro de diagnóstico e a possibilidade de indenização baseado na teoria da perda de uma chance, avaliando a função do médico nesses aspectos, a forma de proceder e o dever de indenizar, como também, examinando a negligência, imprudência e imperícia do profissional.

CAPÍTULO III

3. Erro de diagnóstico e a possibilidade de indenização baseada na teoria da perda de uma chance

3.1 A perda de uma chance

A possibilidade de indenização baseada na teoria da perda de uma chance iniciou-se na França, em 1960, por jurisprudência francesa consolidada, a qual visava proteger também o paciente prejudicado não pelo resultado final, mas sim por não ter alcançado finalidade favorável no tratamento ocasionando a perda da chance de sobrevivência ou cura, passando “a

admitir que o erro de tratamento ou de diagnóstico priva o paciente de uma chance de sobrevida ou de cura” (CARNAÚBA, 2013, p. 22).

A teoria da perda de uma chance vem tendo bastante aceitabilidade seja por doutrinadores como pelos posicionamentos jurisprudenciais. Sendo cada vez mais feitas análises aprofundadas acerca do tema.

A perda de uma chance é uma categoria do dano, gerado por conduta de outrem que retira a possibilidade da vítima de ter um benefício alcançado, devidamente ligado a ação do ofensor, que caso houvesse procedido corretamente, poderia assegurar as chances de êxito no resultado. Baseando-se, portanto, na probabilidade de que se os procedimentos devidos tivessem sido realizados, o dano poderia ter sido evitado.

Sérgio Savi (2012, p. 106) a respeito da aderência pelo Brasil da indenização das chances perdidas, profere:

Não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda de uma chance.

A demonstração do nexo de causalidade é indispensável para indenização baseada na teoria da perda de uma chance. Porém, há doutrinadores que argumentam sobre a não necessidade da demonstração do nexo de causalidade na perda de uma chance por utilizarem do fundamento de que o prejuízo causado é incerto, e sobre a impossibilidade de identificar a causalidade entre a conduta e o dano.

Vejamos que em relação à dúvida, no tocante ao resultado almejado, se este se realizaria caso a conduta não tivesse interferido. No que se refere ao dano deve ser sempre certo para enquadrar-se na responsabilidade. Isto é, não há dever de reparar a perda de uma chance por um dano incerto, pois na responsabilidade civil, um dos pressupostos de admissibilidade é o dano certo.

Portanto, o nexo causal deve ser demonstrado conforme respeitável posicionamento de Miguel Kfoury Neto (2013, p.75):

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz esteja convencido

de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.

Em síntese, o nexo de causalidade na perda de uma chance é visualizado da seguinte forma, a falta de conduta adequada do médico é a culpa, e a perda gerada ao paciente é o dano.

Cavalieri (2009, p. 75), em seu posicionamento, deixa claro que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis, devendo-se apurar a probabilidade de sucesso do resultado, vejamos:

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre concretar possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis.

Um exemplo para facilitar a visualização sobre o tema é o seguinte, o paciente está com uma enfermidade irreversível por não ter sido diagnosticado corretamente, apesar de ter se apresentado ao médico enquanto a doença tinha solução, a falta do tratamento correto, por negligência e imperícia do médico, ocasionou irreversibilidade das suas condições normais, devendo ser indenizado pela perda da chance de cura, por ter sido retirada a única chance que o paciente possuía: o tratamento.

Segundo Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 29) quando vislumbrado que o paciente encontra-se acometido de uma incapacidade permanente, não obtendo a vantagem que poderia se originar da oportunidade que antes possuía, “o processo aleatório já está terminado e a incerteza que outrora pairava sobre o destino da vítima cedeu lugar à certeza de seu infortúnio não será revertido”. Somente neste caso, em que é demonstrada a irreversibilidade do prejuízo, e, conseqüentemente, a certeza do dano, ocorre o dever de reparar a chance, por tornada definitiva a sua perda.

Ainda conforme Daniel Amaral Carnaúba:

Esse elemento pode parecer banal quando analisados os casos em que o ato imputável ao réu eliminou todas as chances de concretização do resultado aleatório desejado. Em tais hipóteses, é forçoso concluir que a vítima jamais obterá o resultado positivo e, por tal razão, pode-se afirmar que a não obtenção decorre logicamente do ato de eliminação total das chances.

