

DO ERRO DE DIAGNÓSTICO E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ATENDIMENTO HOSPITALAR

*Renato Lovato Neto*¹³⁸

RESUMO

O artigo visa à explanação de conceitos teóricos e práticos sobre a responsabilidade civil do médico e do hospital quando da ocorrência de erro de diagnóstico, bem como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em situações desta espécie. Para tanto, busca os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários para a construção de um compêndio útil tanto para o entendimento do fenômeno para fins de estudo como para a proteção do paciente em situações concretas, visto que este constitui parte hipossuficiente nesta relação e carece de máxima tutela, tendo então os benefícios da inversão do ônus da prova, da prescrição dilatada e da responsabilização objetiva do prestador de serviços de saúde, sob a condição de demonstração da culpa do médico. Ainda, o trabalho explora as nuances basilares da teoria da perda de uma chance e a sua aplicação no ordenamento pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: erro de diagnóstico; erro médico; responsabilidade civil do médico; teoria da perda de uma chance; hospital.

ABSTRACT

The article is the explanation of theoretical and practical concepts about the responsibility of doctors and hospital when a misdiagnosis occurs, and the application of the Code of Consumer Protection in situations of this kind. Therefore, it seeks jurisprudential and doctrinal understandings to build a useful compendium to the understanding of the phenomenon for study and for the protection of patients in those specific situations, as this is part of a disadvantage in this relationship and requires maximum protection, thus having the benefits of inversion of the onus of proof, dilated prescription and objective responsibility of the health service, under the condition of the demonstration of the doctor's fault. Also, the work explores the nuances of the basic theory of the loss of a chance and the implementation in the national legal order.

KEYWORDS: diagnosis error; medical malpractice; torts; theory of loss of a chance; hospital.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. **2** Erro de diagnóstico indenizável. **3** Responsabilidade do Hospital e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. **3.1** Responsabilidade do Médico. **3.1.1** Médico não atua como profissional liberal no pronto-socorro. **3.2** Relação de Consumo Paciente-Hospital. **3.2.1** Prescindibilidade do fim comercial. **3.2.2** CDC Aplicado a Quaisquer Tipos de Obrigação. **3.3** Inversão do Ônus da Prova. **4** TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. **5** PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO. **6** CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva a elucidação de conceitos basilares à compreensão do tema, tais como as noções de médico, hospital e paciente, visto que são estas as partes presentes nas

¹³⁸ Aluno do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.



relações em que ensejam a reparação civil devida por dano oriundo de erro de diagnóstico.

O erro de diagnóstico carece de tratamento legislativo, sendo tão somente uma hipótese previsível no mundo real que pressupõe uma construção doutrinária e jurisprudencial para o correto socorro do paciente vitimado, quer dizer, não há um único dispositivo no ordenamento jurídico pátrio que mencione a situação, o que consiste em uma lacuna estrondosa em face da ocorrência comum de tal modalidade.

O erro de diagnóstico ocorre cada com mais frequência nos hospitais brasileiros, devido ao aumento da carga de trabalhos dos médicos, isto é, com o regime de doze por trinta e seis comum aos trabalhadores dos serviços de saúde, que permite o exercício simultâneo de até três vínculos de emprego com diferentes hospitais. Não configura tarefa complexa compreender os efeitos que exaustivos ambientes de trabalho podem resultar no desempenho da atividade médica e a condição propícia a erros que o estresse proporciona, sendo de fácil constatação as chances de ocorrência de uma análise malsucedida do quadro clínico do indivíduo que busca no médico a solução de sua enfermidade.

A pesquisa, assim, tem a finalidade de expor os liames da relação entre médicos, hospitais e pacientes e a devida aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que permite a tutela especial do paciente, parte hipossuficiente da tríade, que se torna cada vez mais vítima de médicos despreparados e cansados que atendem pacientes de forma massificada e negligente. Além disso, busca servir como uma orientação aos pacientes que são afligidos por tais mazelas e não buscam no Poder Judiciário a necessária reparação dos danos.

