Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito
Curso de Direito Médico

WANDERLEY VERTELA VIANA

ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Rio de Janeiro

2018

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito
Curso de Direito Médico

WANDERLEY VERTELA VIANA

ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado a Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para obtenção do título de Especialista em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Macena de Figueiredo

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V614e

Viana, Wanderley Vertela.
Erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance / Wanderley Vertela Viana. - 2018.

96 f.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Macena de Figueiredo.

Monografia (Especialização) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2018.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Erros médicos. 3. Diagnóstico. I. Figueiredo, Antônio Macena de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Bibliotecária Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia de especialização, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

WANDERLEY VERTELA VIANA

ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO
E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do titulo de Especialista em Direito Médico da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Macena de Figueiredo

Prof. Dr. Antônio Macena de Figueiredo
Faculdades de Direito da UERJ

Prof. Dr. Juiz – Álvaro Henrique F. de Almeida
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Defensora Púbica – Prof[ra.] Dra. Elida Seguin
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, 10 de Março de 2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais a todos os meus familiares, aos meus professores, amigos, colegas, e funcionários da UERJ e todos que de alguma forma que contribuíram para o meu crescimento profissional.

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Agradeço a todos os professores que me acompanharam durante o curso em especial ao meu professor orientador Dr. Antônio Macena de Figueiredo que teve a paciência e que me ajudou bastante a concluir este trabalho.

Agradeço também aos meus pais, irmãos, esposa e a toda minha família, minha Mãe pelo seu cuidado e dedicação ao meu pai e todos familiares que de certo estão espiritualmente torcendo por mim e a todos os meus amigos colegas e funcionários da UERJ, pelo incentivo e apoio constante.

EPÍGRAFE

“Feliz é aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina!”

Cora Carolina

RESUMO

O trabalho abordará, aspectos éticos, legais, técnicos e teóricos de como o erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, se faz necessário neste estudo tem como objetivo analisar se o fato ocorre com a má formação do profissional da medicina ou se são os baixos salários e o sucateamento do Sistema Único de Saúde (SUS), e a carga horária de trabalho excessiva, para ter um salário digno, que desperta desinteresse dos novos profissionais que acabam levando a erros e falhas grosseiras, já que com o avanço tecnológico e a modernização de equipamentos ficam mais evidente e difícil para o profissional explicar erros tão grosseiros. Se a teoria da perda de uma chance constitui realmente uma vantagem perdida, um benefício para o lesado, a vítima por se lhe ter suprido a oportunidade de um ganho ou benefício, a subtração da própria oportunidade desse ganho, independente de qualquer consideração quando a vantagem em si que deixou-se de auferir. O estudo apoiar-se-á na revisão da literatura médica da responsabilidade civil, leis, regulamentos, jurisprudências, doutrina e código de ética médica. Trata-se de uma abordagem descritiva predominantemente, qualitativa apoiada na revisão da literatura especializada. O estudo demonstrou a carência na formação atual dos profissionais da medicina, e o desinteresse no trabalho levando à erros e falhas grosseiras, com a responsabilização civil e penal desses profissionais e a teoria da perda de uma chance, como uma forma de dano diferente do dano hipotético, que está crescendo sim o entendimento nos órgãos jurisdicionais brasileiros sobre a teoria da perda de uma chance, e pode ser sim considerado uma vantagem ou benefício para o lesado diferentemente do dano hipotético, e não fazendo parte da tão criticada indústria do dano que cresceu no país.

PALAVRAS-CHAVES: Erro Médico, Diagnóstico, Teoria, Perda de Uma Chance.

ABSTRACT

The paper will address ethical, legal, technical and theoretical aspects of how the medical error of diagnosis and the theory of loss of a chance, if necessary in this study. Its objective is to analyze if the fact occurs with the bad training of the medical professional or if it is the low salaries and the scrapping of the Unified Health System (SUS), and the excessive working hours, to have a decent salary, that awakens disinterest of the new professionals that end up leading to errors and gross failures, since with the technological advance and the modernization of equipment they become more evident and difficult for the professional to explain so gross errors. If the theory of the loss of a chance is really a lost advantage, a benefit to the victim, the victim for having been given the opportunity of a gain or benefit, the subtraction of the opportunity itself of that gain, regardless of any consideration when the advantage in himself he ceased to receive. The study will support the review of medical literature on civil liability, laws, regulations, jurisprudence, doctrine and code of medical ethics. This is a predominantly qualitative descriptive approach supported by the literature review. The study demonstrated the lack in the current training of medical professionals, and the lack of interest in the work leading to errors and gross failures, with the civil and criminal responsibility of these professionals and the theory of loss of a chance, as a form of damage other than harm hypothetical, which is growing rather the understanding in the Brazilian courts on the theory of loss of a chance, and can be considered as an advantage or benefit for the injured differently from hypothetical damage, and not being part of the much criticized industry of the damage that has grown in the country.

KEYWORDS: Medical Error, Diagnosis, Theory, Loss of Chance.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1-INTRODUÇÃO..... **11**
1.1 JUSTIFICATIVA..... **17**
1.2 PROBLEMA..... **18**
1.3 OBJETIVO..... **19**
1.3.1Objetivo Geral..... **19**
1.3.1 Objetivo Específico..... **19**

CAPÍTULO 2 – MÉTODOS E TÉCNICAS..... **21**

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA..... **22**

3.1CONCEITO..... **22**
3,2 CÓDIGO DE HAMURABI E A LEI DAS XII TÁBUAS..... **28**
3.3 O DIREITO ROMANO..... **34**
3.4 A INFLUÊNCIA GREGA..... **37**
3.5 O DIREITO ÁRABE..... **38**
3.6 ORIGENS NO DIREITO EUROPEU: FRANÇA E ESPANHA..... **40**
3.7 A EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO..... **47**

CAPÍTULO 4 - ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO..... **49**

4.1 ERRO GROSSEIRO..... **54**
4.2 ERRO MÉDICO E CULPA MÉDICA..... **55**
4.3 IMPRUDÊNCIA..... **58**
4.4 NEGLIGÊNCIA..... **58**

CAPÍTULO 5 - DIREITO E DEVERDO MÉDICO..... **62**

5.1CONCENTIMENTO INFORMADO..... **63**
5.2RESPONSABILIDADE OBJETIVA (TEORIA DO RISCO)..... **65**
5.3RESPONSABILIDADE SUBJETIVA..... **68**
5.4ESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL..... **70**
5.5DEVER DE INFORMAR..... **72**

CAPÍTULO 6 - A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE..... **74**

6.1OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA ATIVIDADE MÉDICA..... **76**
6.2A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO ESTRANGEIRO..... **82**
6.3A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO..... **85**

CAPÍTULO 7- CONCLUSÃO..... **89**

REFERÊNCIAS..... **91**

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo sobre erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, com o presente trabalho, pretende-se abordar a temática desse estudo erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, matéria cada vez mais suscitada no meio jurídico, e bastante controversa, tendo em vista a necessidade de análise da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico atual, devido a falta de discursão sobre a sua natureza jurídica, questionando doutrina e jurisprudência acerca do seu cabimento e também de sua diferenciação para com o dano hipotético, em razão de relevante e inúmeras ações nos órgãos jurisdicionais, aos quais pergunta-se e faz averiguar quais os parâmetros lógicos para a aplicação de tal teoria, sem que se envereda para a seara da tão atualmente criticada indústria do dano e se o erro médico de diagnóstico com a teoria da perda de uma chance acabaram reduzindo e até mesmo retirando do paciente a chance de cura, importante ainda, a identificação do erro médico de diagnóstico e as hipóteses em que autorizam indenizações para que, então possa ser analisada a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance, nos casos em que são reduzidas as possibilidades e muita das vezes levando seqüela do paciente, causando danos irreparáveis não só físicos, mais também psicológicos, por falha ou erro de um diagnóstico rápido e preciso e muitas das vezes, por negligência, imprudência ou imperícia. (artigo 951 do Código Civil disposto nos artigos 948, 949, 950 do Código Civil). O erro de diagnóstico é na verdade um dos erros do médico dentro os vários classificados como erro do médico.

Na verdade considerando o diagnóstico médico uma obrigação de meio, pois, depende de outros exames complementares que envolvem outros profissionais, o médico geralmente não responde dolosamente, pois não depende somente daquele diagnóstico para cura e tratamento do doente, envolvem vários fatores, inerentes ao fato, o erro de diagnóstico não gera a responsabilização do médico por dois motivos, na maioria das vezes o erro de diagnóstico é na realidade um erro da própria ciência, é uma impossibilidade do estado atual da ciência de identificar algumas situações. A atividade de diagnóstico é complexa, envolve várias fases, nas quais em um primeiro momento o médico vai verificar sintomas gerais, sintomas específicos, históricos pessoais e de rotina do paciente e a partir daí irá tentar chegar a um diagnóstico para aquela doença, o organismo humano, porém, é uma máquina complexa, e o diagnóstico não conduzirá necessariamente ao resultado de uma forma exata como muitas vezes se pretende.

Porém o pensamento a respeito de erro de diagnóstico, ser considerado uma atividade meio vêm sendo contestado por alguns pensadores, que cabe sim ao erro de diagnóstico o resultado, sendo o diagnóstico uma atividade de resultado não sendo atividade de meio, como é entendido pela corrente majoritária e sempre foi entendido nos órgãos jurisdicionais. (RIZZARDO, 2013, P. 325).

Também consiste em que muitas vezes o erro de diagnóstico não conduzirá a maiores repercussões, um diagnóstico feito e logo após corrigido em que nenhum tratamento tenha sido adotado não gerará maiores repercussões, contudo há exceções, conforme já mencionado, vários são os erros imputados direta e indiretamente ao profissional da medicina. Há casos em que o erro de diagnóstico se dá por inépcia grave do profissional que evidência a incompetência profissional do médico, em decorrência de um procedimento totalmente contrário à doutrina médica, neste caso poderá ser gerada a responsabilidade do médico, podem haver casos de diagnóstico que levam a tratamento errôneos, neste caso gerará um dano ao paciente, ocasionando ou podendo gerar responsabilidade do médico, a depender de sua conduta quando ao diagnóstico. A falta de conhecimento do médico ou até mesmo experiência em alguns casos muito graves, como o diagnóstico de uma doença grave que causa um forte abalo em seu destinatário e que depois não vêm a se confirmar-se gera repercussões e abalos enormes ao paciente e sua família, esses casos pelas suas peculiaridades poderão ensejar a responsabilidade do médico, muita das vezes fica difícil se provar que o médico agiu com dolo para que chegasse a esse patamar, caberá ao paciente provar que o médico agiu com dolo, negligência, imperícia, imprudência na hora de fazer o diagnóstico. Nos tempos atuais de hoje poderia se pensar que seria difícil ocorrer erros médicos de diagnóstico, já que a medicina encontra-se tão avançada e com ajuda e auxílio de vários mecanismos, e equipamentos para ajudar o médico em uma precisão sem falha, mais que ocorre é o contrário mesmo com a modernidade e o avanço tecnológico para facilitar e ajudar o médico em um diagnóstico preciso, nos deparamos por vários casos de erro de diagnóstico que muitas das vezes não são corrigidos no momento exato, ocasionando em vários fatores prejudiciais ao tratamento do indivíduo. (RIZZARDO, 2013, P. 325).

O médico não é obrigado a acertar 100% (cem por cento), do diagnóstico, em regra o erro de diagnóstico é escusável, mesmo assim o médico responde pelo erro de diagnóstico quando a conduta diagnóstica, aquilo que qualquer médico faria com o caso

do médico que teria obrigatoriamente que pedir um determinado exame e não pediu para constatar determinada enfermidade de um paciente e o dispensou sem pedir o exame, o que condena neste caso é o erro de conduta diagnóstica. (KFOURI NETO, 2015, P. 76).

Já a teoria da perda de uma chance surgiu na França no final do século XIX, propagando-se para a Inglaterra e outros países da Commonwealth, pelos tribunais ingleses, antes de se espalhar pelo restante da Europa e do mundo eventualmente chegando ao Brasil, ainda que de forma muito tímida, na realidade a teoria da perda de uma chance veio se expandir no meio jurídico vislumbrando não só no meio médico ou na saúde, mais também em todas as áreas em que o profissional liberal se faz presente, desta forma esse trabalho vem expor de forma clarapara uma reflexão melhor de todos sobre o assunto, que veio mesmo a se desenvolver a partir do século XX. A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance tem seu nascedouro em meados de 1965 na jurisprudência francesa, quando da verificação da responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência do paciente, explica-nos a origem da "Perte d' Une Chance" o eminente (Gondim, 2005, p.21/22): Este novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil foi uma criação jurisprudencial francesa, que significa a perda de uma chance de cura. Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação para os casos de responsabilidade médica.

Rafael Peteffi da Silva - nota-se então, que a simples comprovação da falha do advogado não é suficiente para a concessão da reparação, sendo necessário a prova da seriedade das chances perdidas. (SILVA, 2013, p. 167).

Pensamento de Sérgio Savi acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico francês. Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e jurisprudência, em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, e da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo, foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. (SAVI,2006, P. 61).

A perda de uma chance é exatamente a questão de estatística, leva-se em consideração a chance perdida em se obter a cura ou tratamento no tempo exato, devido ao erro de um diagnóstico rápido e preciso, perdendo essa chance ocasionando vários prejuízos ao indivíduo, não só físicos mais também psíquicos e financeiros de certa forma para todos, que são penalizados pelo erro, o paciente e os familiares de forma indireta que amargam a tristeza da doença com o paciente. (KFOURI NETO, 2015, P. 57).

A característica da perda de uma chance é a dúvida quanto ao prejuízo, quanto a causalidade, se aquele bem da vida iria se concretizar ou não, cabendo dizer que na verdade a perda de uma chance, indeniza-se em realidade a chance, a oportunidade subtraída à vítima, na qual se admite a culpa do médico que comprometeu as chances de vida e a integridade do indivíduo, independente do juiz estar convencido ou não de que a culpa ocasionou o dano, sendo suficiente a dúvida. (KFOURI NETO, 2015, P.75).

A exposição feita até este ponto buscou tornar um pouco mais concreta a noção de culpa normativa, demonstrando-se como, no caso do médico, essa noção se relaciona com adequação do procedimento adotado à luz do estado atual da ciência e com a construção de uma relação médico-paciente baseada na confiança recíproca e na troca de informações entre ambos. A utilidade desta concepção de culpa como descumprimento de padrões de conduta mostra-se relevante em casos como aqueles em que se costuma invocar a teoria da perda de uma chance para se responsabilizar o médico pela suposta privação da oportunidade de cura que determinado tratamento por ele ministrado causaria ao paciente. Trata-se de mais uma construção teórica que acaba por obscurecer, na prática, o exame de culpa médica, da mesma forma como aconteceu com o já comentado erro médico.

A teoria da perda de uma chance têm, como boa parte das categorias conhecidas em matéria de responsabilidade civil, sua origem atribuída ao direito francês. A perte d' une chance representa a hipótese em que a conduta de determinado agente faz desaparecer para o lesado a probabilidade de um evento que poderia lhe gerar um benefício futuro. Costuma-se afirmar que a reparação pela perda de uma chance "repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo". Por essa razão, exige-se que se trate de uma chance séria e real, cuja perda constitua um prejuízo material ou imaterial concreto.

Na prática jurisprudencial brasileira, tornaram-se célebres alguns casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, como aquele, julgado do STJ, em que se apreciou a conduta de determinada emissora de televisão que, em um programa de perguntas e respostas, propôs à participante, candidata a ganhar 1 milhão de reais, uma pergunta (justamente a pergunta milionária) para a qual nenhuma das quatro alternativas de resposta estava correta. Desistindo de responder à pergunta, a participante auferiu meio milhão de reais, posteriormente ajuizando ação de perdas e danos em face da emissora. Chegando o caso ao STJ, a Corte entendeu cabível atribuir à emissora o dever de reparar a participante no valor de 25% do outro meio milhão que poderia ter ganhado caso uma das alternativas estivesse correta (porcentagem que representaria justamente sua chance de acerto em uma pergunta com uma alternativa certa em quatro).

Este e outros precedentes têm sido reunidos por parte da doutrina sob a denominação de perda de uma chance clássica. A nota característica desta teoria clássica reside no fato de a chance perdida corresponder a um benefício para o lesado; em outras palavras, indeniza-se a vítima por se lhe ter suprimido a oportunidade de um ganho ou benefício. O dano, vale repetir, consiste na subtração da própria oportunidade desse ganho, independentemente de qualquer consideração quanto à vantagem em si que se deixou de auferir. A consideração de que a simples oportunidade constituiria um bem jurídico passível de lesão e, consequentemente, de reparação autônoma em relação ao benefício ao qual essa oportunidade poderia conduzir é a base teórica para a compatibilização da teoria da perda de uma chance com a vedação da reparação ao dano hipotético: não seria a vantagem abstratamente auferível que se buscaria repor, MS a simples chance de obtê-la, pois se entende que esta chance existia concretamente na esfera jurídica do lesado. A dificuldade na aceitação da perda de uma chance reside justamente na falta de necessariedade entre o dano e a conduta.

A diferença na aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso médico está em que a chance perdida não conduziria à obtenção de um benefício, mas sim ao possível impedimento de um malefício. Em outros termos, enquanto na maior parte dos casos de perda de uma chance a parte lesada perde a oportunidade de ganhar algo, nos casos relacionados à prática da medicina a vítima sofreria um dano que já estava em curso, que teria perdido a chance de evitar. A hipótese, como se percebe, é bem mais complexa, já que, segundo parte da doutrina, a situação fática ofereceria dois danos distintos a serem disciplinados: o primeiro, que já estava em vias de acontecer e que não

se pôde evitar, e o segundo, da oportunidade perdida de se evitar o primeiro dano. (SOUZA, 2015, p. 206-207-208-209-210-211).

Sem qualquer receio, em termos gerais, pode-se concluir que a indenização não corresponde à vantagem esperada, mas será quantificada economicamente com base na chance perdida.

Como essa teoria tem por escopo indenizara vítima pela frustração em alcançar determinado objetivo, a responsabilidade surge em razão do comportamento do agente gerador da perda da chance, da oportunidade, ou seja, a expectativa de ganho que foi encerrada por sua conduta.

Em relação ao tema da responsabilidade civil do médico, configura-se a perda da chance "quando determinado acontecimento não ocorreu, mas poderia ter ocorrido, por si mesmo ou através de intervenção de terceiro. O evento teria sido possível, mas a atuação do médico tornou-o impossível, provocou a perda de uma chance".

O significado jurídico da perda de uma chance traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso.

Nuance de uma teoria maior (da responsabilidade civil), a teoria da perda da chance também requer, para sua caracterização, a presença de determinados elementos, os quais, quando individualmente verificados, constatados e aferidos corretamente, autorizam a concessão de indenização pelas chances perdidas. (AMARAL, 2015, P. 64-65).

De certo que não seria possível fincar –se um norte extremamente seguro à cerca do instituto da perda de uma chance, mas este estudo que não tem o condão de exaurir o assunto diga-se de passagem, pretende traçar alguns parâmetros da sua aplicação de modo que, quando ela ocorra tal se dê de modo adequado e pertinente, e venhamos através de pesquisas e relatos diminuir se não for possível extinguir de forma instrutiva, melhorando assim a qualidade de vida quando somos pegos de surpresa em relação a nossa saúde e podemos contar com uma confiabilidade universal que iremos esgotar todas as possibilidades de cura pelos nossos profissionais de saúde de forma humana e os profissionais liberais de uma forma geral.