Utilizando o exemplo do parágrafo anterior, a indenização não será em cima da perda de recuperação propriamente dita, mas sim, pelo fato de ter perdido uma chance bastante viável. Não será pelo resultado irreversível, mas pelo fato de não ter sido conseguida a recuperação e nem ao menos ter sido tentada, impedindo que o paciente tivesse todas as chances de sobrevivência. Não se afastando, portanto, a certeza do dano, pois a perda é evidente e o dano é certo.

Se o paciente tivesse sido submetido a todos os cuidados médicos, talvez tivesse se recuperado, até porque, procurou o médico logo no início da doença, tendo grandes chances de cura. Todavia, para haver o dever de indenizar, é preciso observar se a doença realmente tinha solução, caso demonstrado pelo profissional que em hipótese alguma aquela vítima escaparia da moléstia, afastaria, consequentemente, a negligência do médico.

A responsabilidade gerada não é com base que o médico tem a obrigação de chegar a diagnósticos precisos, mas tão somente, pelo dever de tomar todos os cuidados e utilizar as técnicas disponíveis no universo da saúde, quando o médico age com negligência, deixando de buscar soluções, automaticamente está assumindo o risco e agindo com descaso para com o paciente.

A possibilidade de se obter indenização pela perda de uma chance com base em erros de diagnósticos é mais uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana, fazendo com que o profissional busque pela solução e que faça sempre o máximo ao seu alcance.

Outra situação hipotética seria no caso do paciente que vai até ao oftalmologista para obter o diagnóstico preciso do seu problema narrado, e o médico não utilizando de todos os meios para alcançá-lo dá um diagnóstico precoce não condizente com a real doença ainda não verificada, o paciente logo depois perde a visão por fazer outro tratamento totalmente desnecessário.

Estando na situação acima certo que a vítima não obteve a vantagem desejada, e que a vantagem poderia ter sido alcançada se não tivesse ocorrido o desvio de finalidade, privando a sua capacidade de cura. Apesar de não se saber ao certo o resultado que teria caso a chance não fosse perdida, apenas pelo fato de restar demonstrado que o paciente tinha chances

seguras de recuperação se a intervenção médica fosse corretamente realizada, dá margem à reparação da perda.

Obviamente neste caso a reparação é reduzida, devido à mera possibilidade de cura ou sobrevivência, mas dependerá do grau da probabilidade de que a chance perdida se concretizasse. Por exemplo, se a indenização integral fosse de R\$ 200.000,00, a indenização pela vítima da perda de uma chance seria de R\$ 100.000,00.

A teoria da perda de uma chance não pode ser baseada em conjecturas e suposições, devendo demonstrar o nexo de causalidade exigido em ações de responsabilidade civil, a indenização deve ser proporcional à chance de cura.

Tecidas considerações acerca da chance perdida, passaremos a dispor sobre o Erro de Diagnóstico médico passível de indenização com respaldo na Teoria da Perda de Uma Chance.

3.2 Erro de diagnóstico

Sabe-se que o médico não é infalível, portanto é possível que não alcance o diagnóstico correto da enfermidade do paciente, até por existirem doenças diferentes com sintomas semelhantes, dificultando o diagnóstico preciso.

Porém, é necessário que o médico utilize de todos os meios possíveis para chegar ao diagnóstico correto, através de ultrassonografias, exames de laboratório, radiografias, eletrocardiograma, ressonância, entre os diversos meios existentes para alcançar o diagnóstico, levando em consideração os sinais, manifestações e sintomas apresentados pelo paciente.

Ao explorar todos os recursos, o médico não será responsabilizado pelo erro de diagnóstico, ocorrendo apenas indenização em casos grotescos, onde se percebe o descaso do médico ao diagnosticar. Para que o médico chegue ao diagnóstico, precisará da contribuição do paciente, o qual deverá se submeter aos exames indicados.

O médico deve anotar todos os procedimentos tomados junto ao paciente, sejam os sintomas descritos pelo paciente, seus antecedentes, os exames realizados no próprio consultório, os prescritos e seus resultados, como o tratamento utilizado, o colhimento desses dados e a constante atualização são de extrema importância para obter-se o diagnóstico.