170 O presente artigo visa analisar como ocorre o erro de diagnóstico, como se averigua a responsabilidade civil que dele resulta e o papel do médico e do hospital, o cabimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de serviços médicos, esboçar parâmetros básicos para verificação da extensão do dano decorrente do erro de diagnóstico (seja ele material, estético ou moral), conferir a responsabilidade do médico e do hospital, de acordo com sua conduta, culpa e nexos causal – bem como o vínculo jurídico entre médico e hospital – e a sistemática da “teoria da perda de uma chance” sua aplicação pelo Poder Judiciário pátrio.

2. ERRO DE DIAGNÓSTICO INDENIZÁVEL

O médico, quando atua, além dos erros na atuação concreta, isto é, no tratamento e em cirurgias, pode cometer **erro de diagnóstico**, sendo que este, em face da sistemática da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, resulta no direito à indenização da vítima. Na realidade, o erro de diagnóstico em si, a princípio, não geraria o direito à indenizável, salvo quando grosseiro.

Miguel Kfoury Neto (2001, p. 81) salienta que o erro de diagnóstico se caracteriza pela “eleição do tratamento inadequado à patologia”, o que resta consolidado no caso, visto que o prestador de serviços sequer designou algum tratamento. Na mesma obra (KFOURI NETO, 2001, p. 81), disserta que:

A questão deverá ser deslindada pela regra geral: se, naquelas circunstâncias, com os meios de que dispunha, o profissional não se desviou crassamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa – e, por conseguinte, estará arredado o dever de indenizar.

O contrário ocorrerá, por óbvio, se o médico não utilizou todos os recursos à sua disposição, para elevar o grau de certeza diagnóstica.



Na medida em que diagnóstico seria um juízo acerca do estado de saúde do paciente, o médico, ao exercê-lo, chega a uma conclusão totalmente falha, causando o sofrimento indevido.

Ora, nos termos do artigo 927 do Código Civil (CC), quem causa dano a outrem via ato ilícito fica obrigado a repará-lo e, sendo que o médico que diagnostica erroneamente o paciente pode fazê-lo por culpa (imperícia, negligência ou imprudência) ou dolo, cometendo ato ilícito e causando-lhes prejuízos – artigo 186 do CC.

Gonçalves (2007, p. 405) disserta que:

(...) se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, (...) maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso.

Importa destacar trecho da obra supra citada do Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, Desembargador Miguel Kfoury Neto (2001, p. 83), onde reflete que “o médico, portanto, que não revela o cuidado exigível na conduta diagnóstica em responsabilidade civil”.

171

3. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O hospital aonde o médico exerce a sua profissão consiste em uma fornecedora de serviço, como prescreve o artigo 3º, *caput* e §2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), na medida em que é uma pessoa jurídica privada ou pública, nacional ou estrangeira, que desenvolve atividade de prestação de serviços (atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração). Assim sendo, pode-se concluir pela adequação da aplicação do CDC em casos de erro de diagnóstico, o que permite a interpretação da relação entre médico, paciente e hospital pelos princípios do direito consumerista.

O paciente, por sua vez, está na posição de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, como pessoa natural que utiliza serviços.

Portanto, com a aplicação do CDC no caso concreto, cabe a imposição do artigo 14 do referido diploma, segundo o qual ocorre a responsabilidade do hospital pelo *fato do serviço*, na prestação do serviço, prescindindo da averiguação de culpa em sua conduta ou do seu empregado, ou seja, *a responsabilidade do nosocômio é objetiva*, consolidada no *caput* e no §3º - de onde se conclui que, se há vínculo entre médico e hospital, cabe a demanda de reparação apenas contra o estabelecimento com a prova da existência do dano, sendo que o hospital deve provar alguma das causas de excludente de responsabilidade do artigo 14, §3º.

O artigo 20, §2º, do CDC, prevê que o fornecedor de serviços responde pelo *vício de qualidade* destes, sendo “impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. O serviço prestado pelo hospital em casos de erro de diagnóstico para



absolutamente inadequado para a consecução do fim proposto, qual seja, a concretização da sanidade do paciente, com o apontamento do meio de tratamento próprio para a cura da lesão que a affigia, incumbindo ao hospital e ao médico o dever de reparar o dano.

A interpretação da relação entre as partes mediante a ótica do CDC permite a aplicação de alguns princípios e direitos materializados nesta lei, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, inc. I), tendo ainda o consumidor alguns direitos básicos previstos no art. 6º, como proteção da vida e saúde (inc. I), efetiva prevenção e reparação de danos (VI), acesso à justiça (VII) e inversão do ônus da prova (VIII).