1.1 JUSTIFICATIVA

O presente estudo tem como escopo uma reflexão acerca da temática erro médico de diagnóstico, com a teoria da perda de uma chance, em que há responsabilização civil do médico de forma culposa quando e como ele age com imperícia, imprudência ou negligência na hora em dar um diagnóstico. Serão abordados temas como, a evolução histórica e atual, as teorias e os métodos utilizados em nosso sistema de saúde para responsabilizar civilmente o profissional médico quando age de forma culposa ou dolosa, levando a piora do quadro do doente ou, até mesmo ao óbito e as conseqüências que isso traz para o indivíduo e sua família acarretando inúmeras ações contra a sua falha ou erro, bem como a atuação dos meios jurisdicionais nestes casos, da responsabilidade objetiva e subjetiva do médico, suas características, como podemos diminuir e evitar para não atribular tanto a justiça com tantos processos e evitar um dano maior a vítima e sua família, se cabe ou não indenização nestes casos, mesmo quando é revertido, não ficando seqüelas estéticas somente o dano psicológico será aceito no meio jurisdicional.

Neste sentido o presente estudo é de grande relevância, uma vez que procura identificar até que ponto o objetivo do legislador de atribuir caráter objetivo na responsabilização pelo dano que causou ao individuo para melhorar salvanguardar este bem comum de todos e extremamente necessário a saúde e a vida protegidos constitucionalmente pelo Estado, ficando presente nas futuras gerações, garantindo e protegido de maneira correta, pelos órgãos jurisdicionais, responsabilizando e punindo aquele profissional que causar dano por imprudência, imperícia ou negligência. Tendo em vista que nos deparamos com inúmeros, e crescentes erros de médicos nos dias de hoje de forma grosseira através de um simples diagnóstico, e não sendo dado a devida importância, pois muitas das vezes isso demonstra um erro de formação e falta de conhecimento que os profissionais nos dias atuais estão tendo e não está sendo corrigido levando uma piora com aumento de erros e inúmeras ações, que consequentemente acarretam a chamada indústria do dano prejudicando, e congestionando assim o judiciário com vários processos que poderiam ser resolvidos de outra forma.

1.2 PROBLEMA

Em que medica a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada à responsabilidade civil do médico e sendo aceita pela jurisprudência?

Questiona-se o vertiginoso crescimento número de ações nos órgãos jurisdicionais, a respeito da temática do assunto erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, em que medidas podemos chegar através de conhecimentos, trabalhos e pesquisas, para que possamos diminuir, já que não sendo possível extinguir com o erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, já que nos meios jurisdicionais tornou-se fato retórico e relevante esta matéria, no contexto social e atual nos dias de hoje, não sendo apurado de forma clara de quem é a culpa, já que muitas das vezes a problemática esbarra na temática da atividade de meio e de resultado causando dúvidas em vários casos pelo qual não há uma verdadeira definição do culpado, pois depende de muitos fatores que não são comprovados, levando a banalidade e acarretando a mais erros futuros por não ter dado uma importância devida do caso pela dúvida do culpado ao invés de uma definição madura para que não ocorra no futuro tal erro. Haja visto alguns autores definindo que o erro médico de diagnóstico é sim uma atividade de resultado e não uma atividade de meio, sendo culpado e respondendo objetivamente o médico que erra o diagnóstico, como responde o cirurgião plástico e o anestesista pelos danos causados ao paciente, mais ainda está muito longe de se chegar uma conclusão, pois tem vários autores que discordam dessa corrente de pensamento e o assunto ainda vai demorar algum tempo para chegar uma conclusão da temática, sendo possível buscarmos através de relatos bibliográficos e jurisprudenciais embasamento da melhor forma para chegarmos uma conclusão que melhorem para ambas as partes, médico e paciente.

1.3 OBJETIVO

1.3.1Objetivo Geral

Discutir a teoria da perda de uma chance no contexto da responsabilidade civil do médico e da jurisprudência.

Assim, contextualizando a temática,o presente tema busca, identificar, discutir e abordar trabalhos que ajudem a diminuir e solucionar a relevante temática do assunto, erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, e a responsabilidade civil do médico de forma culposa ou dolosa nos meios jurisdicionais, que se encontram nos dias de hoje e vem crescendo a cada dia, sem uma relevante importância, ou uma atividade de resultado, se cabe o médico responsável pelo erro de diagnóstico, responder objetivamente ou subjetivamente, trazer de forma instrutiva e relevante a discussão do assunto para que possamos de forma clara e objetiva contribuir, já que a temática do assunto é bastante extensa e controversa, não sendo possível esgotar o assunto que será sempre importante e relevante na seara médica e da saúde, quando abordados em outras ocasiões.

1.3.2 Objetivo Específico

- Discutir o tema erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance, atualmente o que está ocorrendo nos meios jurisdicionais.
- Identificar, apontando as bases legais, suas principais causas e suas consequências no judiciário como fator positivo ou negativo.
- Refletir, como os meios jurisdicionais, tem entendido esta matéria que vem crescendo através de várias ações propostas no judiciário.
- Estabelecer de quem é a culpa, onde buscar na jurisprudência e na literatura maior entendimento do assunto na responsabilidade civil.
- Aprender e esclarecer o erro médico de diagnóstico, se realmente é uma atividade de meios ou deve ser considerado uma atividade de resultado, e estabelecer um panorama explicativo sobre a matéria.

- Buscar explicação sobre a teoria da perda de uma chance, como uma nova forma de dano, se pode ser considerada uma vantagem para vitima, ou um prejuízo, uma chance perdida, e como está sendo visto no direito brasileiro, já que está inserido em vários campos profissionais liberais, não só na seara médica.

CAPÍTULO 2 – MÉTODOS E TÉCNICAS

Trata-se de um estudo qualitativo, exploratório e descritivo baseada na revisão bibliográfica bibliografia, doutrina, legislação civil sobre a responsabilidade profissional e na jurisprudência dos Tribunais Pátrios pertinentes ao foco o estudo.

A distinção da pesquisa bibliográfica da documental está na natureza das fontes: a pesquisa bibliográfica conta a contribuição de diferentes autores sobre o tema objeto do estudo - denominado de fontes secundária; enquanto a pesquisa documental recorre a materiais que ainda não receberam tratamento científico, ou seja, as fontes primárias.

Segundo Figueiredo & Souza (2018) a pesquisa bibliográfica integra o primeiro passo de qualquer pesquisa, pois visa conhecer e analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre um determinado assunto com base nas fontes indexadas, ou seja, reconhecidamente cientificas.

Procurou-se utilizar as referencias mais recentes de livros, artigos e os recursos de pesquisas nos sites da web tomando-se por base o que já foi publicado em relação ao tema, com o fim de apresentar uma nova abordagem sobre o mesmo.

Ainda conforme Figueiredo & Souza (2018, p. 95) a "abordagem qualidade responde a questões muito particulares, ou seja, trabalha com o universo de significados, motivos aspirações, valores e atitudes (...)." Já o método exploratório tem por fim de aumentar a familiaridade do pesquisador com o tema em questão, possibilitando, assim, servir de base para a realização de trabalhos futuros. E, por último, a abordagem descritiva procurar conhecer e interpretar a realidade, ou seja, explorar e descrever a realizada do tema em estudo.

Por fim, valeu-se da jurisprudência para demonstrar o entendimento dos Tribunais sobre tema em discussão, ou seja, visou tão somente dar embasamento a discussão sobre a teoria da perda de uma chance no contexto da responsabilidade civil do médico.

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Este estudo de pesquisa foram todos retirados de dados literários, internet, artigos e a jurisprudência, restringir-se-ão as informações disponibilizadas nos últimos anos, excetuando as referências históricas. O trabalho foi estruturado em capítulos e o resultado dos estudos serão expostos exclusivamente, de forma que fique rico em detalhes e focados no e na pesquisa dos autores aqui presentes em suas bibliografias, cada vez buscando um aprimoramento informativo para dúvidas futuras.

3.1 CONCEITO

Não há como falar na história da vida quotidiana da humanidade sem falar na luta pelo conhecimento médico, para curar doenças que sempre estiveram presentes. Para os mais jovens, nascidos em regiões desenvolvidas, é difícil acreditar que até poucas décadas atrás, o cidadão comum morria por doenças agora consideradas de fácil tratamento, como tuberculose e pneumonia. A expectativa médica de vida era consideravelmente mais baixa, uma vez que os meios disponíveis para combate às doenças eram precários e, por vezes, empíricos.

A arte da medicina, nos primórdios da civilização, era essencialmente artesanal. A cura praticada era vista como um dom divino, até porque pouco se conhecia da anatomia e da fisiologia humanas.

Os métodos e rituais de cura não sofriam questionamentos, e os médicos eram reverenciados tal qual verdadeiros sacerdotes. Em contrapartida, o insucesso também lhes era cobrado na mesma proporção, pelo que a história da responsabilidade civil por vezes se confunde com o próprio desenvolvimento da reparação do dano médico.

A valoração médica do dano corporal não aparece como tal na história até o século XVI, quando se passa a exigir nas codificações legais de forma explícita a participação pericial médica nos procedimentos jurídicos, o que se confunde com a própria história da medicina legal.

Sem embargo, desde as origens do homem e da medicina, existiu a necessidade constante de realizar uma adequada avaliação do dano sofrido por um indivíduo, com o fito de estabelecer a responsabilidade do culpado, e determinar qual o castigo que deveria sofrer, ou o valor de pagamento a que estaria obrigado a satisfazer.

O primeiro documento histórico, ainda que incompleto, conhecido sobre o tema é a Ley de UrNammu, escrita em sumério, mais conhecida como as tábuas de Nippur (ano 2050 a.C.) Este é o documento mais antigo que se conhece, e constitui a base dos demais códigos que existiram ao longo da evolução da história conhecida da civilização humana, ainda que, à medida em que esta foi se desenvolvendo, estes foram se refinando, embora sempre refletindo o principio da reparação proporcional ao valor da perda.

Sem dúvidas, se pode afirmar que a história da reparação do dano causado por erro médico começa a partir da existência do Código de Hamurabi, como a data mais admitida como provável é o ano 1750 a.C. È praticamente uma cópia das Tábuas de Nippur, onde se percorrem todos os aspectos da vida civil, tratando em seus artigos 196 a 201 da matéria relativa à reparação do dano físico, que ocorreria segundo a Lei de Talião (também presente na Lei de Moisés, a seguir exposta), ou por meios de reparação que dependeriam da situação social da vítima.

Miguel Kfouri Neto leciona

> O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e SS.) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia ao exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, Por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.

Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigora responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual; se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação

profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem sucedida, mais o paciente está morto.

Se essa era a lei – prossegue Avecone -, pode-se imaginar com que serenidade o médico se preparava para uma cirurgia, com os meios de que então dispunha. Por óbvio, só operações de extrema simplicidade eram praticadas, também porque a anatomia era muito pouco conhecida."

Por sua vez, Guilherme Martins Malufe menciona que:

"O primeiro documento histórico que faz referência ao erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que trazia também algumas normas sobre a profissão médica na época.

O Código dizia, por exemplo, que nas operações difíceisde serem realizadas, haveria uma compensação pelo trabalho, por outro lado, era exigida muita atenção e perícia por parte dos médicos, pois caso algo saísse errado, penas severas eram impostas a eles."

Três eram as situações indenizatórias mais comuns, a saber:

- O homem livre, segundo a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente);

- O campesino (normalmente miserável), cuja reparação aconteceria através de um valor ou quantidade de bens fixada por um juiz;

- O escravo, mediante preço proporcional ao seu custo.

A Lei de Moisés abrange um período muito amplo, que vai desde o ano 1500 até o ano 600 a.C. Ela contém em seu capítulo XXI do Êxodo, v. 18 e seguintes, espaço dedicado especialmente à reparação do dano corporal, através do procedimento conhecido como a Lei de Talião, assim como no Código de Hamurabi, já que praticamente coexistentes em países vizinhos, que durante mais de cinco séculos mantiveram em comum guerras, compra e venda de escravos, práticas cotidianas corriqueiras, etc., e até aproximadamente o ano 1000 a.C, não conheceram a indenização fixada por juiz, em quantidade determinada.

Nesta época, o castigo para o médico em caso de resultado adverso ou de má prática era superior ao preço que receberia pelo êxito. Assim, como exemplo, se por uma cura de um homem livre, pela qual receberia dez moedas de prata, obtivesse maus

resultados, suas mãos seriam cortadas. Em tratando um escravo e este ficasse inutilizado ou viesse a falecer, estaria obrigado a dar outro escravo.

Durante este grande período de tempo em que viu a Lei de Moisés, outros manuscritos também foram criados, em diferentes culturas, mas acabaram sendo esquecidos no decorrer dos séculos. É o caso das Tábuas de Bognazkeni, datado do ano 1290 a.C., que traz várias referências à reparação das lesões.

Uma tentativa de codificação dos dados do período é a Michna. De origem judia, a Michna cita várias leis que não são privativas ou originárias deste povo, posto que este mesmo documento aparece com nomes distintos nos povos vizinhos, o que é natural, uma vez que em todos havia costumes semelhantes.

Sua décima lei trata do Nezikin, ou Rhalabah (em hebraico), que significa danos, na qual são expostas cinco situações indenizatórias, nesta ordem:

- Primeiro se refere ao “NEZE”, ou a reparação do dano propriamente dito (lesão), que varia segundo se trate de um dano temporário ou permanente. Apenas quando definitivo, se imporia o uso da Lei de Talião.

- A dor física, a chamada “TSAOR”, forma parte do método para estimular o valor do dano corporal.

- A cura , ou o períodos de cura – o chamado “RIPPUI” – também era considerado como parte integrante do dano, já que a enfermidade seria conseqüência das violências sofridas, razão pela qual o devedor deveria reparar os gastos dispendidos com a cura, e a perda de trabalho durante este período.

- O “CHEVET”, ou tempo perdido, também era reconhecido como uma forma de lucros cessantes, e era reconhecido na codificação o direito à indenização por tal período.

- A humilhação sofrida, a honra atingida, conhecida como “BOCHET” não era omitida do cálculo da reparação. Se tratava do que é atualmente chamado de prejuízo ou dano moral.

Todas estas situações poderiam ser exigidas pela vítima, mas nem todas as vítimas eram iguais, posto que ao escravo não era permitido pleiteá-las em sua totalidade:

- As crianças menores de 10 anos que se lesionassem obteriam uma indenização que seria dividida entre elas e seus possuidores.

- O trabalhador surdo-mudo ou com deficiência física que sofresse lesão, sempre era considerado como vítima prejudicada, e era ressarcida.

- O escravo nada recebia, toda e qualquer indenização iria para seu proprietário, já que o escravo não possuía "honra". Acaso ficasse surdo em decorrência do dano, seu proprietário era ressarcido em seu inteiro valor.

Assim mesmo, a reparação do dano se dava segundo estes critérios:

- O homem livre não tinha preço.

- O ressarcimento das lesões sofridas ao longo do tempo era independente umas das outras, sendo diferente a depender da forma de solicitação: se o pedido reparatório era feito após cada lesão, elas eram indenizadas de forma independente; se apenas após o último dado era efetuado o pleito, se aplicava uma fórmula para indenização levando em consideração o conjunto dos danos.

- Se levava em consideração a capacidade de ganhos (a perda futura pela não assunção de trabalhos futuros) e a capacidade de trabalho (a perda por deixar de trabalhar). (KFOURI NETO, 2001, P. 39).

Diz-se que a responsabilidade do médico inicia a partir do momento em que se dispõe a assistir o enfermo para encontrar a cura, minorar os efeitos da doença ou controlar a enfermidade. Dessa aproximação, forma-se entre ambos um vínculo pessoal sustentado numa relação de confiança e de quase cumplicidade, mais forte até do que o de natureza contratual ou extracontratual.

A vinculação será contratual quando convencionam a prestação dos serviços verbalmente, por escrito ou tacitamente (subentendido, não expresso formalmente implícito), o silêncio pode ser interpretado como aceitação do contrato.

Será extracontratual quando, embora sem prévia existência de contrato, um acontecimento imprevisto e grave causa situação de emergência tal, que obrigue omédico intervir para dar assistência imediata diante do inesperado: desastres, acidentes em via pública, calamidades, mal súbito.

As relações do prestador de serviços de saúde contratado por entidades públicas e privadas com as pessoas atendidas por elas, são consideradas de natureza extracontratual.

Quase sempre a responsabilidade do médico nasce de forma natural e tácita. Não advém de acordo escrito, deriva de um ajuste verbal em que se compromete a usar seus conhecimentos para diminuir os efeitos da enfermidade em busca da cura, sob o compromisso do enfermo aderir à sua orientação. Aderir, no caso, significa aceitar e cooperar com o tratamento estabelecido.

O paciente, em princípio, deve acreditar e perseverar na orientação dada. Contudo, quando houver resistência ou divergência à conduta terapêutica proposta, surge a questão do limite da autonomia da vontade do doente posta ao lado da responsabilidade profissional.

É fácil entender que, tratando de relação estritamente pessoal, mostra-se antiético o profissional dar consultas, prescrever medicamentos, tratamentos ou procedimentos, sem avaliar o paciente presencialmente ou sem exame clínico e direto, salvo em casos de urgências, emergências e impossibilidade comprovada, cumprindo, nessas hipóteses, realizar o exame imediatamente após cessar o impedimento (CEM, art. 37).

Ao aceitar o doente como paciente, o compromisso médico derivado do contrato em qualquer das modalidades (verbal, escrito ou tácito), deve permanecer até o fim, isto é: encontro da cura ou minimização dos efeitos da doença. Não raro acontece do paciente ou familiares interrompem o contrato desmotivadamente, sem compreenderem ser impossível a cura de todos, malgrado a prescrição empregada tenha sido correta. Essa atitude causa sentimentos de frustração ao profissional por perceber ter conseguido controlar a enfermidade ou chegado próximo da cura, e ver abandonada a orientação dada.

Ao médico não cabe igual conduta. Só pode romper o contrato em circunstâncias especialíssimas: doença, fatoprejudicial à boa relação com paciente, injunções no livre desempenho profissional, afastamento definitivo da profissão, impedimento de consciência superveniente.

Se por alguma circunstância o relacionamento ficar abalado, pode renunciar ao atendimento, caso em que informará o doente, familiar ou representante legal (CEM, art. 36, § 1º). (**POLICASTRO**, 2013, p. 3-4-5-6).

3.2 O CÓDIGO DE HAMURABI E A LEI DAS XII TÁBUAS

As conquistas visualizadas no presente de nossa sociedade são resultados de grandes degraus de desenvolvimento da história, muitas vezes longos e outras vezes aparentando bem distante da realidade vivida hoje, mas sempre base para tudo o que pode ser vislumbrado como regulamentação atual.

A carga histórica que o homem carrega, vinda de frutos do passado, deve ser discorrida inicialmente pelo conhecido Código de Hamurabi, dado o seu destaque ao levar-se em conta também, mas não somente, sua posição temporal.

É de se admirar e de suma importância reconhecer a louvável idéia de que o citado Código, oriundo da Mesopotânica, trouxe as primeiras noções de responsabilidade há quase 2.000 (dois mil) anos antes de Cristo.

Apesar de, ainda assim, não ser a legislação mais antiga nas palavras de Emanuel Bouzon (2000, p. 21), "embora a mais extensa e mais conhecida", tal constatação de que o Código de Hamurabi é responsável pelas primeiras impressões de responsabilidade baseia-se nas suas principais vertentes impostas, de que o mal ocasionado deveria ser proporcionalmente revidado àquele que o cometeu.