Não quer dizer que o médico não errará o diagnóstico ao serem tomadas as devidas providências e anotados todos os dados, porém, fica essa chance de erro consideravelmente reduzida e o médico não restará responsabilizado, visto que procedeu corretamente.

Nas palavras de Miguel Kfoury Neto (2013, p. 103):

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais -, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e prática.

Voltando à relação médico-paciente, os exames clínicos são de extrema importância e deve ser destinada grande atenção, pois esta é a hora de avaliar os sintomas apresentados pelo paciente, sendo um ponto de partida para outras medidas a serem tomadas, portanto, a consulta não pode ser apenas baseada na conversa, em que o paciente relata o ocorrido e o médico destina uma solução aparentemente adequada.

Fernanda Schaefer (2012, p. 66) divide o erro de diagnóstico em evitável e inevitável, afirmando:

Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da Medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves, portanto, não são puníveis. Maior atenção deve-se dar aos erros de diagnóstico evitáveis, pois estes sim, envolvem a responsabilidade civil e/ou penal do médico. São erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos e etc.) tivessem sido tomadas.

O erro de diagnóstico evitável é de tamanha gravidade, pois além de mexer com o psicológico do paciente, dá origem a complicações de tratamento, podendo ocasionar irreversibilidade da doença, e consequentemente, a perda de uma chance.

Uma questão relevante é o caso em que o médico não irá responder pela falha de diagnóstico que ocasione a morte do paciente, quando não conseguir transmitir ao paciente o tratamento adequado, justamente pela carência do estabelecimento hospitalar público que não tem os equipamentos necessários para diagnosticar o enfermo, não havendo culpa do profissional, pois, o mesmo se estivesse munido de condições perfeitas teria buscado pelo restabelecimento do paciente.

A finalidade da indenização baseada no erro de diagnóstico é fazer com que o médico busque efetivamente o diagnóstico preciso e utilize o tratamento adequado.

O erro de diagnóstico vem aliado à teoria da perda de uma chance, quando devido à omissão do médico na busca do diagnóstico, o paciente vem a falecer ou torna-se inviável a sua recuperação, ocasionada pela prolação do profissional em detectar a doença. Permitindo que o paciente seja indenizado com base na teoria da perda de uma chance.

Na maioria das doenças o diagnóstico precoce é fundamental para o tratamento correto do doente e para que a enfermidade não complique ao ponto de o quadro tornar-se irreversível. Para se chegar a um bom prognóstico, ou seja, possibilidade de cura ou evolução em uma duração favorável são fatores determinantes, o diagnóstico precoce; o tratamento indicado corretamente; a adesão do paciente ao tratamento e detecção precoce com tratamento adequado de complicações.

No entanto, há diagnósticos dados muito precocemente, tornando-se imprecisos, e deixando em risco a vida do paciente por utilizar medicamento inadequado, ou até mesmo, diagnosticando erroneamente, submetendo o paciente a cirurgia ou procedimento desnecessário, ocasionando, como caso hipotético, a morte do paciente por uma infecção hospitalar, devendo indenizar moralmente e materialmente a família da vítima baseada na teoria da perda de uma chance, no sentido de que se tivesse chegado ao diagnóstico preciso o paciente não teria se sujeitado a cirurgia e muito menos vir a óbito.

Restou demonstrado, Segundo Fernanda Schaefer (2012, p. 74) que:

Embora sendo, muitas vezes, o diagnóstico genérico, não pode o médico se conduzir de maneira errada no tratamento e nas demais fases do procedimento médico. Portanto, incorreria em erro de conduta o médico que realizasse exames desnecessários, que procedesse a intervenções cirúrgicas inúteis, entre outros exemplos. Deve o médico, a cada passo dado no tratamento, corrigir, se necessário, o diagnóstico dado, sendo consenso entre os profissionais que o erro de diagnóstico é admissível, mas o de conduta não.