A leitura do dispositivo supra viabiliza a extração de algumas ponderações quanto aos direitos do paciente vitimado. Primeiramente, um princípio básico do CDC figura plenamente desrespeitado em situações de erro médico, quando do comprometimento da saúde e capacidade laboral através do diagnóstico errado do profissional e da prestadora de serviços de saúde, obrigando a paciente a viver dias em situação infeliz que poderia ser evitado.

Em segundo momento, constatado o erro de diagnóstico e o resultado dano moral, cabe o requerimento ao Poder Judiciário de reparação deste dano de forma efetiva, sendo esta apreciação pelo Judiciário também direito fundamental objetivado na Constituição Federal (CF/88), no artigo 5º, inciso XXXV.

Por fim, cabe, sob o poder discricionário do Magistrado, a determinação da *inversão do ônus da prova*, na medida em que o paciente se mostra parte hipossuficiente em face da grandiosidade que um hospital se demonstra em relação aos seus pacientes, bem como, se presente, a verossimilhança dos fatos alegados pela vítima.

Nada mais a acrescentar quanto à aplicação do CDC nas relações entre hospitais e pacientes, observa-se que a jurisprudência é unânime nesta questão, como se pode aferir de ementa do STJ:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu

corpo clínico no atendimento.

3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido.

(REsp 696.284/RJ, Relator Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, DJe

18/12/ 2009).

Maria Helena Diniz (2008, p. 300 – 301) destaca que o contrato médico – que nasce quando o médico atende a um chamado e que cria a obrigação de meio – contém, implicitamente, o dever de cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, sendo responsabilizado se não der assistência ao seu cliente.

3.1. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A responsabilidade do hospital, assim, é objetiva, enquanto a do médico causador do dano é subjetiva, devendo ser demonstrada a sua culpa, conforme o artigo 14, §4º, do CDC.

Quanto a esta responsabilidade médica, o Código de Ética Médica traz em seu bojo a proteção do paciente contra atos ilícitos dos médicos, como no art. 1º do Capítulo III, que trata da responsabilidade do médico:

É vedado ao médico:

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

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

Ainda, o artigo 27 do Capítulo IV, do Código de Ética Médica, que diz respeito aos direitos humanos, proíbe o médico de desrespeitar a integridade física dos pacientes, como ocorre com o paciente lesionado.

3.1.1. MÉDICO NÃO ATUA COMO PROFISSIONAL LIBERAL NO PRONTO-SOCORRO

Os médicos que exercem a profissão dentro de hospital não podem ser colocados como sem nenhum vínculo jurídico com a instituição, na medida em que se apresentam, pelo menos ao paciente, como atuando em seu nome – muitas vezes, por exemplo, vestindo jalecos com o nome e logomarca da instituição e emitindo receitas e demais documentos em papel timbrado do estabelecimento.

Quer dizer, há no mínimo uma aparência de vinculação ao hospital aos olhos do paciente, que não busca, no caso do pronto-socorro, o serviço de um médico específico, mas sim



o atendimento que a pessoa jurídica oferece, independente do sujeito que irá atendê-lo – e desresponsabilizar o hospital seria contrário ao bom senso e exigiria que o paciente, no momento de angústia e sofrimento quando se encaminha a um hospital, averiguasse se aquele profissional é ou não empregado da instituição, para ter certeza da responsabilidade do fornecedor de serviços.

Outrossim, um médico que exerce a clínica geral em um hospital não tem autonomia, pois segue horários (de plantão, por exemplo), atende os pacientes que lhe são encaminhados pela recepção, atua com o jaleco do hospital, recebe ordens de seus superiores, oferece sua mão-de-obra de forma não eventual (constante) em troca de alguma remuneração, o que caracterizaria o vínculo de emprego, com a configuração dos requisitos da subordinação, pessoalidade, permanência e onerosidade.

Na realidade, nem é necessária a relação de emprego, pois o artigo 932, inciso III, do CC é claro em firmar que a instituição é responsável pela reparação civil ocasionada pela conduta de seus “empregados, serviçais e prepostos”, enquadrando-se os subordinados – ao menos os sem vínculo de emprego no sentido estrito do Direito do Trabalho – na categoria de prepostos.