No referido documento, Hamurabi descreve algumas condutas e, como responsabilidade pela ação praticada, indica o que seria o resultado dela.

Portanto, nas palavras de Fernando Noronha (2007, p. 528), ele representou um grande avanço no desenvolvimento do Direito, "mesmo que hoje pareçam chocante preceitos como o contido no § 230 do Código de Hamurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto".

Esta era uma nítida intenção de causar o mesmo mal àquele que ocasionou. Este conceito faz referência ao conhecido "olho por olho, dente por dente".

Em razão do entendimento de Paulo Sergio Gomes Alonso (2000, p. 5), "remonta a responsabilidade civil ao surgimento do direito, ao regulamentar

normativamente as atividades humanas. No Códigode Hamurabi encontramos a idéia de punição do dano, impondo ao agente causador um semelhante sofrimento".

Portanto, a reciprocidade permanecia como fundamento de todas as conseqüências sugeridas para cada violação de normas trazidas por ele. Não era levada em consideração a culpa, a questão subjetiva da vontade do agente, somente o mal proporcionado, que deveria ser revidado de igual maneira.

Por meio deste ângulo, "a vingança do homem contra o homem era a forma de obter a reparação. Levava-se em consideração o resultado da ação, que era o prejuízo experimentado pelo ofendido, sem que houvesse qualquer cogitação da culpa ou da não-culpa" (ALONSO, 2000, p. 5).

Como uma complementação esta idéia, observa-se essencialmente como a reparação não deixava de existir mas tomava um outro posto nas ações consideradas contrárias ao estabelecido no Código.

Assim, o Código de Hamurabi que "foi escrito em língua acádica e, do ponto de vista textual, é, sem dúvida, o melhor transmitido de leis existentes do Oriente Antigo" (BOUZON,2000, p. 23).

Contudo, para Emanuel Bouzon (2000, p. 25), há uma curiosidade de não dever-se ao respectivo documento legal o uso do termo "Código". Tal fato pode ser explicado pelo argumento de que o termo "indica o resultado de uma coleção completa de todo direito vigente (...). Uma simples leitura do texto mostra, imediatamente, que diversas esferas da vida cotidiana não são abordadas pela legislação hummurabiana".. Contudo, isso pouco muda a visão e a importância dada a este documento normativo.

É essencial salientar, argumentos técnicos à parte, quão sábio o Rei Hammurabi se mostrou, de que forma ele agia e imaginava conter seu povo com suas leis, influenciando a todos com suas normas impostas.

Deve-se destacar que, entre as inúmeras mudanças implantadas no cenário da época pelo criador do "Código de Hammurabi", foi com ele que surgiu uma terceira classe social, os chamados "muskênum", que era considerados de uma classe intermediária.

Ilustrado na obra "Código de Hammurabi: o manual dos inquisidores, a Lei da XII Tábuas, a Lei do Talião" (2006, p. 10), aqueles que compunham esta classe

“formavam a maior parte da população”, sendo ela “composta por pessoas de menor expressão social, como os arrendatários, soldados, pobres, pastores, escravos libertos, que alugavam, em sua maioria, seu trabalho para os mais ricos”.

Neste sentido, segundo o mesmo livro (2006, p. 07), o Rei que deu nome ao Código, sétimo da Babilônia e que encerrou seu reinado no ano de 1.686 a.C. (mil seiscentos e oitenta e seis antes de Cristo), era visto como o “rei do mundo” e conhecido por seu grande senso de justiça, o que fez com que ele, com inteligente habilidade firmasse” pactos e alianças com outros reis de sua época, muitos deles seus rivais. Ele implantou o direito e restabeleceu a ordem no seu reino.”

Há relatos de que Hammurabi, sempre que invadia alguma nova civilização, tentava reconstruir a cidade e, com isso, ganhar a credibilidade dos habitantes. Pode-se notar que ele possuía um forte e louvável instinto de administração e dominação.

Neste contexto relevante, é interessante observar, também, como Hammurabi, entre todas as suas glórias e conquistas, preocupava-se em cuidar da exteriorização de sua imagem para a população.

Isto pode ser claramente notado através de um estudo do Código, onde se vê uma característica um tanto egocentrista em suas linhas, tendo em vista que tal documento tinha como um de seus objetivos colocar em evidência a figura do rei como juiz, enaltecendo-o perante os demais, principalmente àquelas que estavam sendo julgados por algum mal cometido.

Desta maneira, a estela de Hammurabi, contendo suas leis, “dá aos que procuram o seu direito, confiança na justiça do rei e, para os sucessores de Hammurabi no trono de Babel, o exemplo de Hammurabi cria uma obrigação moral de imitá-lo em sua justiça e em seu interesse pelo bem comum” (BOUZON, 2000, p. 28).

Mesmo criado regras exteriorizadas neste documento a serem seguidos estritamente, as idéias do rei possuíam suas raízes no que já acontecia n sociedade. Por isso, Silvio A. B. Meira pauta que a “lei pressupõe a existência de um certo desenvolvimento, um estágio mais avançado em que a norma escrita substitui a consuetudinária, transformando em jus aquilo que antes era costume, mos”.

Em outras palavras, o Código possuía a intenção de tornar homogênea a sociedade do ponto de vista normativo. Na interpretação do Mestre em História Rainer Gonçalves (s. d., s. p.), “ele representou uma transformação nos costumes e tradições

arraigadas entre os povos mesopotâmicos. Antes de sua concepção, a maioria (...) organizava suas leis por meio da tradição oral (...) Com a lei escrita, as imprecisões e divergências eram amenizadas".

Assim, não há como negar a contribuição deste documento legal gerada para todas as demais civilizações que sucederam este período, aprimorando as noções de responsabilidade e as normas a cada época.

Nas palavras de Selma Regina Aragão, "a obra de Hammurabi foi, incontestavelmente, uma tentativa em grandes proporções, de reformar e tornar único o direito no deu reinado, numa reação contra os abusos existentes no seu tempo" (1990, p. 9).

Era, então, esta a principal intenção da criação deste conjunto de leis, unificando e dando maior sentido de equidade na forma de justiça efetivada na época.

É por esta mesma razão, graças à sua imponência, que, de acordo com (Bouzon, 2000, p. 21), Hamurabi deixou com sua morte "uma herança gloriosa sem dúvida, mas também muito pesada. Os seus sucessores conseguiram com muita luta e dificuldade, manter a dinastia por, aproximadamente, cento e cinqüenta anos". Nesta linha de raciocínio, mais tarde pôde-se visualizar que o "espaço político deixado vazio com a queda da dinastia de Hamurabi foi preenchido pelos cassitas, que iniciaram um novo período da história da Babilônia".

Portanto, o modelo adotado de leis conhecido e reconhecido por outros povos, e sua representação está impressa ente nós até os dias de hoje, como marca dos primeiros vestígios de responsabilidade, que foi cada vez mais aprimorado nas sociedades e registros seguintes.

Partindo da linha de raciocínio iniciada pelo breve estudo do Código de Hamurabi, a noção de responsabilidade no Direito Romano foi dona de um grande peso sobre todas as demais normas ao redor do mundo, influenciando com seu caráter punitivo.

Esta grande importância nascida desde os tempos mais remotos é sinalizada não somente através do citado Código, mas também pela significativa Lei das XII Tábuas.

Faz-se considerável notar que ele antecedeu e serviu de inspiração para a referida Lei, a qual veio tempos depois, sendo promulgada aproximadamente 5 (cinco) séculos antes de Cristo.

Conta a história, segundo TSRossi (s. d., s. p.), que “no inicio da República Romana as leis eram mantidas em segredo (...) sendo executadas com total severidade contra os plebeus.” Para não estarem desprevenidos contra as estipulações da Lei, um plebeu propôs em 462 (quatrocentos e sessenta e dois) antes de Cristo a publicação das leis oficiais.

Assim, nas palavras do mesmo autor, comeste objetivo da época, “em 451 a.C. um decenvirato (grupo formado por dez homens, todos patrícios) foi designado para preparar o projeto do código. (...) As Doze Tábuas foram então promulgadas, (...) afixados no Fórum romano, de modo que todos pudessem lê-las e conhecê-las.”

Em sequência, é imprescindível reconhecer que os costumes ainda reinavam com forte peso para a criação de uma regra, como até hoje pode ser observado.

Mas no entendimento de (Sílvio A. B. Meira 1961, p. 22), “a lei decenviral desempenhou um outro papel histórico: o de fonte de todo o direito posterior direta ou indireta”. Este pensamento tem larga relação com a chamada fonte de conhecimento, além da fonte de estudo, colocando a Lei das XII Tábuas como tal dentro do mundo jurídico, por meio da reflexão social do direito romano. Complementando, como forma de fixar tal importância, o autor assinala que “dela decorrem o direito privado, o direito civil romano, normas sobre propriedade, obrigações, sucessões e família; (...) Em suma, o direito civil buscou as suas raízes históricas na legislação decenviral”.

Entende-se, então, que direito versado sobre os costumes e mesmo o direito escrito corporificado no direito real possuiriam os eu rastro altamente fincado na Lei das XII Tábuas. Seus preceitos tiveram extensões tamanhas que podem ser observadas hoje nas modernas civilizações do mundo.

Para a identificação de como esta Lei exerceu sua idéia de responsabilidade, deve-se buscar uma leitura geral de seus artigos. A noção de reparação trazida por ela é ser claramente notada em suas disposições, bem como ilustra um exemplo retirado do texto Leis Antigas (s. d., s. p.) de um dos itens contidos na Tábua VIII (De Delicts – Dos Delitos), o qual afirma que “aquele que causa incêndio num edifício, ou num moinho de trigo próximo de uma casa, se o faz conscientemente, seja amarrado,

flagelado e morto pelo fogo; se o faz por negligência, será condenado a reparar o dano; se for muito pobre, fará a indenização parceladamente".

O que pode ser concluído da análise restrita de determinações como esta, é que havia dois meios de se punir o indivíduo – através da obrigação de um pagamento pelo dano e por meios físicos.

Outra constatação que pode ser retirada deste trecho faz referência à noção inicial de subjetividade quando faz diferença nas conseqüências entre aquele que age conscientemente e aquele que age com negligência.

Mais um exemplo de dispositivos presentes na referida Lei digno de destaque está inserido na Tábua Sétima, reescrita pelo autor TSRossi (2010, s. p.), a qual lança mão da noção dos danos morais dizendo que '2. Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare'; '10. Se alguém difama outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado'; '16. Se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpéia'.

Neste sentido, é possível vislumbrar como na Lei das XII Tábuas a responsabilidade tratava-se louvavelmente de aplicar uma conseqüência ao causador do dano, ainda que este não fosse aparente. É o chamado dano moral que, mais ainda do que a responsabilidade geral, é o objeto deste estudo.

Além disso, de acordo como pensamento de Clayton Reis, "os romanos já aceitavam, ainda que primariamente, a reparação do dano moral" (2001, p. 19). Isto pode ser concluído em razão, fora as demais observações citadas anteriormente, da leitura do § 9º encontrado na Tábua VII da Lei, o qual declara que "aquele que causar dano leve indenizará 25 asses" (REIS, 2001, p. 18).

O dano leve merecedor de uma reparação pecuniária, conforme dito anteriormente está relacionado à história contada por Max Kaser em sua obra alemã "RomischesPrivatrecht" (traduzida como "Direito Privado Romano"), de que certoLuciusVeratius tinha o costume de dar tapas no rosto das pessoas enquanto caminhava pelas ruas, e que seu escravo distribuía as citadas 25 asses contra quem Lucius praticasse esta ação.

Com isso, impressões do chamado dano moral se mostram evidentes já nesta época, com a Lei das XII Tábuas, e pode ser entendida que para sua configuração nos

primórdios apenas bastava a ocorrência do fato, sem a necessidade de ser comprovada qualquer lesão conseqüente, psicológica ou não.

Augusto Zenun (1998, p. 6), em seu livro que se refere ao dano moral, discorre a respeito dos dispositivos presentes no citado documento, afirmando ser "claro, conciso e breve, o que as XII Tábuas estabeleciam no tocante ao dano e, como fez genericamente, é óbvio que se inclui, ali, o dano moral e sua reparação, há quase 1.700 anos, o que, só de si, é ligação para nós".

Para finalizar o enorme papel contemplado pela Lei das XII Tábuas no mundo jurídico, Sílvio. A. B. Meira destacou que "depois da lei decenviral, nenhuma outra codificação foi organizada com igual sentido e que tivesse aplicação permanente através dos séculos".

De fato, é evidente a contribuição desta Lei ao avançar mais um passo no que tange à responsabilidade civil, seja dando ao causador do dano a opção de pagar uma quantia pecuniária ou respondendo por meio de sua integridade física, seja através da idéia de reparação tratada em seu conteúdo, fazendo relação estrita com o que hoje chamamos de dano moral, o próprio objeto de estudo.

3.3 O DIREITO ROMANO

A Responsabilidade Civil como hoje a conhecemos recebeu grande influência do Direito Romano. Foi em Roma que se solidificou a idéia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder -e mais – o dever de tutelar as relações interpessoais, disciplinando a indenização devida pelos danos causados por um particular a outrem.

Não se excluiu de todo a punição retributiva. A diferença passou a ser a permissão ou não do Estado para que pudesse ser aplicada.

Miguel Kfouri descreve de forma bastante elucidativa a maneira como o assunto era tratado em Roma. É interessante perceber a riqueza e a profusão de textos legais preocupados com a matéria da responsabilidade civil e da reparação do dano.

"A Lei Cornélia estabelecida uma série de delitos relacionados à prática da profissão médica e as penas que deveriam ser cominadas.

Entretanto, com a Lex Aquilia de damno, plesbicito posterior à Lei Hortênsia,do século III a.C., formulou-se um conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas.

Como conseqüência, estabelece-se a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que hoje se define como dano moral.

Quem matasse um escravo ou animal alheio seria condenado a pagar o mais alto valor que tivesse tido no ano anterior ao delito; quem tivesse ferido um escravo ou um animal alheio, como também destruídoou deteriorado coisa corpórea alheia, deveria pagar ao proprietário o mais alto valor que o objeto tivera nos 30 dias precedentes ao delito.

Para intentar a actio legis Aquiliae, era necessário: a) que o dano tivesse causado injúria, isto é, contrariasse o direito; b) uma falta positiva (in committendo). Deixar o escravo alheio morrer de fome, por constituir culpa in omittendo, não gerava responsabilidade.

Qualquer falta imputável ao autor era suficiente: in lege Aquiliaet levíssima culpa venil; c) um dano corporicorporedatum – o dano deveria ter sido causado por um contrato direto do corpo do autor com o da vítima."

E arremata:

"Na Lex Aquilia encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional. Nas obras de Plínio, todavia, deparam-se reclamações de impunidade médica, tendo em vista a dificuldade, já àquela época, das tipificações legais.

Afirma Ulpiano (Dig. 1, 18, 6, 7) que, assim como não se deve imputar ao médico o evento morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia. Há mais de 1.500 anos, já se cogitava da imperícia do médico, que se tornava responsável pelos danos que viesse a causar ao paciente por falta de habilidade ou conhecimentos."

É normal crer que a preocupação era exagerada, em face dos costumes "bárbaros" da época. Entretanto, os romanos já haviam percebido a necessidade de

estabelecer regras de convivência, até mesmo como princípio de garantia de seu sistema de governo, tomando o Direito um dos sustentáculos da República.

A idéia d medicina enquanto ciência precisou superar conceitos e crenças há muito enraizadas. O desenvolvimento romano trouxe benefícios culturais em todas as áreas do conhecimento humano existente à época, inclusive no que tange à saúde. Foi nesta época, que coincide com a expansão do império, que a medicina começou a ganhar contornos profissionais, modificando-se a forma como a população encarava os seus praticantes.

Em Roma, se produz um importante desenvolvimento legislativo no ano 451 a.C., ao se introduzir claramente a sanção penal frente aos casos de lesões pessoais, sendo valorados elementos como o estado físico do lesionado, a qualificação pessoal, os gastos médicos, a noção de incapacidade temporária, etc., cujo tradição perduraria até a edição do Código Napoleônico. Fundamentalmente representado por:

- A Lei das XII Tábuas. Na Tábua VIII desta lei foram contemplados os seguintes artigos:

Artigo 2: admite a Lei de Talião sempre e quando não haja transação.

Artigo 3: o homem livre vale o mesmo que o escravo quando a lesão que sofre é uma fratura. Se esta não for uma fratura, o homem livre não tem preço.

Artigo 4: tratava sobre o prejuízo da honra.

- A idéiaAquiliana, que perdurará até o século XIX (Napoleão), dizia que não havia preço para o homem livre (ao contrário do escravo, que podia ter seu valor medido em moedas), e ter-se-ia que indenizá-lo por preço justo (como acontece em nosso código civil), sem entretanto existir uma "tabela" definida: era o lesionado quem estabelecia o valor da lesão, e o juiz decidia se o valor era justo ou não. Ainda assim, o fato doloso valia o dobro que o culposo.

Poucos textos sobreviveram a esta época. Foi a obra de Justiniano, depois do modernismo da Lei Aquília, a que recompilou, codificou e promulgou a legislação da época através do Corpus Juris Civilis. Dentro dos livros que compunham este tratado, o Digesto é o livro que traz a matéria civil, e nele se indica a forma de valoração do prejuízo patrimonial (gastos médicos, diminuição de renda por conta de incapacidade temporária, gastos futuros, etc) e extrapatrimonial (prejuízos psicológicos e à honra).

Prejuízos que eram valorados segundo a Lei Aquília, já que considerava que o homem livre não tinha preço, ao contrário do escravo. Este último, quando "danificado", gerava ao seu "dono" o direito à indenização, que variava segundo a extensão do dano e a qualificação do escravo, ou seja, sua aptidão para a execução de determinadas tarefas. É de ser salientado que não era considerada a hipótese de pagamento por danos extrapatrimoniais inflingidos aos escravos, já que considerados mera mercadoria. (KFOURI NETO, 2001, P. 23-25).

3.4 A INFLUÊNCIA GREGA

Posteriormente, em todas as grandes culturas, se produziu um amplo desenvolvimento da medicina, que reverte igualmente ao tema aqui tratado. Na Grécia aparecem novos elementos que se sobrepõem ao conceito vingativo da Lei de Talião.

Lá foram desenvolvidos estudos que dotaram a medicina de um caráter mais científico, em detrimento de outros elementos não racionais e empíricos até então predominantes. Estes estudos, datados do século V a.C., viriam a constituir o Corpus Hippocraticum, cuja síntese mais conhecida é o juramento ainda hoje repetido por profissionais médicos ao redor do planeta.

A efervescência cultural produzida da junção entre filosofia e ciência atingiu seu apogeu na Grécia, permitindo o intercâmbio entre disciplinas antes afastadas, tais como a filosofia e a anatomia, possibilitando que os métodos de análise, diagnóstico e cura pudessem ser exercidos de forma mais racional e lógica. A medicina se transformava cada vez mais em ciência, e na medida em que sua importância crescia, as atenções do Estado para ela se voltavam, cujo efeito era sentido através das diversas regulamentações que davam forma a sua natureza.

Esta mudança de pensamento permitiu alterações significativas no que tange à apuração das responsabilidades médicas. Antes culpado pelo insucesso de suas interferências sob qualquer condição, o profissional da medicina – sob a égide dos ensinamentos de Platão e Aristóteles – passou a ser responsabilizado não mais pelo resultado em si, mas por sua conduta profissional, por sua atitude de acordo com cada caso concreto.