Deve o médico ao estabelecer o diagnóstico agir com calma, pesquisando e utilizando das técnicas mais precisas, pois a pressa no atendimento ao paciente pode levar ao erro e, conseqüentemente, à responsabilização. Contudo, a calma para se chegar ao diagnóstico deve ser desconsiderada nos casos em que o médico precisa agir urgentemente, pois nessa hipótese, não se pode esperar pelos resultados de exames, apenas cabe ao médico o máximo de zelo e cuidados na realização de sua conduta em busca de salvar a vida do paciente.

Nos casos de doenças raras ou desconhecidas pela medicina não se pode condenar o médico por erro, pois não existe aprofundamento sobre o problema, nem ao menos técnicas comprovadas, nesses casos o que o médico pode fazer é aplicar os tratamentos já conhecidos

para amenizar o sofrimento do paciente, apesar de não visualizarem a fórmula de cura, descaracterizando, portanto, a responsabilidade, a não ser que verificado erro grosseiro.

Há grande divergência entre os doutrinadores quando se refere ao erro de diagnóstico derivado de informações erradas transmitidas pelo paciente ao médico, no sentido de haver isenção ou não da responsabilidade do profissional, grande parte dos doutrinadores afirmam que se o paciente fornece informação errada, o médico não deve ser responsabilizado.

Porém, seguindo posicionamento da minoria, conforme Fernanda Schaefer (2012, p. 73 e 74) tem-se que considerar que o paciente está em relação de inferioridade ao médico e demasiadamente exposto, por estar sensibilizado pode acabar por relatar sua enfermidade com gravidade não condizente com a realidade, não estando nesse caso omitindo os fatos ou contribuindo para o erro do médico, apenas acaba por não saber reproduzir seus, no entanto, o médico não pode ser negligente e parar por aí, devendo prosseguir com a investigação, solicitando exames para verificar o real problema do paciente.

Até porque o médico tem evidentemente mais conhecimentos do que o paciente e estudou para isso, não podendo exigir e esperar o mesmo de quem lhe procura. Ao agir com falta de diligências o médico deverá sim, se responsabilizar civilmente. Todavia, pode ocorrer a culpa concorrente quando se verifica a culpa tanto do médico quanto a do paciente, cabendo a cada um responder proporcionalmente.

Não há que se falar em erro de diagnóstico, muito menos em perda de uma chance, quando a culpa for inteiramente do paciente, por não ter cumprido determinações médicas, realizado exames, retornado para acompanhamento, repousado quando necessário para o tratamento.

Por fim, para haver o erro de diagnóstico tem que ser ato grosseiro, até porque existem muitos recursos, a ciência em geral está avançada o suficiente para o reconhecimento dos sintomas das doenças comuns e a prática do profissional, utilizando as normas de semiologia e os conhecimentos em patologia clínica, os quais facilitam no alcance do diagnóstico.

O ideal é, nem querer identificar apressadamente a enfermidade, sem tomar as medidas necessárias, e muito menos prolar a busca pelo diagnóstico, devendo desde logo recorrer às providências.

Almejando facilitar a compreensão sobre o tema, o próximo capítulo exemplificará o conteúdo abrangido no decorrer deste artigo, através de posicionamentos jurisprudenciais, demonstrando a aplicação da responsabilidade pelo erro de diagnóstico e a reparação baseada na teoria da perda de uma chance.

CAPÍTULO IV

4. Posicionamentos dos Tribunais

É de grande relevância demonstrar os posicionamentos dos tribunais em relação à temática abordada, a seguir uma das decisões mais marcantes de 2012 na área de direito privado, proferida pelo Superior Tribunal Justiça, com acórdão publicado dia 20 de fevereiro de 2013:

EMENTA:

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. (Grifos acrescidos) (BRASIL, 2013).

Nesse diapasão, percebe-se que o dano quando causado pela falha de tratamento, decorrente da inobservância dos procedimentos e exames necessários, ao invés de ser apenas e exclusivamente pela força da doença, aplica-se o dever de indenizar proporcionalmente ao dano causado, com base na teoria da perda de uma chance.

Ainda em referência ao posicionamento acima, o médico oncologista foi responsabilizado pela inadequação do tratamento de câncer, o qual ocasionou o óbito da

paciente, pela carência de quimioterapia e, por não ter sido recomendada pelo médico em momento algum, além da falha do profissional ao realizar a mastectomia parcial, quando o ideal era a mastectomia radical.