A única hipótese de desresponsabilização do hospital pelos atos do médico seria quando este apenas utiliza as instalações hospitalares, quando usufrui destas para, por exemplo, realizar uma intervenção cirúrgica, quando então realmente não há nenhum vínculo entre ele e o hospital.

Todavia, não é esta a situação nas ocasiões de atendimentos feitos, por exemplo, via pronto-socorro, quando o médico atua em nome do hospital e assim se apresenta ao paciente. Por estes motivos, não há como considerar que o médico atue como profissional liberal (quando não for meramente a utilização das instalações do hospital para internação, cirurgia, etc.) e seja o único responsável pela reparação do dano em erro de diagnóstico, sendo este entendimento assentado no STJ, que, mesmo em caso do médico apenas pertencer ao corpo clínico:

174

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ

1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

3.- Recurso Especial do hospital improvido.

(STJ, REsp 1184128 / MS, Relator Ministro Sidnei Beneti,



Terceira Turma, DJe 01/07/2010)

Ora, o atendimento prestado no ponto-socorro, por exemplo, não tem a mesma natureza do proporcionado pelo profissional liberal que, para efetuar um procedimento cirúrgico em paciente que atende (seja dentro ou fora do hospital), utiliza, mediante contrato com o fornecedor de serviços hospitalares, a infra-estrutura – sala de cirurgia, enfermeiros, apartamentos e enfermaria, entre outros – disponível a ele e outros profissionais do ramo para a realização de intervenções do gênero.

O hospital tem responsabilidade *in eligendo e in vigilando* quanto aos profissionais que atuam dentro de suas dependências, na medida em que escolhe quem atenderá o indivíduo e assim atribui a ele a função de desempenhar o atendimento médico com maestria, bem como deve fiscalizar a atuação dos membros do corpo clínico que atuam como seus empregados ou prepostos. Cabe ressaltar que o paciente, no momento da chegada ao hospital, não contrata diretamente com o médico, mas sim com o primeiro.

3.2. RELAÇÃO DE CONSUMO PACIENTE-HOSPITAL

3.2.1. PRESCINDIBILIDADE DO FIM COMERCIAL

A constatação de uma relação de consumo prescinde do objetivo comercial, quer dizer, o fornecedor de serviços não precisa ter finalidade lucrativa no desenvolvimento de suas atividades. Ora, não existe previsão legal deste requisito, sendo impertinente considerá-lo como elemento para desconstituir uma relação de consumo.

Além disso, o fato da pessoa jurídica prestadora de serviços de saúde se enquadrar como entidade sem fins lucrativos não retira a possibilidade da atividade exercida gerar lucro, mas apenas resulta na vedação de divisão do lucro entre os sócios, quer dizer, a ausência de finalidade comercial *não inibe o resultado lucro* na prestação de serviços, o que nada altera a relação de consumo entre o paciente e o Hospital.

Não é necessário o objetivo comercial, em face da interpretação do CDC, para a constituição da relação de consumo. Aliás, nem mesmo a remuneração surge como condição para existência da relação consumerista, devendo apenas a pessoa jurídica fornecer os serviços e o consumidor utilizar o serviço como destinatário final.

Quanto aos serviços prestados via DPVAT, SAS ou SUS, embora sejam gratuitos ao consumidor, o Estado arca com os custos, quer dizer, a pessoa jurídica hospital não banca os gastos com a prestação dos serviços ofertados, existindo, assim, a remuneração (artigo 3º, §2º, CDC) – não servindo como causa de afastamento do CDC o argumento da gratuidade ao paciente como elemento desconstituído da relação do consumo, pois o paciente não deixa de ser destinatária final na utilização do serviço e o hospital recebe pelos serviços oferecidos.

Claudia Lima Marques (em *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, 2006, p. 114) relata que a expressão “mediante remuneração” empregada pelo artigo 3º do CDC consiste em:

(...) uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) (...). A expressão “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.