A culpa médica, para ser atestada, deveria ser objeto da análise de outros profissionais que, em colegiado, emitiriam seu parecer. A culpa, portanto, só seria

declarada se houvesse desatenção aos preceitos ou descumprimento das práticas e procedimentos médicos-sanitários usualmente aceitos à época.

Concretamente, em Atenas foi criada a Lei Geral de Reparação, que não tratava igualmente a todos os homens, e distinguia o dano involuntário (culposo), ao qual correspondia uma indenização determinada, e o dano voluntário (doloso), com uma indenização equivalente ao dobro daquela devida pelo dano involuntário.

Platão foi responsável por uma pequena evolução, ao propor deixar de lado a Lei de Talião e se pensar apenas na indenização baseada na idéia filosófica de que o valor compensatório a ser pago poderia conduzir à transformação do ódio em amizade. E ainda, ao desenvolver a idéia do dano estético, ao propor aplicar as seguintes normas:

- Em caso de tentativa de homicídio da qual resultassem apenas lesões, o infrator seria condenado a indenizar a vítima em uma quantia "X".

- Se tentativa de lesão fosse bem sucedida, deveria pagar o dobro.

- Se quisesse produzir um dano e deixasse seqüela estética, pagaria o triplo.

- Se lesão estética fosse incurável, o pagamento indenizatório seria em quádruplo.

Também na Grécia aparece a primeira Organização de Assistência ao Inválido, a cargo de um conjunto de representantes da sociedade. Ali, era considerado inválido todo aquele que não pudesse trabalhar, e cujo salário fosse inferior a uma determinada quantia. Esta assistência era paga o trabalho, da quantidade de pessoas sob benefício, e da posição social da vítima. (KFOURI NETO, P. 11).

3.5O DIREITO ÁRABE

Os árabes pré-islâmicos, por sua vez, se baseavam na aplicação:

- Da Lei de Talião (chamada Kisas). Lei que se aplicava entre as castas sociais e estamentos, ou seja, de escravo para escravo, mulher para mulher, homem livre para homem livre, etc.

- Do Resgate das penas (conhecido por Dijah). O Dijah significava que o resgate (ou poena) poderia ser pago na forma de indenização, estabelecendo-se um valor

máximo a ser concedido, de acordo com a situação, o dano causado e o status do ofendido.

A indenização do homem livre, em caso de morte, era paga em quantia fixa, normalmente medida em número de animais. Assim, um homem livre valia cem camelos, uma mulher cinqüenta, e um judeu trinta.

Em caso de lesões não mortais, dependia a indenização do homem livre da importância ou gravidade da lesão: se fosse corriqueira, se fixava em montante padrão para a época; em sendo mais complexa, era necessário a presença de um perito, para calcular a depreciação ocorrida, avaliando-se como a um escravo, sendo paga normalmente em volume superior a cem camelos. O Dijah (indenização máxima que se poderia obter em cada situação) era parâmetro para todo tipo de lesão não mortal.

Nas culturas árabes, o Direito Muçulmano estabeleceu disposições sobre a valoração e reparação do dano corporal, encontrado suas bases no Corão e no Suna (bases históricas), no Ichmá (base dogmática) e no Quiyás (base lógica).

O corão se reporta à história do profeta Maomé, e contém 114 capítulos (suras), estabelecendo, em seus versículos 42 e 49 o seguinte:

“Cortad las manos e losladrones, de loshombres y de las mujeres, en castigo de sucrimen. Es la pena que Dios ha estabelecido para ellos.”

“Nosotroshemos prescrito a losjuecesla pena Del Talión. Se devolveria

alma por alma, ojo por ojo, nariz por paris, diente por diente, herida por herida. Los que cambien esta pena por uma limosna, tendránsu mérito a losojos de Dios. Los que transgredieran em sus juicioslospreceptos que hemos dado será culpable. (BAÚ, 2001, P. 38).

3.6 ORIGENS NO DIREITO EUROPEU: FRANÇA E ESPANHA

Os povos bárbaros introduziram o Wergeld, conceito fundamental, em virtude do qual o agressor teria de pagar uma compensação econômica à vítima, tendo chegado ao requinte de se criar "tabelas" indenizatórias, assinalando, por exemplo, um valor a ser pago por cada dedo perdido.

A influência dos códigos bárbaros perdurou na Europa, em especial entre os visigodos (Leovigildo, Alarico II, etc.), e neles, dentre outras coisas, se estabelecia:

- A valoração em dinheiro de determinadas lesões;

- A indenização do escravo era paga a seu dono;

- Aplicava-se a Lei de Talião.

A idade média representou um período obscuro, em todos os sentidos, e especialmente sob a perspectiva do dano corporal, por conta da supressão das parcas garantias individuais existentes, do insipiente estado de direito ocorrido no período, sem que se criasse nada novo representou uma involução, no sentido de que as codificações existentes foram sendo esquecidas, ficando restritas basicamente aos monastérios.

A Lei Sálica, datada do século V, estabelecia que os ferimentos e/ou danos físicos inflingidos fossem examinados por pessoa competente. Foi o mais próximo da perícia médica que se chegou na época.

Na Espanha fez sua aparição – dentre outros – o Fórum de Castilha (ano 1250) que estabelece o primeiro código (baremo) espanhol de indenização de lesões.

A chegada do Renascimento trouxe um marco histórico, a ConstitutioCriminalis Carolina, promulgada pelo Imperador Carlos no ano 1532, reconhecendo o médico como auxiliar fundamental nos assuntos jurídicos, constituindo-se a partir deste momento as bases para o desenvolvimento da medicina legal.

Carlos Magno, no século XVI, determinou a intervenção médica nos casos de avaliação de lesões. Princípio que havia sido reconhecido por Godofredo de Bullón no Código de Jerusalém, no ano 1100. Também o Papa Inocêncio III se fez acompanhar de assessores médicos em casos de avaliação de lesões, em uma multiplicidade de ocasiões.

Posteriormente, com o positivismo naturalista (século XIX), foi criado na Espanha o Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, cuja participação na valoração médica do dano corporal assumiu grande importância, estendendo-se sobre os demais países do continente.

Na França ente os séculos XI e XII, apareceu pela primeira vez a figura do perito, existindo também referências a peritos médicos nas leis normandas de princípios do século XIII, empregadas fundamentalmente nos casos de exame e valoração dos lesionados.

Nesta época, o direito francês começou a realizar a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, antes apenadas com o mesmo tipo de punição.

Os franceses assumiram postura bastante peculiar quanto à responsabilidade médica, tendendo à imputabilidade, em virtude da multiplicidade de fatores -e do caráter subjetivo da maioria deles – capazes de influenciar os resultados de um procedimento médico.

Havia uma forte corrente doutrinária que defendia a necessidade de que não só o dano fosse efetivamente comprovado através de perícia, realizada por profissionais destacados, mas que também se provasse que este mesmo dano decorreu de manifesta imprudência, imperícia ou negligência.

O próprio ato de questionamento e pedido de ressarcimento era por vezes encarado como uma tentativa de enriquecimento ilícito, ou ainda como uma forma desfavorável, causado de forma não intencional por parte do mesmo. Se alegava que o profissional não poderia ser responsabilizado pelo acaso, pelos acontecimentos causados pelo destino, e que nenhum médico – em princípio – laboraria em busca do fracasso.

A partir do século XVIII se produz um importante desenvolvimento, tanto legislativo quanto regulamentar, relativo à matéria. Ainda assim, apesar de todos os avanços, em países como a França, ainda foi necessário aguardar até fins do século XVIII,com a eclosão da Revolução Francesa, para que um artigo do código civil – o de número 1382 – redigido sem grande precisão, afirmasse:

“Tout fait quelconque de I’hommequi cause à autrui um dommageobligecelui par lafauteduquelil est arrivé à leréparer.”

Ainda assim, a idéia de que o causador do dano médico, quando questionado, se tornaria uma vítima de vingança se estendeu de forma tão forte que mesmoem princípios do século XIX, a Academia de Medicina de Paris tinha sua doutrina voltada para a existência de responsabilidade jurídica de seus membros, atendo-se meramente à responsabilidade ética e moral.

Newton Pacheco tem um trecho de sua obra transcrito por Miguel Kfouri, no qual relata um dos casos que levaram à modificação deste pensamento no entendimento dos tribunais franceses. Hoje, a responsabilidade civil médica é plenamente reconhecida e a obrigação de reparar os danos causados é tese amplamente aceita. Vale a pena, pois, pedir permissão àquele autor para transcrever trecho de sua obra, posto que possui enriquecedora narrativa histórica, permitindo compreender o processo de modificação de uma idéia em determinada sociedade, a partir da repercussão causada por um determinado acontecimento:

"Newton Pacheco ressalta a prudência e circunspecção com que as Cortes francesas apreciavam a responsabilidade médica, verificáveis pela análise de mais de um século de jurisprudência.

Referido autor passa a narrar, então, a verdadeira revolução operada na jurisprudência francesa, de 1832 em diante, desencadeada a partir do processo em que sobressai a atuação do Procurador Dupin: O caso, em resumo, foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas.

Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como conseqüência a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foulcault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o

braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada uma falta grave contra regras da arte.

Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou-o e outro é emitido por outros médicos, que chegam a conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia.

O Tribunal de Domfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.'

Doutrinou, então o Procurador Dupin - e a ensinança ainda hoje revela-se atual: '(...) do momento em que houve a negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa'."

Durante o século XX tem origem a medicina do trabalho. Época d industrialização em que floresce a figura do assalariado, até então de pouca expressividade.

O século XX é o século no qual o desenvolvimento da medicina possibilitou a aplicação de técnicas cada vez mais sofisticadas e precisas para o conhecimento da dimensão exata das conseqüências de determinado evento traumático sobre a saúde de um indivíduo. Foram modificados conceitos fundamentais, que haviam permanecidos estáveis durante séculos, como o próprio conceito de saúde, a aceitação da idéia da transcendência do prejuízo estético, o estudo dos danos morais e de sua reparação, até se chegar ao momento atual.

Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, ao tratar da evolução histórica da responsabilidade médica, fazem interessante paralelo, relatando a passagem da vingança privada para a composição por conta de danos causados. Embora não concordando inteiramente com a narrativa, interessante transcrever trecho de sua obra, para ilustrar a visão de outros autores sobre o tema:

"O instituto da responsabilidade civil tem natureza essencialmente dinâmica, tendo de se transformar e se adaptar através dos tempos, adequando-se à evolução da própria civilização. A célebre frase que diz que onde está o homem também estará o

direito pode ser empregada, igualmente, mutatis mutandis, para a seara do instituto ora em estudo, daí se poderia dizer, sem pestanejar, que onde existir o homem também existirá a responsabilidade.

Desde os primórdios, desde os primeiros grupamentos humanos, lá nas tribos nômades, já se constata a noção – e, mais precisamente, a aplicação – da responsabilidade civil e seus efeitos. É claro que dos tempos longínquos não se pode exigir requintes de normas como hoje encontramos no mundo; entretanto, para cada época, podemos afirmar que as várias formas de responsabilização eram deveras modernas, por óbvio.

Lentamente o homem primitivo vai evoluindo, não sozinho, mas em conjunto com todo o resto. Os grupamentos sociais começam a incutir a idéia da fixação, de não mais andar de um canto a outro. Os juristas, sociólogos e estudiosos do comportamento humano nos relatam nesse momento uma modificação (evolução) no conceito de responsabilidade. É bem verdade que ainda prevalecia nesta fase uma forma primitiva, a vingança privada.

Portanto, é nessa fase primitiva, selvagem, que a reparação de um dano causado está alheia à seara do Direito. Ela se dá sem parâmetros legais, consubstanciando-se na relação natural do ser humano diante de um estímulo considerado injusto e agressivo num dado momento e espaço. Prevalece, portanto, na origem dos povos, a reparação do mal pelo mal. No lugar de um lesado, passavam a figurar dois lesados, a vingança privada colocava a reparação do dano em escala subjetiva, numa duplicação do dano, tudo para satisfazer a honra do ofendido, mesmo que o prejuízo causado ficasse na esfera do material, o que era, sem dúvida, mais comum.

A evolução contínua, como não poderia deixar de ser, e surgem as primeiras sociedades organizadas politicamente, vale dizer, os primeiros governos, e com eles vários regramentos jurídicos. ALei das XII Tábuas é um dos ordenamentos jurídicos mais antigos, datando de 452 a.C., dentre outras legislações antigas, tais como o Código de Hamurabi e o Código de Manu.

A vindicta privata continuou, só que de maneira mais regrada e moderada, sob a interveniência estatal. O talião é consagrado pelo uso e se transforma em regra. Passou o legislador a definir as condições para a vítima exercer o seu direito natural de retaliação.

O passo seguinte foi o da composição. Desta feita, começa a se perceber, ainda que de maneira bastante crua, a necessidade de substituir a duplicidade do dano, isto é, inicia-se a fase em que se desperta para a possibilidade – muito mais conveniente e salutar – de, em vez de cobrar a retaliação, compor com o autor da ofensa, exigindo uma prestação de pena. A vítima passa a receber do agressor um 'resgate' – um somatório em pecúnia ou um objeto de valor.

A vingança privada é, portanto, substituída pela composição, ao alvedrio da vítima. Porém, a exemplo do ocorrido com o talião, há a interveniência estatal, vedando, pois, à vítima, fazer justiça com as próprias mãos e impondo que a composição seja fixada pela autoridade. É o momento da composição tarifada, agasalhada pela Lei da XII Tábuas, em que era estipulado, para cada caso, o valor do resgate (pena) a ser pago ofensor.

Inicia-se como fase seguinte, a generalização da responsabilidade civil, com a Lei Aquília. Aliás, citando o mestre Miguel Kfouri Neto, em sua obra Responsabilidade Civil do Médico, na Lex Aquília encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional'.

Por conseqüência, surge no ordenamento a obrigação de reparar o dano causado. Não há mais o 'resgate' da agressão em termos de composição voluntária, vale dizer, não é mais da essência da responsabilidade civil a aplicação de uma pena, mas a reparação do dano, levando-se em consideração o conteúdo econômico envolvido e, principalmente, o elemento subjetivo culpa, importando aduzir que nessa marcha passa-se a separar a responsabilidade civil da responsabilidade criminal.."

Em suma, é preciso ter em mente o fato de que, ao longo de toda a história da civilização ocidental, mormente até o final da primeira metade do século XX, o profissional da medicina sempre ocupou posição social de inegável e elevado destaque. Sua palavra era ouvida e respeitada, e suas determinações cumpridas como verdade inquestionável. O exercício da medicina era uma arte para poucos, e que dependia do brilhantismo e da iluminação pessoal do médico.

Este exercício era encarado tal e qual verdadeiro sacerdócio, e os procedimentos adotados no tratamento de um paciente raramente eram submetidos a dúvidas ou discussões, encarados que eram como justos, inevitáveis ou indispensáveis.

Para isso contribuíram os recursos da medicina, até então limitados ou bastante precários, quase artesanais mesmo. A um tratamento ou procedimento mal sucedido, facilmente se podia atribuir o desenlance aos infortúnios do destino. Havia o senso comum de que todos os recursos disponíveis haviam sido usados para deter a enfermidade.

Nos povoados, vilarejos – e até mesmo nos centros urbanos, prevalecia a figura do "médico da família", que atendia, via de regra, membros de ate mais de uma geração familiar, sendo-lhes, ao mesmo tempo, amigo, confidente, conselheiro. O elo de confiança, o caráter personalíssimo do atendimento eram elementos levados ao extremo, e que inibiam qualquer tipo de questionamento, fosse em esfera privada ou judicial.

E veio a chamada Era Moderna. Amplitude e a rapidez das transformações científicas, médicas e tecnológicas modificaram de forma irresistível os fundamentos desta relação médico-paciente.

As relações sociais foram massificadas, daí se tornando impessoais. A figura do clínico geral – médico da família – perdeu relevância, uma vez que esse tipo de atendimento ficou restrito a uma minoria de poder aquisitivo mais elevado. Dois fatores muito importantes contribuíram para a despersonalização da figura do médico: a disseminação dos atendimentos em grandes hospitais e centros de saúde, e o crescimento nível de especialização dos profissionais.

Eis, então, o momento em que a situação histórica começa a mudar. Ao mesmo tempo em que a medicina evoluiu, o médico foi afastado do conhecimento a fundo de seu paciente, transformando em um anônimo, conhecido apenas por fichas de acompanhamento do quadro clínico, ou mesmo uma simples entrevista preliminar.

O eixo da responsabilidade civil modificou-se, perdendo força a antiga convicção de que o médico gozava de "imunidade" no exercício de sua função. Tal situação parece lógica, uma vez que, ao passo que se foi demonstrado existir novas técnicas de tratamento, equipamentos cada vez mais sofisticados, remédios mais eficientes e instrumentos de apoio, e o conhecimento do médico ampliado por pesquisas e inovações científicas, o espaço destinado aos "infortúnios", aos "desígnios do destino" foram sendo reduzidos, e o exercício da medicina passou a ser recoberto por um manto de responsabilidade até então inexistente. (KFOURI NETO, P. 22-23-44-45).

3.7 A EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A história ancestral da responsabilidade civil – ou obrigação de reparação de danos -no Brasil tem seu marco inicial nas Ordenações do Reino. Nelas se mantinha forte a influência do Direito Romano, que era expressamente mencionado como fonte subsidiária de direito positivo. (MARIANO, 2000, P.122)

Até então, a responsabilidade civil estava atrelada à responsabilidade penal, havendo menção, no Código Criminal de 1830, ao dever de satisfação, ou seja, de ressarcimento pelo ofensor à vítima, em razão do dano causado.

Nada mais natural, para nós, esta separação. Entretanto, não era este o pensamento predominante à época. O elemento definidor da esfera de responsabilidade é, basicamente, o tipo de interesse lesionado é de ordem social, tutelado pelo Estado. Normalmente se verifica a existência de uma vítima prejudicada, mas este não é elemento indispensável. O importante é a distinção entre ordem pública e interesses privados.

Sobre o assunto, aduz Câmara Souza:

"Uma próxima fase, a terceira, tem início pela genialidade de Teixeira de Freitas, o qual não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal. Ele observava, em seus escritos, que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passava a ser abordado como competência de legislação civil. Isso ocorria, segundo ele, em conseqüência da Lei de 3 de dezembro de 1841 ter derrogado o Código Criminal, tendo revogado-lhe o art. 31 e o § 5º do art. 269 do Código de Processo. Nessa mesma época, portanto, o instituto da responsabilidade civil se consolida como independente da responsabilidade criminal, passando, também, a se fundamentar no conceito de culpa, desenvolvendo-se a teoria da responsabilidade indireta, sendo admitida a presunção de culpa no dano causado por coisas inanimadas. Desenvolve-se, na mesma época, o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos." (MORAES, 1995, P. 89).

MariliseKostelnaki Baú, assim complementa:

"No Brasil-Colônia, as Ordenações do Reino determinavam a obrigação de satisfação do dano, conforme comenta Valler, ao mencionar o art. 21, que tratava da obrigação do delinqüente de reparar o dano causado com o delito. O art. 22 determinava manter que a satisfação devesse ser a mais ampla possível e que, em caso de dúvida, a

interpretação fosse feita em favor do ofendido. O art. 29, de sua vez, tratava da obrigação dos herdeiros do delinqüente em satisfazer o dano ate o limite dos bens herdados.