Foi constatado pela perícia que se o tratamento certo tivesse sido aplicado, haveria possibilidade de cura da paciente, sendo, portanto, evidenciada a imperícia, por não ter sido tomado pelo médico os procedimentos corriqueiros, nem ao menos, informou à paciente adequadamente sobre os riscos e a possibilidade de sucesso do tratamento, frustrando, contudo, a chance e gerando a obrigação de indenizá-la.

Houve, portanto, por unanimidade, condenação do recorrente a reparar em 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final pela chance perdida da vítima fatal, conhecendo apenas do recurso especial para reduzir de 20% a indenização fixada pela sentença mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por se tratar da perda de uma chance, em que a indenização não pode corresponder ao prejuízo final, mas sim, apenas à chance perdida, por não ter sido o médico o responsável integral pela morte do paciente.

Visualizemos mais um posicionamento jurisprudencial, desta vez, do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive bastante atual:

EMENTA:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MORTE DO FETO COM MAIS DE 39 SEMANAS DE GESTAÇÃO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTO PELOS GENITORES. ALEGAÇÃO DE CULPA MÉDICA. PERÍCIA QUE DEMONSTROU INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO MÉDICO A QUE SUBMETIDA A GESTANTE. **ILICITUDE DA CONDUTA VERIFICADA. NEGLIGÊNCIA DIANTE DO EXAME QUE APRESENTAVA CONDIÇÕES ALTERADAS E DIANTE DA NÃO REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS PARA AFERIÇÃO DO BEM-ESTAR FETAL. PERDA DA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ALEGADO ERRO E O RESULTADO.** SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Grifos acrescidos) (BRASIL, 2014).

O acórdão confirmou sentença proferida na primeira instância, a qual aferiu a negligência do profissional da saúde, de forma que a gestante tinha parto previsto para o dia 06/02/2012, porém no dia 30/01/2012 a gestante com fortes dores e contrações foi atendida pela ré, a qual liberou logo em seguida a paciente, estando a última apresentando exame de cardiocotografia alterado, ainda assim, diante de todas essas circunstâncias, a médica não realizou exames que deveriam ter sido realizados para aferição do bem estar do feto.

A prova pericial, de extrema importância para verificar a origem do dano, entendeu que a profissional, qual seja a parte ré, não realizou os exames, agindo com erro ao diagnosticar, quando lhe cabia anotar dados da história clínica, da palpação dos movimentos fetais, da ausculta intermitente de acelerações dos batimentos cardíacos fetais, da realização de cardiotocografia e até mesmo da controversa utilização do amnioscópico, averiguando, portanto, a completa negligência da médica ao liberar a paciente, por não haver naquele momento qualquer certeza do bem estar fetal.

Contudo, não há que se falar na obrigação de resultado do médico, mas sim da obrigação de meio. De fato, o médico não possui o dever de curar, porém, cabe ao profissional da medicina buscar pela solução do caso, agindo com dedicação e cautela.

Ao verificar que os exames importantes para a aferição do bem-estar fetal não foram realizados, tendo sido a autora liberada sem a necessária investigação, impedindo qualquer tentativa de sobrevivência do nascituro, era dever da médica a realização do procedimento e, assim sendo, é forçoso o reconhecimento pelo TJSP de que houve falha na prestação do serviço. E mais, com a aludida falha, os autores perderam a chance de terem sua filha viva e o nascituro perdeu a chance de nascer e de sobreviver, sendo concedida a indenização em danos morais aos pais.

CONCLUSÃO

A medicina é um meio para que o homem viva cada vez de forma mais digna, superando os seus limites físicos e alcançando o bem-estar, e não para regredir a condição humana.

Portanto, apesar dos riscos possíveis e imprevisíveis quando se trata diretamente com a vida, os profissionais da saúde devem sempre estar atentos para não contrariar a ética e sim para o real objetivo da profissão, que é trazer os benefícios de seus conhecimentos, salvando vidas e assegurar a saúde física e mental à humanidade, respeitando sempre a dignidade humana.

A aplicação da teoria estudada faz com que o médico atente para a necessidade de se manter atualizado e disposto a fazer o seu melhor, utilizando de todos os meios disponíveis pela ciência em favor do seu paciente.