Rizzatto Nunes (2009, p.123) coloca, ao comentar sobre a ausência de pagamento direto pelo consumidor ao fornecedor de serviços, que:

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente **nada é gratuito no mercado de consumo**. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. (...) Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. **Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.** (...) Para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço. (...) Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta “gratuidade”. (...) Assim, estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. (...) Não é porque algum tipo de serviço público não esteja sendo pago diretamente – ou sequer esteja sendo cobrado – que está abrangido pelas regras do CDC. (...). **Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantido e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos. Há os serviços públicos que são cobrados, mas, ainda que não o sejam, repita-se, são serviços típicos da relação de consumo que se instaura com o cidadão-consumidor. (grifo nosso)**

176

3.2.2. CDC APLICADO A QUAISQUER TIPOS DE OBRIGAÇÃO

O CDC pode ser aplicado a qualquer tipo de relação de serviços, o que configura de elementar importância ao constatar que as obrigações por serviços médicos em geral são **de meio** (salvo casos específicos como cirurgia plástica). Na realidade, o referido diploma pode ser aplicado a obrigações de meio e de resultado.

Todavia, não é a qualidade da obrigação (de meio ou de resultado) que viabiliza a aplicação do CDC, pois, em caso de obrigação médica como de meio, não é o resultado discrepante do esperado que enseja a reparação civil, mas sim o dano que poderia ter sido evitado se o médico tomasse as diligências exigidas pela situação concreta.

Com relação à aferição da responsabilidade do profissional quando o objetivo constitui uma obrigação de meio, Roberto Senise Lisboa (2001, p.253) coloca que:

Obrigação de meio é aquela que deve ser cumprida pelo devedor (no caso, o profissional liberal fornecedor) com toda a prudência e diligência, submetendo-se o credor (no caso, o consumidor) ao risco de não obter o resultado desejado. **A prudência e a diligência que se exige do profissional liberal deve ser aferida de acordo com o critério da razoabilidade, verificando-se se a conduta adotada pelo fornecedor foi**



aquela que ordinariamente se esperaria que uma pessoa, com o conhecimento técnico dele, tomaria em determinada situação. O grau de diligência do fornecedor é elemento essencial para que o resultado colimado pelo consumidor seja atingido. Porém, o resultado é elemento estranho à obrigação de meio, gerando-se para o profissional liberal, neste caso, a irresponsabilidade pela frustração da expectativa do consumidor. **A obrigação de meio proporciona ao consumidor a assunção de uma *alea*, de vez que ele pode exigir tão-somente o exercício da atividade do fornecedor, de forma prudente e diligente,** submetendo-se ao resultado futuro, ainda que ele não lhe seja favorável. **(grifo nosso)**

Rizzato Nunes (2009, p. 226) traz uma interessante ponderação sobre o ato de diagnóstico dos profissionais de saúde e sobre a real natureza desta obrigação quando o paciente se dirige a ele, entendendo que seria, na verdade, uma obrigação de resultado, enquanto o efetivo tratamento da moléstia seria uma atividade meio:

Todavia, pergunta-se: é mesmo fato que o profissional liberal não desenvolve atividade-fim? Não haverá certos serviços oferecidos e executados pelos profissionais liberais que são, em si, atividade-fim e não de meio?

A resposta é sim, há.

Alguns serviços profissionais são de fim, exatamente porque:

- a) pressupõem a capacitação profissional do prestador do serviço;
- b) não dependem de nenhuma outra circunstância – como acontece na atividade-meio, conforme visto acima – a não ser da própria habilitação profissional do prestador do serviço.

Assim, por exemplo, **se um dentista examina a radiografia que acaba de tirar da arcada dentária de seu cliente e diagnostica** que o dente tem de ser extraído, por problema insolúvel lá existente, e resolve extraí-lo, e, depois, verifica-se por exame correto feito por outro dentista que o dente não deveria ter sido extraído, trata-se de defeito da prestação do serviço, que é tipicamente de fim e não de meio. O serviço-fim foi o exame da radiografia e a decisão de extração do dente. É muito diferente do dentista que corretamente diagnostica pelo **exame da radiografia** que tem de extrair o dente – **atividade-fim** – e, depois, o cliente acaba tendo complicações na gengiva no local do dente extraído (atividade-meio, cujo resultado não dava para assegurar). **(grifo nosso)**

Sendo a citação retro perfeitamente aplicável quanto ao diagnóstico de um médico, se afere que este ato pode ser interpretado como atividade-fim e uma obrigação de resultado, que vincula o profissional a encontrar o mal que aflige o paciente e não a cura propriamente dita, com o emprego de todos os meios a sua disposição. Uma vez efetivado o diagnóstico mal realizado, este defeito acarreta todo o tratamento que é erroneamente ministrado e sujeita o paciente a uma dor que não precisaria suportar.