Até o começo do século, a responsabilidade civil, no Brasil, no referente ao funcionário público, prevista na Constituição Federal, e quando ao transporte de coisa, estabelecida no Código Comercial. Lei específica surgiu, pela primeira vez, em 1912, versando sobre a regulamentação da responsabilidade das estradas de ferro. O princípio norteador, genérico, sobre a responsabilidade aquiliana, adveio com os artigos 159 e 160 do Código Civil, de 1916. Dessas regras emanam todas as demais obrigações de reparação de danos.” (PORTO, 1989, P. 11).

CAPÍTULO 4 - ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO

Oportuno se torna esclarecer que existem outros tipos de erro na área médica que podem conduzir ou não à responsabilização civil do médico.

O erro de diagnóstico consiste, basicamente, na escolha, equivocada, inadequada do tratamento à patologia que acomete o paciente. Diagnóstico significa "conhecimento ou determinação duma doença pelos seus sintomas, sinais e/ou exames diversos16", significa "qualificação dada por um médico a uma enfermidade ou estado fisiológico, com base nos sinais que observa". (MICHAELIS, 2000, P. 235) O diagnóstico médico é complexo e deve ser copleto, mas para ser assim deve ser analisado sob quatro vertentes, quais sejam: diagnóstico funcional, que é feito com base na história clínica do paciente, e às vezes pelas suas queixas, diagnóstico sindrômico, que consiste na competência que tem o médico em interpretar a evolução a cada alteração no quadro clínico do paciente, indicando se a doença alterou a função do órgão ou estrutura; diagnóstico anatômico, que consiste na realização de exames físicos que são ricos em sinais, sendo os exames complementares de imagem, que porventura venham a ser feitos, mais exatos, precisos e menos invasivos; diagnostico etiológico, que se caracteriza pela junção dos dados fornecidos pelo paciente com obtidos nos exames físicos e complementares realizados e seu consequente enquadramento em itens relacionados às causas conhecidas da doença.

Diagnosticar, "em linhas gerais, é o enquadramento clínico baseado na capacidade subjetiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, as condições de saúde do paciente". (CARVALHO, 2005, P. 46). É obrigação do médico, após acurada análise das informações e sintomas relatados pelo paciente, firmar convencimento sobre a patologia e proceder ao tratamento adequado para aquela moléstia identificada no paciente, uma vez que com o diagnóstico correto sobrevirá tratamento da doença do paciente, uma vez que com o diagnóstico correto sobrevirá tratamento seguro e indicado e, provavelmente, maior chance de melhora e até mesmo cura.

O erro de diagnóstico, normalmente, decorre de má investigação realizada, marcada pela negligência do médico que efetuou a investigação ou pela insuficiência dos meios e exames utilizados na identificação da doença e tratamento. Em princípio, é erro escusável e não induz a responsabilidade do médico, desde que comprovado que o médico diagnosticou de forma diligente e consciente, bem como agiu em observância às

regras técnicas atuais da ciência médica. Pode, todavia, induzir à responsabilidade, se caracterizado o erro grosseiro ou manifesto na identificação do diagnóstico pelo profissional médico.

Neste passo, impende dizer que a doutrina e, mormente, a jurisprudência vêm tratando essa questão com certa cautela, pois a análise do erro de diagnóstico revela-se muito difícil, já que adentra em campo demasiadamente técnico,prevalecendo, assim, o entendimento de que somente os erros grosseiros podem dar azo à responsabilidade culposa do médico.

Segundo preleciona Miguel Kfouri Neto ap. cit, p. 91, a análise da prova pelo juiz no que se refere ao erro de diagnóstico "não deverá se orientar na elucidação de intricados métodos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica", uma vez que

> [...] nãoé propriamente o erro de diagnostico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais [...]

Esses exames, nos dias atuais, estão em estágio avançados, porém nem sempre ao alcance e disposição de todos os profissionais médicos, e ainda, "se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática". (FERREIRA, 2000, p. 234).

Feitos o diagnóstico e o prognóstico, o médico traça a terapêutica possível para debelar ou aliviar o mal causado pela moléstia. É fácil compreender que uma deficiente anamnese (sintomas presentes, lembrança dos primeiros sinais da doença, histórico do paciente e enfermidades anteriores, exame físico e clínico, reação e medicamentos) e um diagnóstico mal feito, não raro ocasionado por avaliações ou consultas apressadas, contribuem sobretudo para o avanço da doença, podendo trazer conseqüências irreversíveis e levar à morte. É preciso saber escutar as queixas do paciente e conceder-lhe tempo suficiente para dar suas explicações.

No passado o médico não dispunha de meios para diagnosticar eficientemente. Atualmente, o estágio que a tecnociência aplicada à saúde atingiu facilita o encontro de caminhos seguros para diagnósticos precisos, possibilitando, inclusive, a detecção de patologias em estado inicial e alterações orgânicas associadas a doenças sequer

manifestadas (radiologia, ultra-sonografia, tomografia, ressonância magnética, cintilografia, PET – tomografia para exame do comportamento das células, etc.).

Bioengenharia, biomedicina, biotecnologia, ciência da computação unem-se para o aperfeiçoamento e criação de aparelhagens sofisticadas, destinadas a auxiliar os médicos na diagnose e em soluções cirúrgicas cada vez menos invasivas (engenharia clínica, engenharia médica, cirurgia robotizada). Contudo, sob uma perspectiva distinta dos avanços tecnológicos, é patente a necessidade de socialização das novas contribuições técnicas para que pessoas de todos os níveis sociais possam acessá-las e usufruir dos benefícios. Sem embargo da contínua evolução da tecnologia, bons diagnósticos e tratamentos bem sucedidos sempre dependerão das informações dadas pelo paciente, observações e capacidade de raciocínio clínico do profissional. Não se podem ter como verdades, intuições, palpites ou suposições.

O profissional zeloso, consciente da obrigação de utilizar os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento ao seu alcance e que antes de diagnosticar recorre, sem exageros e sem deificar a tecnologia, aos recursos científicos existentes (CEM, art. 32 e art.35) mesmo quando a hipótese diagnóstica parecer compatível com o quadro sintomático, seguramente ficará isento da acusação de ter agido com negligência. Entretanto, para não comprometer a relação médico-paciente, terá presente que a sua atividade firmar-se-á, a todo o tempo, em princípios humanísticos e não só na modernidade técnica (CEM, Princípios Fundamentais, I e II).

No geral, os erros inevitáveis de diagnóstico são insuficientes para responsabilizar: excluem a culpa porquanto não identificam ato negligente. Nem sempre as circunstâncias e o estado do paciente favorecem concluir um diagnóstico precoce, exato e preciso. Ademais, no momento presente, a medicina ainda não tem resposta à todas sintomatologias. Os erros evitáveis derivados de diagnósticos afoitos, descuidados, sem o respaldo de exames laboratoriais ou por imagens, incondizentes com princípios patogênicos elementares, estes sim, são entendidos como produtos da negligência. O médico, como qualquer ser humano, não tem o privilégio da infalibilidade. Pode falhar no diagnóstico. É difícil entender que um profissional de saúde dê início ao tratamento do doente sem realizar o diagnóstico nosológico (nosologia: estudo das moléstias) e sem reconhecer algum sinal ou sintoma da doença. O que são condenadas são as atitudes precipitadas capazes de conduzir a diagnósticos malfeitos e grosseiramente errados, situações de manifesta culpa profissional

viabilizadoras de medidas civis e administrativas considerando que pode ser perdida a chance de eliminar algo que permitiria a oportunidade de cura.

Como exemplos, foram coletados as seguintes decisões judiciais mais relevantes: (a) não concedendo indenização: diagnóstico de uma simples enxaqueca ao invés de hemorragia cerebral em que o paciente, embora vindo a morrer, não apresentava os sintomas e em que o atendimento prestado fora perfeitamente adequado à situação. O diagnóstico foi considerado compatível com o quadro sintomático; (b) concedendo indenização: broncopneumonia não- diagnosticada por não se tratar de moléstia incomum; negligência médico-hospitalar, considerando que a paciente foi atendida, em ambulatório, com fortes dores abdominais e submetida à medicação, retornara por quatro vezes até ser internada. Constatando nos exames tratar-se de apendicite aguda, a cirurgia foi realizada somente no dia seguinte, vindo a paciente a falecer dias depois. A negligência ficou caracterizada porque os sintomas indicavam necessidade de internação imediata, com exames ao diagnóstico.

O Tribunal Pleno do Conselho Federal de Medicina tem decisão no sentido de que comete falta ética do médico que indica procedimento cirúrgico sem esgotar investigação de diagnóstico disponível (Proc. n. 31/1985 – Rel. Cons. Cláudio Balduino Souto Franzen – DOU 16.4.1991, Seção I, p. 7.014). (POLICASTRO, Décio, 2013, p. 71-72-73-74).

Via de regra o erro de diagnóstico não gerará a responsabilização do médico por dois motivos.

O primeiro motivo, ocorre porque, na maioria das vezes, o erro de diagnóstico é na realidade um erro da própria ciência, é uma impossibilidade do estado atual da ciência de identificar algumas situações. A atividade de diagnóstico é muito complexa, envolvendo várias fases, nas quais em um primeiro momento o médico vai verificar sintomas gerais, sintomas específicos, históricos pessoais e de rotina do paciente e a partir daí irá tentar chegar a um diagnóstico para aquela doença. O organismo humano, porém, é uma máquina complexa e o diagnóstico não conduzirá necessariamente ao resultado de uma forma exata como muitas vezes se pretende.

Contudo há exceções. Conforme já mencionado, vários são os erros imputados direta e indiretamente ao profissional da medicina. Pode-se citar entre eles também o erro de diagnóstico.

Segundo Arnaldo Rizzardo,

> Diagnóstico significa a determinação da doença, das causas que a determinaram, dos caracteres e dos efeitos. Constitui uma operação delicada, feita em vista dos sintomas apresentados, dos exames e verificações auscultadas em fase de testes e de múltiplas reações". Sendo assim, a atenção do médico ao dar seu diagnóstico deverá ser o mais cauteloso possível, pois será através de um diagnóstico preciso que se terá um tratamento eficaz.

Há casos em que o erro de diagnóstico se dá por inépcia grave do profissional que evidência a incompetência profissional do médico, em decorrência de um procedimento totalmente contrário à doutrina médica. Neste caso poderá ser gerada a responsabilidade do médico.

Ademais, pode haver casos de diagnósticos que levam a tratamentos errôneos. Neste caso gerará um dano ao paciente, ocasionando ou podendo gerar a responsabilidade do médico, a depender de sua conduta quanto ao diagnóstico.

Em alguns casos muito graves, como o diagnóstico de uma doença grave que causa um forte abalo em seu destinatário e que depois vem a não se confirmar. Se gerou repercussões e abalos enormes ao paciente e sua família, esses casos pelas suas peculiaridades poderão ensejar a responsabilidade do médico.

Vale lembrar que, para que o médico seja condenado a pagar uma indenização isso demandará ser provada a sua culpa nestes casos. O paciente terá que provar que o médico agiu com dolo, negligência, imperícia, imprudência na hora de fazer o diagnóstico. (MELO, op. Cit., p. 101.)

Talvez a mais emblemática função desempenhada pelo médico seja a do diagnóstico. Entende-se por diagnóstico o procedimento de identificação de determinada enfermidade a partir da observação de seus sintomas peculiares. "Trata-se de procedimento fundamental na atividade profissional do médico, dele derivando a prescrição de medicamentos, a dieta alimentar, a necessidade de hospitalização ou de intervenções cirúrgicas, os exames e as técnicas terapêuticas a serem empregadas na cura. Em torno do diagnóstico, portanto, giram todas as outras funções do médico. (SOUZA, 2015, p. 140).

4.1. ERRO GROSSEIRO

Além de erro médico propriamente dito, há também outra figura que deve ser levada em conta. Trata-se do erro médico grosseiro. Sobre o erro médico grosseiro, diz Nehemias Domingos de Melo:

Além da culpa na modalidade estudada, há a figura do erro grosseiro, como forma de responsabilização do profissional, representado pela conduta do profissional que fere os mais elementares conhecimentos da matéria, aferível pelo homem comum e condenável sob a forma da negligência em sua forma mais exacerbada. É a forma inadvertida, imprecisa e incapacitante de quem, por falta de mínimas condições profissionais, se permite ao erro desavisado, tal qual o anestesista que provoca a morte do paciente por superdosagem; o cirurgião que estereliza parcialmente o doente o doente por secção do canal deferente em cirurgia de hérnia inguinal; o ginecologista que contamina o paciente por falta de cuidado de assepsia. Erro grosseiro ou inescusável é aquele erro imperdoável, tal qual o profissional que analisando a radiografia invertida, promove a operação na perna não fraturada do paciente.

O diagnóstico equivocado pode ser caracterizado a partir da “eleição do tratamento inadequado à patologia instalada em paciente, com resultado danoso”. A doutrina tradicional sustentou que o erro de diagnóstico não ensejaria, via de regra, responsabilidade, à exceção das hipóteses de erro grosseiro. Trata-se de afirmativa formulada em consideração à natural possibilidade de erro por parte do médico (de quem, evidentemente, não se pode esperar a infalibilidade), em um momento no qual predominava o critério psicológico da culpa; à época, não restringir os danos ressarcíveis àqueles cometidos por “erro grave” acarretaria uma impraticável responsabilização, diante da dificuldade em se determinar se o erro decorreu da culpa (psicológica) do médico ou da mera falibilidade natural da medicina. Assim, convencionou-se que apenas erros crassos, facilmente identificáveis pelo juiz, ensejariam responsabilização.

Essa concepção demandada reformulação, à luz do sistema contemporâneo. Conforme se compreendeu que a tutela do paciente deveria ser cada vez mais prioritária, afirmar que apenas na hipótese de erro grave haveria responsabilidade soa, ao menos, ultrapassado. Parece mais consentâneo com o nosso sistema entender, assim, que o erro de diagnóstico ocasionará dano injusto, passível de indenização, quando advier do descumprimento de certos procedimentos fundamentais, indicadores da própria falta de

diligência do profissional, tais como a anamnese minuciosa, o pedido dos exames de praxe para cada quadro clínico, a elaboração e manutenção do histórico médico do paciente, dentre outras medidas que possibilitem a acuidade do diagnóstico. Cumpridos tais procedimentos, ou, em outras palavras, afastada a hipótese de conduta culposa do médico, eventual erro já não poderá ser atribuído à sua esfera de responsabilidade.

Mais adequado, portanto, considerar globalmente a conduta do médico, não em busca de um subjetivo critério de gravidade do erro, MS sim em cotejo com o procedimento padrão a ser adotado diante de quadros clínicos semelhantes, sempre respeitadas as condições de cada paciente e os recursos que estavam à disposição do profissional. A atenção aos elementos do casos concreto mostra-se imperativa, em consonância com o fato de que apenas a hipótese fática concreta permite aferir o nível de confiança despertado no cliente pelo médico – confiança esta que representa um dos principais fundamentos de responsabilização de todo profissional liberal. (SOUZA, 2015, p. 140-141-142-143).

4.2 ERRO MÉDICO E CULPA MÉDICA

Um resultado infeliz pode acontecer em qualquer atividade humana. Até mesmo quando o ato for praticado por profissionais renomados e altamente competentes.

Erros médicos são exceções. São casos isolados, ínfimos até se comparados com o universo de atendimento, consultas, cirurgias e internações praticados diariamente. Não devem, pois, desencadear descrenças na atividade médica. Descrédito ou desmerecimento no trabalho dos profissionais da saúde significa, menosprezar vida e saúde.

Ao ser verbalizada a expressão erro médico, geralmente forma na mente das pessoas a ideia de uma falha cometida pelo médico. A anotação imediata é incompetência. Entretanto, há muito, o apoio de outros profissionais com atividades multidisciplinares passou a ser indispensável à prática da medicina; tal sorte, a atribuição da responsabilidade pelo dano causado ao doente alargou-se, indo além da pessoa do médico.

A expressão erro médico utilizada no livro deve ser compreendida como qualquer situação indesejada ocorrida nos serviços de assistência à saúde, pois

considera, de forma abrangente, os envolvidos na cadeia de assistência ao enfermo: o médico, os militantes da saúde em geral e as entidades atuantes na área.

O erro médico pode ser verbalizado de várias maneiras: erro técnico má prática profissional, mal desempenho profissional, mala práxis médica, conduta inadequada, ato médico falho, falha ou falta médica.Pode ocorrer por ato comissivo ou omissivo. Na primeira hipótese, há um movimento, uma ação, um agir. Na segunda, falta atividade, há inércia, falta ação. Deixou de ser feito o que devia ser feito.

Erro de diagnóstico, erro no procedimento, erro na escolha da terapia, falta de procedimento terápico, erro na prescrição ou na administração de medicamento, falha no atendimento, deficiência nos serviços, traduzem sempre um resultado prejudicial ao enfermo, produzido por conduta imprópria, proceder imperito, negligente ou imprudente vitalmente, apto a agravar a saúde, pôr em risco ou destruir a vida do paciente.

No cotidiano da prática médica, há acontecimentos inevitáveis, fora do controle do profissional, mostrando que nem todo mau resultado está diretamente associado ao agir do médico ou a ato de outro prestador de serviços da saúde. Ocasionalmente surgem no doente reações imprevisíveis, intercorrências, complicações, sem que a causa possa ser atribuída ao atendimento médico em seu amplo significado. Uma terapia pode estar certa e a resposta decepcionar. Uma intervenção cirúrgica pode redundar em fracasso, embora realizada com aplicação das melhores e mais avançadas técnicas. Um medicamento pode ter sido o melhor indicado, na posologia correta, e produz efeito inesperado. Os serviços hospitalares podem ter sido prestados modelarmente, com todos os cuidados profiláticos, e suceder infecção ao paciente em razão do próprio estado de saúde.

Para a Ciência do Direito, o erro médico e o erro do médico ao se revelarem passam a interessar ao campo do Direito Civil, no pertinente à responsabilização do causador do dano, com vista aoressarcimento do prejuízo causado e, ao campo do Direito Penal, para a penalização do culpado, face à conduta ilícita causadora de lesão física ou de homicídio culposo ou, mesmo, doloso na modalidade do dolo eventual, se bem a maioria entender não ser possível a imputação nessa última forma, quando se trata de erro do médico. (Policastro, Décio, 2013, p.1 à 3).

A responsabilização do médico está intrinsecamente ligada a culpa, visto a relação de pessoalidade estabelecida entre o médico e o paciente. E pode ser examinada

sob três perspectivas: a primeira refere-se à responsabilidade pessoal do médico; a segunda diz respeito às instituições de prestação de serviços de saúde privada; e a última diz respeito ao Sistema Único de Saúde (SUS), serviço público custeado por recursos públicos.

A responsabilidade do profissional médico está fundada no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, cujo o teor é o seguinte: "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Em face disto, aplica-se aos profissionais liberais a responsabilidade subjetiva, embora haja relação contratual, conforme exposto anteriormente.

No mesmo sentido, dispõe do artigo 951 do Código Civil ao prescrever que:

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

A culpa médica rege-se pelos mesmos fundamentos da responsabilidade em geral, de maneira que quem pratica um ato, com discernimento, liberdade, intencionalidade, possuindo opção de escolha, é obrigado a indenizar a vítima pelas consequências danosas dos seus atos, aplicando-se os mesmos princípios relativos à individualização da culpa.

Destaca-se que a prova da culpa é indispensável para a responsabilização do médico, devendo ser analisada em cada caso:

"Em suma, será preciso apurar em cada se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe ou não possível chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável".

Portanto, a análise da culpa do médico é realizada de acordo com o caso concreto, vez que é feita a verificação da sua conduta em relação aos procedimentos para com o paciente.