O fato do paciente não conhecer os seus direitos é um agravante. Uma forma de reduzir inúmeros erros médicos é que a população tome consciência de seus direitos como paciente, entre eles, receber receita ou prontuário com letras legíveis, obter explicação clara e coerente sobre o seu estado de saúde. Não menos importante, é fazer com que os pacientes cumpram com seus deveres, quais sejam retornar ao médico quando solicitado, realizar os exames prescritos pelo profissional, cumprir com tratamento indicado, entre outros.

Uma forma para que o médico garanta reparação aos seus pacientes é utilizando o seguro de responsabilidade civil por dano a terceiro, ainda pouco adotado no Brasil, contudo, fornece cobertura à profissão do médico em suas atividades diárias, garantindo indenização ao prejudicado. Porém muitos médicos se negam a adotar tal seguro por serem tomados da autoconfiança.

No entanto, o seguro não é a melhor forma de evitar que os médicos ajam com descuido no momento de buscar pela solução almejada pelo paciente, na verdade, é uma forma apenas de assegurar ao paciente um retorno oneroso, diante ao prejuízo que lhe foi ocasionado. Ficando o dever de punir à justiça penal e quando se referir a infrações éticas caberá ao Conselho Regional de Medicina no qual o médico estiver inscrito.

Não se pode negar que a reparação de uma chance é fruto da incerteza do magistrado ao analisar, por não saber se o procedimento tomado pelo médico foi suficiente para ocasionar a irreversibilidade do dano, condenando o médico a reparar as chances de cura do paciente. Tendo em vista, pois, que o médico ao privar seu paciente de um tratamento adequado deverá se responsabilizar. Não podendo a Justiça ficar omissa ao interesse da cura.

Contudo, o juiz ao julgar, não deve apenas averiguar a chance perdida, como também a possibilidade do sucesso pretendido. Em situação que apesar de tomados todos os cuidados ou não, o paciente não conseguiria obter o resultado, tal hipótese excluirá a reponsabilidade do profissional, até por ter cessado a incerteza a respeito da recuperação.

Nesse diapasão, para de forma eficaz avaliar a perda de uma chance, cabe ao juiz indicar perito para colher as informações técnicas e elaborar o seu parecer, sendo uma das mais importantes provas para resolução do processo.

O médico deve analisar os sintomas do paciente no primeiro momento, consultando suas queixas dentro do próprio consultório e prescrevendo exames para reforçar a investigação da enfermidade, para que não implique em erro de diagnóstico, devido a

diagnóstico precipitado. O médico não pode sob nenhuma hipótese receitar medicamentos sem antes examinar o enfermo.

Fundamental é que não falem formas para responsabilizar o ofensor por dano causado, e que para todo dano haja uma reparação, nem que seja de forma proporcional, como ocorre na teoria da perda de uma chance. Deve-se verificar que caso a conduta negligente, imprudente ou imperita não tivesse ocorrido a vítima teria potencial chance de obter o resultado pretendido, devendo, portanto, a perda dessa chance ser indenizada.

REFERÊNCIAS

ANGERAMI-CAMON, Valdemar Augusto. **A ética na saúde**. São Paulo: Pioneira, 2002.

BRASIL, 2002. **Código Civil Brasileiro**. Editora Rideel.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ, Recurso Especial Nº 1.254.141/PR. Relator: Ministra Nancy Andrigli. Data de Julgamento: 04/12/2012, T3 - Terceira Turma.)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (TJSP, Apelação nº 0004354-64.2012.8.26.0320. Relator: Ana Lúcia Romanhole Martucci. Data de Julgamento: 20/02/2014, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.)

BORGES, Gustavo Silveira. **Responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos nas cirurgias estéticas: um estudo comparativo entre aspectos jurídico-civis no Direito Argentino e Brasileiro**. Revista Juridica (Porto Alegre. 1953).

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método, 2013.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM Nº 1931/2009**.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**- V.3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES DE OLIVEIRA, Mariana Massara. **Responsabilidade Civil dos Médicos: Repensando a Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente em Cirurgia Plástica Estética e seus Reflexos em Relação ao Ônus da Prova**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 11ª Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. **Bioética**. 3. ed. São Paulo: EDUSP, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.