3.3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cabe reiterar que, quando o paciente se encontra prejudicado por responsabilidade de hospital, deve ser requerida a determinação da **inversão do ônus da prova**, sob o poder discricionário do Magistrado, porque a vítima é parte hipossuficiente, nos termos do art. 6º, inciso VIII, CDC.

O aludido dispositivo consiste em mecanismo para evitar a desigualdade no processo quando se trata de relação de consumo, com o fim de mitigar a previsão do artigo 333, inciso I, do CPC, quer dizer, busca-se que o médico e o hospital provem a inexistência de erro médico no caso e a não ocorrência de qualquer culpa do profissional médico ao invés de deixar ao encargo do paciente a prova do fato, sendo esta parte com muito menos recursos à disposição.

Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 391) encerra a questão:

Por outro lado, não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor (...).

178

4. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Importa salientar outra vertente da responsabilidade civil quando se trata de erro médico em sua modalidade erro de diagnóstico, qual seja, a responsabilidade oriunda da perda de uma chance. Esta teoria consiste em uma criação jurisprudencial francesa da década de 1960, com o nome de *“perte d’une chance”*, aplicável ao médico que emana diagnóstico equivocado, e se materializa pela situação em que o médico, por não ter utilizado todos os meios de investigação e tratamento a sua disposição a um paciente, suprimiu uma chance do paciente se recuperar total ou até mesmo parcialmente de determinada moléstia.

A reparação na perda de uma chance não decorre do efetivo dano, mas da chance real e séria de ganho ou de inibição de um dano, e a partir dela a demonstração do nexo de causalidade – aqui já discorrido e demonstrado – entre a culpa do médico e o dano, visto que a culpa já se revela pelo fato do profissional ter suprimido a chance de cura do paciente, devendo a oportunidade perdida ter potência para comprometer a integridade física do paciente.

Neste sentido, Miguel Kfoury Neto (2002, p. 99) reflete que “a jurisprudência tem considerado que o erro de diagnóstico, que determina tratamento inadequado, acarreta a perda de uma chance de cura (...) isso daria ao paciente direito a obter reparação, nos limites dessa chance perdida”.

Ainda, perda de uma chance não se confunde com lucro cessante, que consiste em prejuízo futuro fruto de determinado dano e que se consolida como prejuízo patrimonial ao lesado.

Com estas considerações, pode se concluir que cabível é a indenização pela perda de uma chance derivada do erro de diagnóstico. Esta teoria vem sendo aplicada pelo STJ:



RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ

(...)

(STJ, REsp 1184128 / MS, Terceira Turma, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2010)

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2008, p. 303), aponta que o médico não pode ultrapassar os limites contratuais, devendo responder pelos danos que causar se:

(...) agiu negligentemente (...) ou imprudentemente no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou de técnica (...). **Responderá também pela perda da chance de vida e integridade psicofísica** do paciente se por culpa sua as comprometeu, limitando as possibilidades de cura; embora a ação culposa do médico não tenha causado diretamente o dano. (**grifo nosso**)

5. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

179

O CC, em seus artigos 186 e 206, §3º, inciso V, determina que, violado o direito, nasce ao titular à pretensão a reparação, que se extingue pela prescrição no prazo de *três anos*, se autorizada a aplicação do CDC em erro de diagnóstico pela prestação do serviço hospitalar, o prazo passa a ser de *cinco anos* para buscar a reparação pelos danos causados por fato do serviço (art. 14 do código consumerista), como prevê o artigo 27 da Lei nº 8.078/1990.

Ainda, o prazo, seja de três ou cinco anos, apenas começa a fluir a partir da data de conhecimento do dano, isto é, somente começa a correr a partir do momento em que a vítima tem ciência do erro médico.

O termo inicial da fluência do prazo prescricional não seria então a data da conduta médica. Ora, o prazo, em caso de erro médico, não pode ter sua contagem realizada a partir do momento do evento danoso, pois muitas vezes o paciente não tem conhecimento da extensão do dano, quando então não se pode pretender que ele ajuíze uma demanda pleiteando a reparação civil deste dano.