4.3 IMPRUDÊNCIA

Na imprudência o médico cria para o paciente uma situação de perigo. Basta imaginar um médico que realiza em trinta minutos uma cirurgia que normalmente demandaria uma hora, acarretando com seu açodamento dano ao paciente. Ele pode ser o maior perito do mundo, vai tomar todas as cautelas, não será negligente, mais será imprudente, tanto é que, devido à sua imprudência estará criando para o paciente uma situação de perigo.

Age imprudentemente o profissional de saúde que assume o risco e coloca em perigo a vida do paciente, sem que exista amparo científico para sua decisão.

A imprudência é a prática de uma ação irrefletida e precipitada. O médico sabe o que tem que fazer mais toma uma atitude totalmente precipitada, como o cirurgião que não aguarda a chegada do anestesista e ele mesmo se encarrega de anestesiar o paciente, provocando a sua morte por choque anafilático; ou o médico que receita penicilina sem fazer testes de alergia e, em face disso a paciente vem a falecer ou ter seqüelas irreversíveis.

Pode também ser enquadrado o médico que libera o acidentado, quando devia mantê-lo no hospital sob observação durante algum tempo, e com isso provoca sua subseqüente morte; ou como o cirurgião que abandona técnica operatória segura e habitual para utilizar técnica nova e arriscada, sem comprovada eficiência, e provoca lesão ou morte do paciente. (KFOURI NETO, op. Cit., p.73-75 apud Barros Jr., Edmílson de Almeida. A responsabilidade médica, p. 98-09).

4.4 IMPERÍCIA

Considera-se imperito o profissional de saúde que realiza um procedimento que realiza um procedimento para qual não foi preparado.

A imperícia consiste em uma deficiência de conhecimento técnico do médico. Ele pratica determinado ato de maneira desastrada, de maneira errada, não recomendada pela técnica médica. É a falta de aptidão ou habilidade específica para a realização do ato médico, como a de um médico ortopedista – sem habilitação em cirurgia plástica – que decide realizar uma cirurgia plástica.

Imperícia é a

> [...] ignorância, incompetência, desconhecida, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou profissão. Em sentido jurídico, revela-se na condução de encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço. (Responsabilidade civil do ato médico. Revista Jurídica n. 207, p. 19).

Existe uma divergência na doutrina pela qual a discussão está relacionada com o fato de se saber se o médico é ou não imperito, isso porque há doutrinadores que defendem a idéia de que o médico não imperito, sob argumento de que o médico fez curso superior regularmente reconhecido, estando assim plenamente habilitado, não podendo ser, a partir de sua formatura, nunca mais considerado imperito, podendo ser somente considerado imprudente ou negligente.

Neste sentido é o que afirma Genival Veloso França:

> O médico habilitado – profissional e legalmente-, não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja esta situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimento necessários para desempenhar uma atividade". E conclui, "o diploma e seu registro nas repartições competentes outorgam uma habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia. (Comentários ao código de processo ético-profissional dos conselheiros de Medicina do Brasil, 2. Ed., CRMPB, 2001, p. 265-266 apud BARROS JR. Edmilson de Almeida. A Responsabilidade médica. P. 106).

A outra corrente que defende que, se o médico que não tem especialidade naquela determinada área e mesmo assim nela atua, é considerado imperito. E vai mais longe ainda: a imperícia é considerada um erro no exercício da profissão, que o médico pode ser imperito quando for negligente ou for imprudente. Nestes casos o Tribunal vem mantendo condenação por imperícia também.

Ademais, leciona o magistrado Ênio SantarelliZuliane:

> Verifica-se a imperícia quando o médico, apesar de habilitado (curso teórico e prático na faculdade de Medicina) para a nobilíssima tarefa, atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar, diagnosticar ou operar. O médico ortopedista que engessa uma pessoa acidentada, a qual chega com fratura exposta, é imperito, porque o procedimento é adequado para a fratura fechada, e, em casos assim, a indenização correspondente terminou sendo recepcionada no colendo STJ (REsp 228.199/RJ, Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.02.2000). (COAD Seleções Jurídicas, v. 1 p. 13. Apud MELO, Domingos Nehemias. Responsabilidade Civil por erro Médico. 2º Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p. 100).

Além disso, o próprio Código de Ética Médica admite a possibilidade de o médico ser considerado imperito, na exata medida em que coloca entre as vedações

impostas aos profissionais da medicina o de praticar atos danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência (artigo 1º, capítulo. III, da Res. CFM 1931/09). (MELO, Domingos op. Cit., p. 101.)

Segundo o entendimento de Miguel Kfouri Neto,

> A imperícia médica é aferida dentre aquelas que detêm o diploma. Pode ser definida, de modo simples, como a falta da habilidade normalmente requerida para o exercício legitimo da atividade profissional, proveniente da carência de conhecimento necessários, da inexperiência ou da inabilidade. (KFOURI NETO, Miguel. Op. Cit., p. 114).

Por fim, deve-se considerar que o Código de Ética Médica exige do médico contínuo aprimoramento, de tal sorte que, se desatualizado, o médico poderá ser considerado imperito e atrair para si a responsabilidade por danos advindos da aplicação de técnicas, procedimentos ou mesmo medicamentos ultrapassados e não mais utilizados.(MELO, Domingos op. Cit., p. 101.)

4.5 NEGLIGÊNCIA

Negligência consiste no desleixo e falta de atenção, ou em casos nos quais o profissional de saúde não oferece os devidos cuidados ao paciente. Implica em omissão ou falta de observação ou dever, não agindo com o devido cuidado, como o médico que esquece uma tesoura cirúrgica no interior do corpo do paciente, ou o anestesista que vai embora antes da chegada do cirurgião deixando o paciente na sala de cirurgia sem o devido suporte médico.

A negligência também pode ocorrer no tocante a informações prestadas pelos médicos, resultando em negligência médica informacional, como é o caso de receita prescrita pelo médico com letra ilegível e que levará o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito.

A negligência do hospital sem a concorrência do médico também é possível. O fato se dá devido ao dever de fiscalização do hospital para com seus funcionários. O hospital que não supervisiona as tarefas em seu recinto responde pelos atos praticados.

Neste sentido Miguel Kfouri Neto cita a jurisprudência Argentina:

> A jurisprudência Argentina relata casos de furto de receituário do interior do consultório médico, por enfermeira, que utilizou indevidamente e causou dano a terceiro. O tribunal, por maioria, reconheceu a culpa do profissional, visto haver negligenciado os cuidados na guarda dos talonários. Outro

> julgado apontou responsabilidade do hospital, que foi negligente, pelas lesões decorrentes da queda do leito, sofrida por paciente, que se submeteria a soroterapia.(KFOURI NETO, op. Cit., p. 106.).

Há negligência ainda quando se realiza exame superficial em paciente, resultando em falso diagnóstico; operações prematuras; descuidos na transfusão de sangue ou anestesia; emprego de métodos e condutas incorretas ou antiquadas; prescrições erradas; abandono de paciente; negligência no pós-operatório; omissão de instrução necessária aos doentes; queimaduras por raio-x; infecções propagadas por instrumentos; médico que, diante do caso grave continua deitado na sala dos médicos; médico que conhecendo o estado clínico do paciente prescreve-lhe medicação por telefone; médico que não se atenta para radiografia invertida e realiza cirurgia do lado invertido; a troca de prontuários ou exames. (cf. Rosana Jane Magrini citando Miguel Kfouri Neto. Apud. MELO, Domingos Nehemias. Responsabilidade Civil por Erro Médico. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 99.)

Ainda segundo Miguel kfouri Neto,

> Os casos de negligência são numerosos na jurisprudência, posto que a distração faz parte da natureza humana: vão do erro médico desatento que receita um remédio por outro – morfina em vez de quinino – até o esquecimento de pinça ou de outro objeto no corpo do paciente. (KFOURI NETO, op. Cit., p. 106.).

Desta forma está caracterizado a negligência toda vez que se puder provar que o médico não observou os cuidados e as normas técnicas aplicáveis à espécie.

CAPÍTULO 5 - DIREITO E DEVER DO MÉDICO

Muitos são os deveres dos médicos para com seus pacientes como o de sempre se manter atualizado em novas técnicas e formas de intervenção, assim como novas técnicas de medicamentos e equipamentos que possibilitam ao paciente melhor recuperação. Isso tudo está expresso no Código de Ética Médica.

Consequentemente, muitos também são os direitos do paciente. A falta de informação do paciente, muitas vezes, o impossibilita de ter tudo o que necessita da parte do médico e do hospital. Sobre esse aspecto diz Miguel Kfouri Neto:

Além do direito de recorrer ao judiciário, pleiteando a reparação de quaisquer danos que lhe tenham sido culposamente infligidos por obra do médico, o paciente ainda dispõe de outras prerrogativas. O médico E. Cristian Gauderer tem emprestado contribuições, importantíssima á divulgação desses direitos, em obras e artigos diversos. Dentre outros, destaca referido autor do direito de o paciente obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível e cópias de sua documentação médica como prontuários, exames laboratoriais, raio x, anotações de enfermagem, laudos diversos, avaliações psicológicas, etc. Em caso de recusa do médico ao fornecimento desses dados, o habeas data é o remédio jurídico eficaz para compelir o profissional a conceder tais informações.70 (KFOURI NETO, Miguel. Op. Cit., p. 37 e 38.).

É dever também do médico, respeitar o seu paciente e o seu desejo, por meio de consentimento esclarecido e informado.

Ademais, Nehemias Domingos de Melo, citando Luzia Chaves Vieira enumera vários deveres do médico para com seus pacientes. São eles:

> (a) informar ao paciente/ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde e fazer o paciente entender porque os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu diagnóstico, acompanhamento e tratamento; (b) proceder uma propedêutica cuidadosa, apesar de toda a tecnologia, lembrando que a clínica é soberana e que o paciente é humano e tem sentimentos; (c) respeitar a vontade do paciente; (d) atender ao doente ou familiar que deseja esclarecimentos em salas individuais sem a presença de estranhos; (e) esclarecer objetivamente o quadro clínico para o próprio doente ou responsável. Permitir e até exigir que o doente tenha familiar para presenciar a conversa. Verificar se o paciente tem condição psicológica para ouvir ou não a verdade sobre o seu estado de saúde; (f) informar ao paciente sobre a intervenção cirúrgica e quais são as suas possíveis seqüelas e conseqüências; (g) orientar o paciente sobre o uso dos medicamentos e quais as reações que podem ocorrer com o uso deles, e orientar o procedimento no caso de qualquer reação; (h) não discutir por telefone os problemas dos

> paciente, com familiares ou com quem quer que seja: a conversa pode esta sendo gravada e quebrar o sigilo médico; (i) não dar entrevistas a jornais e televisões sobre o estado de saúde dos seus pacientes; (j) no caso de homem público, o hospital emitirá boletim assinado pelo diretor clínico; (l) jamais quebrar sigilo médico. 71 (MELO, op. Cit., p. 104).

5.1CONCENTIMENTO INFORMADO

A orientação do legislador brasileiro quer o constitucional quer o comum, sempre foi no sentido de dar ampla proteção à liberdade individual, física ou psíquica das pessoas. É por isso que ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II). Constranger significa forçar, coagir, compelir, obrigar, incutir medo, seja de que forma for, para reduzir a resistência do indivíduo.

O Código Civil e o Código de Ética Médica não permitem desrespeitar o direito do paciente de decidir sobre procedimento a ser realizado em seu corpo e sobre execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo no caso extremo de risco de morte. O Código Penal criminaliza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento da pessoa ou do seu representante legal. Procedimentos invasivos e cirurgias realizadas sem a manifestação da vontade, são considerados agressões à integridade física. Tão só em situação de iminente perigo de vida, a falta do consentimento é justificável. A Lei n. 10.241/1998 do Estado de São Paulo, reitera a prerrogativa do enfermo de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos aos quais será submetido (art. 2º, VII).

É fundamental que o doente, familiar ou acompanhante recebam de maneira clara, compatível com o nível sociocultural, as informações apropriadas para entender os procedimentos que serão adotados, objetivos, benefícios, resultados esperados, riscos, recidivas, complicações previsíveis e alternativas éticas possíveis.

O propósito da lei foi este: munido de informações, o enfermo poderá avaliar o resultado esperado com o tratamento e exercer livremente a vontade para dar ou recusar o consentimento. É o quese chama de consentimento informado ou consentimento esclarecido, consubstanciado no documento Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado pelo paciente. Agrava-se a responsabilidade do médico que decide

sozinho, sem a anuência do paciente sem esclarecê-lo previamente sobre os efeitos e riscos do tratamento.

Não raro entregam para o enfermo ou para o acompanhante assinar, impressos de termo de ciência e consentimento com os espaços dos procedimentos em branco. Nesses impressos, desacompanhados de esclarecimentos quanto ao tratamento que será ministrado ou, quando muito, acompanhados de vagas informações verbais, constam declarações de ciência e autorizações para procedimentos (invasivos, cirúrgicos, anestésicos ou de sedação). Isso, sem dúvida, contraria a intenção da lei. A essencialidade do consentimento informado é inquestionável, notadamente quando o ato médico envolver graves riscos ou for necessária a extirpação de membros (cirurgias mutiladoras), redução ou anulação de alguma função orgânica. O documento é tão importante que, exigido inclusive nos procedimentos médico-cirúrgicos ambulatoriais, deve ser anexado ao prontuário do paciente. Melhor será a criação de documento de caráter geral, regulamentado e uniformizado pelo CFM.

Na medida em que aumentam os riscos ou danos, as exigências relativas ao consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo e rigor. Os tribunais consideram negligência, o médico deixar de obter a permissão do enfermo, especialmente nos casos mais graves, cirurgicamente perigosos. O exame de vários julgados revelou que muitos problemas motivadores de ações judiciais, poderiam ser evitados se prévios esclarecimentos e boa comunicação, tivessem ocorrido entre o profissional, o paciente e a família.

Às vezes o médico, sob a angustiante e intensa pressão do momento precisa tomar decisão, até mesmo radical, e ir além do previsto para remover perigo prestes a agravar, sem poder interromper o procedimento e obter a autorização. Por exemplo, quando se vê obrigado a ampliar a cirurgia e extirpar membro ou órgão doente não detectado anteriormente que põe em perigo a vida ou que pode tornar pior a enfermidade. Nessas hipóteses de situação emergencial e de estado de necessidade, prescinde-se do consentimento informado e o procedimento será lícito.

Já faz tempo que a imprensa publicou entrevista de um conhecido ator na qual ele contou ter sofrido parada cardíaca durante uma angioplastia. Disse que o médico sugeriu fazer um cateterismo e mais nada. Quando foi submetido à angioplastia colocaram um stent sem consultá-lo. Se falaram, estava inconsciente não lembrando ter

respondido. Disse estar enfrentando uma batalha judicial contra o hospital, por acreditar-se vítima de um erro médico que lhe rendeu traumas físicos e emocionais.

Atente-se, portanto, para a capacidade de compreender do paciente. Estando inconsciente, doente demais para falar por si mesmo ou faltando-lhe condições de discernir, o consentimento deve ser obtido do acompanhante ou do responsável legal.

O caso do ator, mencionado acima, reafirma a importância da obtenção do consentimento informado do paciente ou dos pacientes ou responsável legal, recomendando que o consentimento seja documentado depois das explicações terem sido, ampla e previamente, verbalizadas. O consentimento documentado poderá ser valioso elemento para afastar ou, ao menos, minimizar os efeitos de acusações passíveis de responsabilizar médicos e hospitais.

De particular relevância é acentuar que consentimento informado não significa limitar a atuação médica mesmo porque, após ter dado os esclarecimentos necessários, o médico continuará responsável pelo tratamento.

Ademais, o documento não pode, sob pretexto algum, tolher a liberdade do profissional com restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção do seu trabalho (CEM, Princípios Fundamentais, VIII).

Quem pratica procedimento médico sem necessidade, força, exagera a gravidade do diagnóstico, do prognóstico ou dos efeitos de moléstia, estimula, prolonga tratamento desnecessariamente, além de infringir princípios éticos, age desonestamente e afronta a livre vontade do paciente CEM, Princípios Fundamentais, IX, arts. 14,35 e 58). (POLICASTRO, 2013. P. 77-78-79-80-81).

5.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA (TEORIA DO RISCO)

É possível notar que este desenvolvimento passou “da primitiva vingança privada para uma participação efetivado Estado na reparação do dano sofrido. O Estado passando a ser um interessado não só nas agressões por ele sofridas mas também nas contra o particular”(ALONSO, 2000, P.8).

Segundo Paulo Sergio Gomes Alonso (2000, p.36), dentro deste cenário que a responsabilidade civil objetiva se firmou, “quando o homem foi levado a uma situação de permanente perigo, (...) com o implemento da Revolução Industrial, sujeitando-o aos

infortúnios decorrentes dos riscos, sem que pudesse obter a reparação merecida, por não serem adequados aos meios legais para obtê-la".

Desta maneira, pode-se observar que a chamada responsabilidade civil objetiva surgiu como mecanismo de defesa do homem frente ao processo desenfreado de desenvolvimento que ele estava passando, devido aos reflexos negativos que mereciam tutela por parte legal.

Para sistematizar essa interpretação, nas palavras do mesmo autor (ALONSO, 2000, p. 37), "era necessário obter novo fundamento à responsabilidade civil, para resolver os problemas cada vez mais crescentes, provenientes de danos a direitos, provocados pelos riscos criados pela nova ordem desenvolvimentista, que ameaçavam a segurança das pessoas".

Portanto, estavam montadas as razões ideais para o nascimento deste novo vértice da responsabilidade, com seus propósitos firmados na situação cultural vivenciada. A estrutura desta objetividade é outro ponto importante a ser discorrido para o seu desmembramento.

Luiz Cláudio Silva explica que "não importa, para efeito da imputação da responsabilidade civil de indenizar os danos causados à vítima, se essa violação foi praticada pelo agente, de forma dolosa ou culposa (...), pois o que importa é o fato gerador do dano e o nexo de causalidade deste com aquele" (2009, p.06)

Por esta interpretação, nota-se que é levado em consideração para a efetivação da responsabilidade objetiva somente o nexo de causalidade e o dano ocorrido.

Conforme a explicação de Silvio de Salvo Venosa, a idéia clássica da responsabilidade foi passando por transformações consideráveis durante toda a história, e a presunção de culpa foi base fundamental para alcançar a responsabilidade objetiva.

Mas, nas palavras dele, embora uma tenha servido de base à outra, "não se confunde a presunção de culpa, onde a culpa deve existir, apenas se invertendo os ônus da prova, com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se dispensa a culpa para o dever de indenizar." (2009, p. 13)

É de suma relevância considerar que um elemento chave para tal responsabilidade civil objetiva é o risco. Base para várias teorias, como a teoria do risco integral, movida apenas pelo dano sofrido, sem questionar a maneira ou o motivo de ter

ocorrido, além de que, segundo Flávio Tartuce, (2011, p. 173), “não cogitam os fatos que excluem a ilicitude, como aqueles previstos no art. 188 do Código Civil, caso da legitima defesa, do estado de perigo”; e, como outro exemplo, a teoria do risco criado, a qual responsabiliza quem causa prejuízo a terceiros por meio de sua atividade lícita, porém, perigosa, e que, nas palavras de Flávio Tartuce (2011, p. 137), significam que “atos isolados ou mesmo atividades – soma de atos – podem gerar riscos para outras pessoas ou para a coletividade” – é, portanto, o risco, visto como um dos mais importantes ingredientes para a formação de tal meio reparatório.