O STJ firmou o entendimento de que o termo *a quo* da prescrição em caso de erro médico consiste na data da ciência do próprio erro médico e da extensão do dano ocasionado por este:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CONHECIMENTO DA LESÃO POSTERIORMENTE AO FATO LESIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA CIÊNCIA.

1. Ignorando a parte que em seu corpo foram deixados instrumentos utilizados em procedimento cirúrgico, a lesão



ao direito subjetivo é desconhecida e não há como a pretensão ser demandada em juízo.

2. O termo a quo do prazo prescricional é a data em que o lesado tomou conhecimento da existência do corpo estranho deixado no seu abdome.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(STJ, REsp Nº 1.020.801 - SP 2007/0310759-9, Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe: 03/05/2011)

6. CONCLUSÃO

Importa ressaltar que o profissional médico tem responsabilidade pelas consequências de sua conduta e, além dos erros médicos oriundos de tratamentos das moléstias, ainda há o erro de diagnóstico, que acontece no contato preliminar com o paciente, antes mesmo do início dos procedimentos de cura. Na realidade, o erro de diagnóstico consiste em um juízo acerca do quadro clínico de quem ele trata, ministrando um tratamento errôneo para o caso e, se isso causar danos à vítima, devem ser indenizados, à luz dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

A situação em que um médico atua dentro de um hospital e em nome dele se figura deveras peculiar, pois o primeiro exerce sua profissão sob a gerência de uma prestadora de serviços, bem como os pacientes se caracterizam como consumidores dos serviços oferecidos, o que viabiliza absolutamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nestas hipóteses – criando benefícios e privilégios à parte hipossuficiente, qual seja, o paciente.

180

A aplicação do CDC permite a aferição da responsabilidade objetiva do hospital por fato do serviço quando o médico parte de seu corpo clínico comete erro de diagnóstico, enquanto este deve ter a sua responsabilidade apreciada de forma subjetiva e deve ser provada a sua culpa. Todavia, o juiz tem o poder discricionário de determinar a inversão do ônus da prova em face da hipossuficiência do paciente, quando então o médico deverá provar que não cometeu o erro de diagnóstico.

A comprovação de existência de um vínculo empregatício conforme o Direito do Trabalho entre o médico e o hospital para a responsabilização do segundo se torna imprescindível, sendo que basta a configuração de requisitos, mesmo mitigados, de subordinação (quando há uma hierarquia no exercício profissional), pessoalidade (o médico efetua pessoalmente aquela prestação de serviços em prol do hospital) e a onerosidade (há algum ganho por parte do médico), ficando a permanência em posição mais secundária.

Ao erro de diagnóstico cabe a aplicação da teoria da perda de uma chance, que pressupõe uma chance real e séria de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, resultado não alcançado devido ao procedimento adotado pelo autor do ato causa, devendo ser uma expectativa legítima e não possibilidades tão somente hipotéticas.

A reparação na perda de uma chance não decorre do efetivo dano, mas da chance de ganho ou de inibição de um dano, e a partir dela a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano, visto que a culpa já se revela pelo fato do profissional ter suprimido a chance de cura do paciente. A chance perdida deve ter potência para comprometer a integridade física do paciente com o fato de ter sido prescrito tratamento inadequado à sua moléstia.

Embora o Código Civil disponha que prescreve a pretensão à reparação de danos em três



anos, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor eleva este prazo para cinco anos, o que advém da tutela especial do paciente-consumidor, parte mais frágil na relação com o hospital e o médico. Além disso, o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do dano e do erro médico, pois não se pode obrigar o paciente a pedir uma indenização de um prejuízo que nem tem a ciência de que ocorreu.

Por fim, cabe ressaltar a ausência de legislação específica que trate do erro médico, que tem a sua sistemática construída a partir da jurisprudência e da doutrina. Desta forma, no cotidiano da aplicação de casos concretos surgem lacunas que devem ser preenchidas com a interpretação mais favorável ao paciente, indivíduo mais fraco perante a atuação do médico e a imponentia do hospital, assim como a fragilidade em que se encontra quando tem sua saúde agravada pela conduta de quem ele esperava que sanasse a sua enfermidade.

REFERÊNCIAS

- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 7, *Responsabilidade Civil*. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Culpa médica e ônus da prova*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- RIZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. São Paulo, 2009.