Para entender a importância do risco dentro da responsabilidade, há que se primeiramente tratar o seu significado para a indenização em que a culpa não é levada em conta.

Conforme a observação do mesmo autor na obra “Responsabilidade civil objetiva e risco” (2011, p.119), “no risco há um sentido menor do que o perigo, uma vez que no primeiro há apenas uma probabilidade deste último acontecer. Em síntese, pode-se afirmar que arriscado é um conceito menor do que perigoso, mas é maior do que a situação de normalidade”.

Para complementar esta idéia, na visão de Silvio de Salvo Venosa, para a teoria do risco “leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados” (2009, p. 09).

No direito brasileiro, algumas normas específicas trazem a referida responsabilidade por risco, como o art. 927 do Código Civil de 2002, o qual no caput preserva “indiretamente a responsabilidade objetiva, pela previsão relativa ao abuso de direito, tido como ilícito equiparado e gerador de uma responsabilidade sem culpa” (TARTUCE,2011, p. 182).

Como complementação desta ideia, a leitura do parágrafo único do citado dispositivo legal afirma que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente d culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Para um entendimento ainda maior, pode ser utilizado o exemplo de “uma empresa que se dedica a produzir e apresentar espetáculos com fogos de artifício. Ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um

perigo por si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas" VENOSA, 2009, p. 09).

Com isso, o risco leva em conta apenas a atividade perigosa e a possibilidade real da existência do dano, que independem das medidas de proteção tomadas para que eles não ocorram.

O que se pode concluir, desde a análise do cenário mundial como contribuição para o aparecimento da responsabilidade civil objetiva até a sua inserção no plano jurídico brasileiro com um de seus principais elementos, o risco, é que tal forma de indenização sem a necessidade da culpa, obedeceu as necessidades do homem de acordo com o estado em que se encontra a sociedade e o seu foro íntimo em relação à sua fragilidade frente ao crescente desenvolvimento que explodiu desde a Revolução Industrial.

Para Alvino Lima (1999, p. 334-335), "os velhos conceitos dogmáticos se transformam, se adaptam, se objetivam e novas concepções surgem para a solução dos problemas que a vida nos impõe".

5.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

No sistema atual da responsabilidade civil, como se sabe, a imputação do dever de indenizar a certo agente pode seguir dois mecanismos distintos: um baseado na culpa, e outro fundamentado no risco. No primeiro caso, fala-se em responsabilidade subjetiva; no segundo, em responsabilidade objetiva. Afirma-se, na doutrina tradicional, que a responsabilidade do médico (bem como, de forma geral, de todos os profissionais liberais) é do tipo subjetivo – vale dizer, exigir-se a prova da intenção de causar dano (dolo) ou da conduta negligente, imprudente ou imperita (culpa stricto sensu) para o surgimento do dever de indenizar. O Código de 1916 era expresso nesse sentido, prevendo dispositivo específico sobre a atividade do médico, que determinava:

Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

O dispositivo, suprimido pelo codificador de 2002, era usualmente empregado, por analogia, para a caracterização da responsabilidade de outros profissionais liberais. No mesmo sentido, previu o Código atual dispositivo mais genérico, em seu art. 951:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 [que tratam da qualificação de danos à integridade física da vítima] aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

E, realmente, pela própria natureza da atividade, a responsabilidade do médico parece indissociável do conceito de culpa. No entanto, e muito embora a doutrina amplamente majoritária continue afirmando a natureza subjetiva dessa responsabilidade assiste-se atualmente à sua progressiva aproximação da responsabilidade objetiva, com um evidente desprestígio do papel da culpa como requisito para o dever de indenizar do médico. Trata-se de tendência vinculada, via de regra, a uma concepção que associa a prescindibilidade da prova da culpa a uma proteção mais eficaz do paciente – mas que não pode de todo modo, ignorar expressa disposição legal (tanto do art. 951 do Código Civil quanto do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, como se verá adiante) a determinar o caráter subjetivo do dever de indenizar do médico.

Com efeito, a responsabilidade objetiva por atos próprios tem por fundamento o exercício de atividade que crie, por si só, especial risco ou probabilidade de dano – atividade que se revela, porém, via de regra, lícita – ao passo que não se justificaria a imposição do dever de reparar a um médico que não tenha contribuído dolosamente para a produção do dano, nem tenha faltado com a diligência, perícia e prudência que legitimamente poderiam ser esperadas em sua atuação – em outras palavras, a um médico que não tenha praticado um ilícito (no âmbito civil e, não raro, também na esfera disciplinar e mesmo criminal). A razão é simples, eminentemente prática, e sempre foi conhecida pela doutrina da responsabilidade civil: não se pode inibir a iniciativa médica por meio de um sistema que sobrecarrega o profissional da saúde com o ônus da indenizabilidade de todas as suas falhas: há que se lhe conferir liberdade para, dentro das cautelas prescritas pela própria medicina, agir – e tal liberdade é defendida em benefício do próprio paciente, que pode obter do médico, desse modo, o melhor de sua capacidade profissional.

Nesse diapasão, chega-se a verdadeiro paradoxo no momento atual: embora a prática jurisprudencial e a mais autorizada doutrina afirmem veementemente a natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico, para que o paciente precise provar a culpa do profissional de saúde no curso de uma ação indenizatória é necessário que se configure, a um só tempo, uma hipótese de responsabilidade aquiliana, que não se enquadre no conceito de relação de consumo, na qual o médico não tenha assumido obrigação de resultado e na qual o dano não corresponda à teoria da res ipsaloquitur. Tarefa árdua, nos dias de hoje, encontrar um exemplo de culpa médico não presumida. (SOUZA, 2015, P. 40-41-42-43-44-45-48).

5.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Esclarecido o caráter subjetivo da responsabilidade civil do médico, ulteriores qualificações permitem definiraspectos mais específicos à identificação da culpa requerida para o surgimento do dever de reparar. Questão de difícil definição se refere à natureza (contratual ou extracontratual) da responsabilidade civil do médico. A doutrina majoritária opta pela primeira alternativa, afastando, em regra, a responsabilidade aquiliana. Com efeito aduz-se que o ofício do médico corresponderia a uma prestação de serviços sui generis, consistente em intervenção técnica remunerada, à qual se agregam deveres patrimoniais, a justificar a natureza contratual do dever de reparar o dano causado por erro médico.

A natureza da responsabilidade, porém, pode ser extracontratual, sendo certo que apenas as circunstâncias do caso concreto permitirão caracterizá-la. Nesse sentido, não se afasta a possibilidade de responsabilidade aquiliana em hipótese como as de omissão de socorro, atestados falsos, quebra de sigilo profissional, dentre outras. Sem embargo da distinção, René Savatier já identificava que o fato de ser aquiliana a culpa não impedia sua apreciação à luz das regras da responsabilidade contratual, já que o médico estaria adstrito à mesma ordem de deveres em face de seus clientes, independente da existência de um contrato. Nesse sentido, a natureza extracontratual seria relevante apenas quanto a normas de ordem procedimental, tais como prazos prescricionais e regra de competência.

A importância na determinação da natureza da responsabilidade sempre residiu, antes de tudo, na regra segundo a qual se presume a culpa na responsabilidade

contratual, a inverter o ônus probatório em favor do lesado, com efeito, no âmbito contratual, afirma-se tradicionalmente que o simples fato do inadimplemento já permite presumir que o devedor da obrigação descumprida agiu culposamente, a justificar sua responsabilização por perdas e danos se caracterizado o inadimplemento absoluto. Além deste importante efeito, a responsabilidade contratual atrai todo um regime específico para a relação jurídica. Assim, por exemplo, existe controvérsia quanto ao prazo prescricional para a reparação civil derivada de ilícito contratual ser o mesmo prazo de 3 anos previsto pelo art. 206, § 3º, V do Código Civil para a responsabilidade aquiliana. Da mesma forma, o foro competente para a ação indenizatória será o do local do dano (e não o do domicílio do devedor) na hipótese de responsabilidade extracontratual.

Tais questões tornaram-se de somenos relevância na atualidade, por força da incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a maior parte das ações de responsabilidade civil do médico, a atrair regime jurídico próprio que prevê regras específicas sobre todas essas questões. Além disso, cumpre ressaltar que a incidência de princípios fundamentais orientadores da relação médico-paciente, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva, independe da caracterização da responsabilidade profissional como contratual. A insistência doutrinária nessa qualificação parece, assim, filiar-se mais à força da tradição que à sua utilidade prática nos dias atuais. (SOUZA, 2015, P.50-51-52-53-54).

Segundo AGUIAR JUNIOR, a responsabilidade será contratual quando derivada de “contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da Medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, 2000, p.33).

A responsabilidade “será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstância da vida colocam frente a frente médico, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público [...]” (TEIXEIRA,Sálvio de Figueiredo, 2000, p. 33).

5.5 DEVER DE INFORMAR

A doença sempre traz dúvidas e preocupações: gravidade da enfermidade, incerteza da cura, perigos a serem enfrentados, possibilidades de seqüelas, interrupção da atividade habituais e laborais, despesas.

A informação e o aconselhamento são obrigações médicas que não podem ser descuidadas. O médico tem o dever de levar ao doente, familiares ou responsáveis, as peculiaridades da moléstia, as complicações que poderão surgir com o tratamento e os efeitos colaterais.

O paciente por sua vez, tem o inafastável direito de receber informações claras acerca do diagnóstico, prognóstico, procedimentos propostos, alternativas, riscos, benefícios, prescrições, cuidados a seguir, custos e remuneração profissional, etc. (CEM, art. 34, art. 61 e inciso VI da Lei n. 10.241/1998, do Estado de São Paulo).

A disposição legal de que ninguém pode ser constrangido a se submeter a tratamento arriscado ou a intervenção cirúrgica que crie ou aumente risco de vida (Código Civil, art. 15), está intimamente ligada com o dever médico de afastar idéias deturpadas e esclarecer sobre a doença, sua evolução, probabilidade de reaparecimento, cuidados requeridos, vantagens e desvantagens do tratamento clínico ou cirúrgico indicado, resultados esperados. A transgressão desse dever de aconselhamento informação provoca a responsabilização do profissional e do próprio hospital. Informações falhas, incorretas ou mal dadas constituem, por si sós, negligência e imprudência.

Na literatura jurídica são encontrados inúmeros precedentes no sentido de que o médico responde por infração ética, quando deixa de prevenir o paciente sobre os efeitos da moléstia. Precisa usar de franqueza e dizer que, muitas vezes, os melhores tratamentos podem ser inúteis, mas sem chegar ao ponto de causar desalento nem tirar a esperança na recuperação e na eficácia do tratamento.

A notícia tanto pode conformar como desesperar. É justo que algumas vezes o doente queira saber pormenores do prognóstico ou a estimativa do tempo de vida que lhe resta para poder se preparar. Hipóteses como essas devem ser transmitidas, mesmo quando causarem desconforto. Não pode haver pouco diálogo sobre o assunto entre médico, paciente, parentes ou responsáveis. A sensibilidade do profissional é que indicará quando e até onde a comunicação poderá agravar o estado do enfermo como,

por exemplo, for o caso de intervenção perigosa ou de prognóstico sombrio da enfermidade. O Código de Ética veda omitir o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento. Segue a exceção: salvo quando a comunicação direta ao enfermo puder provocar dano, devendo, nesse caso, ser feita ao responsável (art. 34).

Em pequeno mas valioso artigo intitulado 'O Direito de Saber', Léo Pessini pergunta e ele próprio responde: "O que dizer ao doente, quando estamos frente a um diagnóstico e/ou prognóstico difícil? Esta é uma das questões éticas mais delicadas e difíceis que os profissionais da saúde e familiares enfrentam hoje. Num passado não muito distante, a mentalidade cultural defendia a crença de que quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde, melhores seriam as chances de recuperação. Em muitas situações, mesmo frente à morte inevitável e iminente, os médicos não comunicariam nada a respeito, temendo que tal comunicação e conhecimento, pudesse levar a pessoa à depressão e desespero. Com o crescente despertar dos direitos dos pacientes, entre os quais o direito de saber a verdade, que realça o seu protagonismo e autonomia, existe hoje uma tendência crescente para que se adote uma postura aberta, honesta e verdadeira, ao se revelar as condições de saúde do paciente.A comunicação de uma verdade em que está em jogo a própria vida, exige delicadeza e respeito pela condição do paciente." Prossegue, dizendo: "... Em suma, a questão ética, no que diz respeito a comunicar a verdade ao paciente, mudou. Não é mais 'se devemos ou não comunicar', mas antes 'como' vamos partilhar esta informação. Nesse sentido faz-se necessário levar em conta, a condição psicológica do doente, os valores familiares, culturais e religiosos."

Com o tirocícnio adquirido na lida diária, na maioria das vezes os médicos percebem que as pessoas, leigas em questões médicas, ficam ansiosas ao procurá-los e reagem diferente nos momentos difíceisde angústia e sofrimento. Assim mesmo, com paciência, serenidade, e sem se aborrecer, precisão, se o estado do paciente permitir, cumprir a missão de informar. (POLICASTRO, 2013, p. 74-75-76-77).

CAPÍTULO 6 - A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Afirmou-se, em linhas anteriores, que oferecer conceitos imutáveis, quando se trata da ciência do direito, é assumir o risco de apresentar uma noção equivocada. Entretanto, como dito, é preciso sempre esclarecer as noções, indicar o ponto de partida.

Quando se trata da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, ainda pouco conhecida no cenário nacional, aumenta a necessidade de, didaticamente, alencarem-se conceitos, classificações, divisões e subdivisões dos termos, quando existentes e possíveis.

Como decorrência natural da recepção da responsabilidade civil pela perda da chance, evidentemente surge necessidade de compreensão do respectivo conceito jurídico.

Observa-se em Carlos Alberto Ghersi o atrelamento da certeza do dano à existência material e não conjectural de um impacto no patrimônio da pessoa. Destaca que dano revela uma crise no sistema de governabilidade e, embora nem todos os danos sejam reparáveis, nem tenham uma causa única, são resultados de diversas manifestações, da dialética entre o processo que está na essência mesmo do viver social, da busca pelo ser humano de equidade e igualdade Bustamante Alsina faz acrescentar a idéia em semelhante direção:

> A chance configura um dano atual, não hipotético. É ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de beneficio econômico que resulta frustrado pelo responsável, e pode ser valorada em si mesma prescindindo final incerto, em seu intrínseco valor econômico de probabilidade.

Apesar do dano advindo da perda ser atual, a chance equivale a uma expectativa hipotética, materializada em um ganho ou dano final, vinculados ao sucesso do processo aleatório. Assim, se esse processo aleatório é interrompido por um ato imputável a determinado indivíduo, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável, sendo que esta pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza e, portanto, reconhecido como dano reparável.

Sérgio Savi, com base em MaurizioBocchiola, afirma que “o termo chance significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda. Prossegue o autor: “É inútil esperar para saber se haverá ou não um prejuízo, porque o seu concretizar não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e

incerto.A situação é definitiva e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance se teria ou não se realizado".

Sem qualquer receio, em termos gerais, pode-se concluir que a indenização não corresponde à vantagem esperada, mas será quantificada economicamente com base na chance perdida.

Como essa teria tem por escopo indenizar a vítima pela frustração em alcançar determinado objetivo, a responsabilidade surge em razão do comportamento do agente gerador da perda da chance da oportunidade, ou seja, a expectativa de ganho que foi encerrada por sua conduta.

Em relação ao tema da responsabilidade civil do médico, configura-se a perda da chance "quando determinado acontecimento não ocorreu, mas poderia ter ocorrido, por si mesmo ou através de intervenção de terceiro. O evento teria sido possível, mas a atuação do médico tornou-o impossível, provocou a perda de uma chance".

O significado jurídico da perda da chance traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso.

Nuance de uma teoria maior (da responsabilidade civil), a teoria da perda da chance também requer, para sua caracterização, a presença de determinados elementos, os quais, quando individualmente verificados, constatados e aferidos corretamente autorizam a concessão de indenização pelas chances perdidas.(AMARAL, 2015, p. 63-64-65).

A expansão das fronteiras do dano reparável ocorre com o surgimento de novos tipos de danos no sistema da responsabilidade civil, como, por exemplo, quando a jurisprudência italiana identifica a perda de uma chance enquanto nova modalidade de dano, com características próprias, e o direito argentino, que na atualidade, acompanha a doutrina francesa, passa a acolher a relativização do dano certo, considerando que, em determinadas situações, pode ser suficiente para o cabimento da indenização uma mera possibilidade de prejuízo.

Questão outra a ser observada é se a responsabilidade do dano depende da causa da sua origem, portanto, se é necessário derivar de lesão a direitos subjetivos individuais

ou se para a indenização basta a violação de interesses legítimos. (AMARAL, 2015, p. 80).

6.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA ATIVIDADEMÉDICA

Em vários ramos da medicina há diversas técnicas de tratamento. Dentre elas, existem as obrigações de meio que gerarão uma responsabilidade reduzida e a de resultado podendo ter como fator uma responsabilidade de maior amplitude.

A obrigação de meio se caracteriza por uma obrigação de efetivo tratamento, mas sem responsabilidade por resultado diverso.

Cite-se, por exemplo, um paciente em estado terminal de câncer, o médico possui o dever e responsabilidade de utilizar de todas as técnicas medicinais na tentativa de curar o paciente. Contudo, por se tratar de uma doença que, na maioria dos casos, não tem cura, resta apenas o médico a tentativa de salvar a vida do enfermo. Se este, contudo, vem a falecer, demonstrando que os métodos aplicados ao caso concreto tenha sido o ideal e eficaz contra a enfermidade, sem erro no tratamento, mas, porém, sem êxito para com o resultado, estamos diante de uma excludente da responsabilidade, em virtude da impossibilidade científica de produzir resultado pretendido, a cura.

Outrora, a obrigação de resultado traduz a noção de fim pretendido e satisfatório. Em linhas gerais, pode ser citada a cirurgia estética. No tocante as cirurgias esteticistas o cenário se torna oposto, visto que a responsabilidade aqui se trata de obrigação de resultado.

O que se entende é que o fato do paciente não possuir nenhuma enfermidade e buscar ajuda médica na tentativa de sanar aquilo que para si é visto como um defeito enseja em maior responsabilidade, pois o que se almeja é a exatidão do procedimento cirúrgico. Assim, contudo, se do procedimento surge, como conclusão, resultado adverso, este gerará o dever de indenizar, pois, em se tratando em obrigação de resultado, cabe às partes dirimirem as controvérsias dispostas no instrumento contratual.

Geralmente, a indenização pelo insucesso do procedimento será a restituição daquilo que fora pago pela atividade, dano moral em virtude do insucesso estético, bem como o direito a indenização com gastos para realização de novo processo cirúrgico.

Assim, o médico cirurgião plástico se vincula ao compromisso de se obter o resultado, pois a natureza desta atividade, em regra, é apenas melhorar a estética, nunca a piora, daí a importância de se obter o resultado.

Contudo, é importante ressaltar que ainda há procedimentos desta espécie que continuam com a obrigação intermediária, ou seja, a de meio, assim leciona Carlos Roberto Gonçalves, como nos casos de "atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho" (GONÇALVES, 2013, p. 269).

A doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que a responsabilidade que o médico assume no que tange ao processo cirúrgico é a de resultado. Contudo há entendimento como o do ilustre jurista Ruy Rosado de Aguiar Junior ao expressar que:

> [...] o acerto está, no entanto, como com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se dique que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico (GONÇALVES, 2013, p. 269).

No entanto, o que há de maior consistência com base no resultado estético, sendo este de caráter embelezador, que a obrigação da qual se adveio de uma relação contratual é a de resultado, e que, portanto, não pode ser enxergada a obrigação de meio, pois o médico sabe que o paciente é saudável e que a cirurgia, embora realizada por diversas vezes com sucesso, pode ocorrer a eventualidade de não se obter êxito.

E, ainda, sendo o médico o profissional responsável a alertar ao paciente acerca dos riscos, não pode transferir esta responsabilidade a este, tendo em vistaque o dever se cautela parte do médico, devendo, portanto, indenizar o paciente pelo infortúnio, ressaltando a culpa presumida do médico pelo erro, salvo culpa exclusiva do paciente ou atividade com alto índice de imprevisão, é o que tem entendido o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, haverá três diferentes hipóteses, a de meio, pela qual o médico não estará inteiramente obrigado a atingir cem por cento de eficiência, por outro lado, a de resultado propriamente dito, com preceito do sucesso total e natureza contratual, e a de resultado intermediário, ensejadores apenas na melhora estética por um defeito sem garantir total eficácia.

O Diploma Civil de 1916 aglomerou a responsabilidade dos profissionais de saúde, incluindo médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas num só rol que caracteriza atos ilícitos em suma do artigo 1545, do antigo diploma, que enfatizava:

> Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de serviço, ou ferimento" (VENOSA, 2013, p. 144).

Porém, o novo Código Civil de 2002, por sua vez, definiu com maior amplitude os efeitos da reparação, encontrando-se as disposições civilistas nos artigos 948, 949 e 950.

No que tange a natureza da responsabilidade médica, a doutrina é divergente em prol da essência da relação jurídica, como é o caso do ilustre jurisconsulto Sílvio Salvo Venosa, salientando que a natureza da responsabilidade médica é contratual e extracontratual, em que ressalta que a responsabilidade profissional, mesmo com negócio jurídico celebrado, ou seja, o contrato, há margem de atos profissionais que devem ser analisados oriundos da atividade profissional e que independem da relação contratual, por afirmar que a responsabilidade contratual e extracontratual se apresentam de modo simultâneo (VENOSA, 2013, p.145).

Já José de Aguiar Dias compreende que a responsabilidade médica possui relação contratual, mas ressalta que as duas espécies de responsabilidade, a contratual e extracontratual, findam-se para uma mesma solução VENOSA, 2013, p. 146).

No entanto, René Savatier leciona que:

> [...] a relação médico-paciente pode até mesmo ser de natureza estatutária, se o profissional for de hospital pertencente ao Estado. O médico que atua como funcionário público, causando dano a paciente, deve ser absorvido pela responsabilidade objetiva do artigo 37, § 6º da Constituição Federal (VENOSA, 2013, p. 145).

Dessa forma, caso o médico tenha realizado os procedimentos com culpa, o Estado possuirá o direito de ação de regresso contra o profissional. Portanto, não há posição doutrinária que afirme com exatidão a respeito da natureza da responsabilidade jurídica dos médicos, pois deverá ser analisado caso a caso, eis que haverá responsabilidade contratual ou extracontratual dependendo das circunstâncias ou ambas de modo simultâneo como já exibido, mas deve-se atentar que sempre haverá uma obrigação genérica de não causar eventos danosos por negligência, imperícia ou imprudência (VENOSA, 2013, p. 149).

Se a afirmação da natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico suscita o problema de se definir a quem caberá a prova da culpa, e se a qualificação dessa responsabilidade como (via de regra) contratual desloca o ônus probatório para as mão do profissional causador do dano, uma terceira classificação, tradicionalmente reproduzida pela doutrina, promove uma última realocação do ônus da prova na relação médico-paciente. Com efeito, a quase totalidade das obras dedicadas à responsabilidade civil do médico estruturou-se em torno da clássica distinção, forjada no direito francês, entre obrigações de meio e de resultado. Atribui-se a Demogue a distinção, que aparta, de um lado, as prestações dotadas de um elemento subjetivo (um dever de ação ou abstenção) acompanhado de uma elemento objetivo (a obtenção de um resultado) e, de outro lado, aquelas que apresentam apenas o primeiro. Existindo também o dever de obter certo resultado, fala-se em obrigação de resultado; havendo somente o dever de agir ou abster-se, independentemente da obtenção do resultado, alude-se a obrigação de meios.

Diversos critérios já foram utilizados para a identificação da obrigação de meios, figurando a vontade das partes e a álea da atividade como os mais relevantes. A doutrina mais atual tem reconhecido, porém, que se faz preciso "atentar prioritariamente para as finalidades contratuais e para as expectativas das partes que exsurgem do regulamento contratual". De fato, pode acontecer, Por exemplo, que certa avença contratual tenha por objeto "assegurar a uma das partes a realização de um resultado aleatório, suscitando, desse modo, a legítima expectativa de que a outra parte se comprometa a realizá-lo, e não apenas a tentar realizá-lo. Semelhante obrigação, embora envolva determinada aleatoriedade, não poderia ser classificada como simples obrigação de meios, e, por outro lado, diferiria da noção tradicional de uma obrigação de resultado.

Nessa toada, o problema das obrigações de meios e de resultado pode ser assim sintetizado: embora sempre se exija do devedor o dever de diligência, em alguns casos este se revela o único elemento verdadeiramente exigível da obrigação – em uma palavra, seu objeto - , conforme se atribua maior ou menor grau de juridicidade ao dever de obter determinado resultado prático. Não por acaso, parte da doutrina prefere atribuir às obrigações de meios a alcunha obrigações de diligência. Diretamente vinculado ao agir diligente, a classificação se mostra, no ordenamento pátrio e alhures, extremamente útil ao regime de responsabilidade dos profissionais liberais em geral e, especificamente, do médico.

Não se trata, porém, de construção insuscetível de críticas. Ao contrário, a distinção entre obrigações de meios e de resultado – já reputada a summadivisio do direito obrigacional – recebeu, ao longo de sua evolução doutrinária, duros golpes por parte de diversos autores, que chegam mesmo advogar por total desaparecimento, considerando-a "artificial e arbitrária". Com efeito, tem-se afirmado que a classificação restaria totalmente ociosa: por um lado, porque toda obrigação envolve o dever de diligência, não cabendo, nesse sentido, associá-lo apenas às obrigações de meios; por outro, porque mesmo na obrigação de meios o credor busca um resultado útil, consubstanciado no próprio agir do devedor empregando seus melhores esforços. Nessa perspectiva, toda obrigação seria, a um só tempo, de meios e de resultado. Reafirma-se, porém, a utilidade da distinção, nem tanto para se diferenciarem ontologicamente as duas categorias, mas principalmente para se identificar, com maior facilidade, qual a prestação devida e, consequentemente, se houve inadimplemento (cuja apreciação não pode restringir-se à simples não verificação do resultado) e para determinar o direito do devedor à contraprestação nos contratos sinalagmáticos.

Parte da doutrina vai além, considerando que a distinção entre obrigações de meios e de resultado influenciaria não apenas a prova do dano decorrente do ilícito contratual como, ainda, a demonstração da própria culpa pelo inadimplemento. Assim, nas obrigações de resultado, bastaria ao credor provar o fato do descumprimento para que se presumisse a imputabilidade da indenização ao devedor. Às obrigações de meios, ao contrário, aplicar-se-ia estritamente a regra geral do processo civil, de modo que caberia ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (incluindo, nessa prova, a culpa do devedor da obrigação inadimplida). Em síntese, o reconhecimento de que certa obrigação seria de resultado acarretaria a presunção da culpa do devedor na hipótese de descumprimento, invertendo o ônus da prova contra ele.

Como se percebe, semelhante concepção se contrapõe à doutrina dominante, segundo a qual na responsabilidade contratual a culpa do devedor seria sempre presumida diante do fato do inadimplemento. Para os autores que contribuem às obrigações de resultado o efeito de inverter o ônus da prova em favor do credor, apenas nesse tipo de obrigação ter-se-ia a referida presunção de culpa, ao passo que nas obrigações de meios, embora contratual e responsabilidade, a demonstração da culpa continuaria atribuída à parte lesada pelo descumprimento. A razão estaria em que, nas obrigações de meios, como o agir diligente já seria o próprio objeto da obrigação, a

prova do inadimplemento equivaleria à prova da culpa, de tal modo que seria contraditório deixar a demonstração do primeiro nas mãos do credor, invertendo o ônus da prova da segunda.

No caso de responsabilidade do médico, isso equivaleria a dizer que, se o paciente de um cirurgião plástico tem em seu favor a inversão do ônus da prova da culpa do profissional caso o tratamento estético fracasse (já que a obrigação seria, segundo entendimento majoritário, de resultado), o paciente de um clínico, por exemplo, não contaria com essa inversão, pois, se a obrigação do médico era justamente a de ser diligente (sem se comprometer a qualquer resultado final), a prova do inadimplemento seria indissociável da demonstração da culpa – cabendo as duas, por isso, à vítima. Por essa razão, muitos autores acabam concluindo que a doutrina das obrigações de meios e de resultado sobrecarregaria o paciente com um ônus probatório injusto.

Na prática, porém, essa sobrecarga raramente acontece. Ao contrário, a classificação que distingue obrigações de meios e de resultado difundiu-se justamente porque favorece ainda mais a pretensão do paciente. Com efeito, a perspectiva que atribui o ônus de provar ao próprio paciente quando a obrigação é de meios (porque entende que a prova da culpa e a prova do inadimplemento são provas coincidentes e devem, portanto, caber à mesma pessoa) acaba por permitir que o paciente demonstre, na prática, apenas o fato do dano, diminuindo substancialmente seu ônus probatório, com a evidente vantagem de se tratar de tese aplicável tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual. Em outros termos, se a responsabilidade subjetiva dispensa a prova da culpa pelo paciente, a doutrina da obrigação de meios e resultado pode (e costuma) ser empregada para considerar provada a culpa a partir da prova do dano, em raciocínio análogo ao já exposto sobre a res ipsaloquitur.

Ainda no que tange às obrigações de resultado, conforme já aludido, a presunção de culpa enseja muitas vezes, na prática, uma substituição do regime de responsabilidade subjetiva por outro, de responsabilidade objetiva. E, realmente, embora se rejeite a idéia de uma responsabilidade do médico independente de culpa, na prática jurisprudencial não é incomum observar a adoção de verdadeira responsabilidade objetiva nas hipóteses em que se considera que o médico tenha obrigação de resultado. Conquanto se trate de conceitos totalmente díspares (um relacionamento à identificação do próprio dano, vale dizer, à verificação ou não de

inadimplemento, e outro associado ao fundamento da imputação de responsabilidade ao agente) a obrigação de resultados tem sido aplicada como responsabilidade independente de culpa, e não apenas como fator relevante para a caracterização do ilícito contratual (ou, como sustentam alguns, para a inversão do ônus da prova). A diferença foi evidenciada em exemplar acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que não reproduz o equívoco.

Direito civil. Responsabilidade civil do médico. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Superveniência de processo alérgico. Caso fortuito. Rompimento do nexo de causalidade. [...] 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

De qualquer modo, vale ressaltar, analogamente ao que ocorre com o tema da responsabilidade subjetiva e também em matéria de responsabilidade contratual, a discussão acerca da distribuição do ônus da prova de acordo com a qualificação da obrigação como de meios ou de resultado vem sendo cada vez mais obscurecido pela incidência (já consolidada em sede jurisprudencial, ainda que de modo criticável) das normas do Código de Defesa do Consumidor, que apresenta sistemática própria de alocação do ônus probatório. (SOUZA, 2015, p. 57-58-59-60-61-62-63-64-65-66).

6.2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO ESTRANGEIRO

A perda de uma chance surgiu na França, em meados da década de sessenta, primeiramente estando ligado a área médica, sendo registrado primeiro caso que versava sobra a responsabilidade civil do médico, o qual teria diagnosticado equivocadamente seu paciente retirando-lhe as chances de cura e sobrevivência.

Por trata-se de uma teoria em que para fins de indenização não se leva em consideração a concretização do resultado final, mas sim de sua probabilidade, tema este novo no mundo jurídico, a perda de uma chance foi por muito tempo hostilizado no meio jurídico.

Por muito tempo, o direito ignorou a possibilidade de se obter uma oportunidade de chances ou de evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não

aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumam exigir, por parte da vítima que alega a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido. (MELO, 2009, p.82).

Atualmente a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem ganhado cada vez mais espaço no meio jurídico, tanto em âmbito internacional como também nacional, a cada dia temos visto ações desta natureza relativa especialmente na área médica, advocacia e demais profissionais liberais.

Conforme relata Glenda Gondim:

Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima sua chances de cura da doença que lhe acometia. (GONDIM, 2005, p. 21).

Sobre sua origem histórica na França, Janaína Rosa Guimarães descreve bastante precisa e pormenorizada:

A decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964. O caso narrou a acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotara, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

Assim, a corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves conseqüências, a ser a invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir a responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos. (GUIMARÃES, 2009, p. 84).

A partir deste precedente passou-se a adotar a teoria da perda de uma chance, chamada pelos franceses de perte d'une chance, a qual foi posteriormente ampliada em toda a Europa e em especial na Itália.

No início esta teoria ganhou resistência na Itália, contudo, após aprofundamento de seus estudos, passou a ganhar inúmeros adeptos no direito italiano.

O primeiro caso aceito na Corte Italiana ocorreu no ano de 1983, quando uma determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participarem de um processo seletivo para contratação de motoristas. Os candidatos foram submetidos a diversos exames médicos, contudo alguns destes foram impedidos de participarem das demais provas de direção e cultura, das quais eram necessárias para a conclusão do processo seletivo, movendo ação contra a empresa pela perda da oportunidade de realizarem os exames necessários a admissão no emprego. Posteriormente, em segunda instância o tribunal reformou tal decisão considerando que o dano decorrente da perda de uma chance não seria indenizável, uma vez que seria um dano tão somente potencial.(MELO, 2007, p. 28).

A Corte de Cassação Italiana, porém, entendendo de modo diverso do tribunal, sentenciou no sentido de que havia responsabilidade civil pela perda de uma chance, tendo em vista houve a perda da possibilidade dos candidatos conseguirem o resultado útil ao direito de participarem das provas e alcançar o objetivo que era o emprego.

Importante destacar que um dos elementos primordiais da teoria da perda de uma chance, tanto no direito brasileiro, quanto no estrangeiro é a necessidade, para que haja a indenização, além da vítima comprovar que perdeu a oportunidade de auferir o resultado esperado, que esta perda seja séria e real. De modo que meras esperanças de ordem subjetivas ou hipotética não são capazes de ensejar a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Como afirma Janaína Guimarães (2009, p. 84):

> [...] no que tange à indenização pela perda de uma chance é essencial que a oportunidade seja plausível e não aponte uma simples quimera. Trata-se da probabilidade de que o evento ocorresse, ou seja, não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável.

Logo, par que seja imputado ao agente o dever de reparar o dano,deve-se atentar que tal dano deve mesmo ser passível de acarretar prejuízo à vítima, que se não fosse pela conduta do agente a vítima teria chances reais de conseguir o resultado esperado.

Insta consignar que se trata aqui de chances de conseguir um resultado favorável e não o resultado favorável em si, o que muitas vezes é confundido e acaba inviabilizando a procedência da indenização.

A doutrina contemporânea é muito enfática nesta questão:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de obtenção de resultado esperado, é que se poderá falar em reparação da perda de uma chance. (SAVI, 2006, p. 61).

6.3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a perda de uma chance é uma teoria relativamente nova, seus estudos e aplicação ficaram a cargo da doutrina e da jurisprudência, uma vez que o atual Código Civil não abordou o tema dentro da seara da responsabilidade civil de forma expressa, fazendo-se uso da analogia para adaptar a legislação vigente ao caso concreto.

Os estudos sobre este tema ainda são tímidos no direito pátrio, mas nos últimos anos vêm ganhando mais espaço, sendo objeto de discussão especialmente no meio acadêmico.

No campo jurisdicional é possível notar um crescimento acentuado de demandas judiciais envolvendo a aplicação da teoria. (Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento)

Responsabilidade tem a ver com a reparação de um dano. Porém, o que ocorre se esse dano jamais permita o resgate do status quo anterior? O código civil brasileiro silencia quando a isso, porém, informa, por meio de seus princípios, que a reparação é devida. Mesmo não a admitindo expressamente, dá sinais da aceitação da Teoria da Perda da Chance. Coube à jurisprudência esse papel integrador. Nas palavras de venosa.

Quando nossos tribunais indenizam a morte do filho menor com pensão para os pais até quando esse atingiria 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas dólar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda da chance. (VENOSA, 2003, p.201).

A teoria da perda de uma chance tem, como boa parte das categorias conhecidas em matéria de responsabilidade civil, sua origem atribuída ao direito francês. A perte d' une chance representa a hipótese em que a conduta de determinado agente faz desaparecer para o lesado a probabilidade de um evento que poderia lhe gerar um benefício futuro. Costuma-se afirmar que a reparação pela perda de uma chance "repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo". Por essa razão, exige-se que se trate de uma chance séria e real, cuja perda constitua um prejuízo material ou imaterial concreto.

Na prática jurisprudencial brasileira, tornaram-se célebres alguns casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, como aquele, julgado pelo STJ, em que se apreciou a conduta de determinada emissora de televisão que, em um programa de perguntas e respostas, propôs à participante, candidata a ganhar 1 milhão de reais, uma pergunta (justamente a pergunta milionária) para a qual nenhuma das quatro alternativas de resposta estava correta. Desistindo de responder à pergunta, a participante auferiu meio milhão de reais, posteriormente ajuizando ação de perdas e danos em face da emissora. Chegando o caso ao STJ, a Corte entendeu cabível atribuir à emissora o dever de reparar a participante no valor de 25% do outro meio milhão que poderia ter ganhado caso uma das alternativas estivesse correta (porcentagem que representaria justamente sua chance de acerto em uma pergunta com uma alternativa certa em quatro).

Este e outros precedentes têm sido reunidos por parte da doutrina sob a denominação de perda de uma chance clássica. A nota característica desta teoria clássica reside no fato de a chance perdida corresponder a um benefício para o lesado; em outras palavras, indeniza-se a vítima por se lhe ter suprimido a oportunidade de um ganho ou benefício. O dano, vale repetir, consiste na subtração da própria oportunidade desse ganho, independentemente de qualquer consideração quanto à vantagem em si que se deixou de constituída um bem jurídico passível de lesão e, consequentemente, de reparação autônoma em relação ao benefício ao qual essa oportunidade poderia conduzir é a base teórica para a compatibilização da teoria da perda de uma chance com a vedação da reparação ao dano hipotético: não seria a vantagem abstratamente auferível que se buscaria repor, mas a simples chance de obtê-la, pois se entende que esta chance existiria concretamente na esfera jurídica do lesado. A dificuldade na aceitação da perda de uma chance reside justamente na falta de necessariedade entre o dano e a conduta. (SOUZA, 2015, p. 206-207-208-209-210).

Quais seus fundamentos e objetivos dessa teoria? Sérgio Cavalieri explica que ela surge da idéia dos lucros cessantes. Mas se trata de um caso especial de lucro cessante, à medida que na França,

> [...] dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma [...] probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda."(CAVALIERI FILHO, 2010, P. 77).

Ao explicar a perte d' une chance, Gondim expõe que "Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica." (GONDIM, 2005, p.21).

Uma leitura perfunctória do art. 186, do Código Civil brasileiro, cuja redação menciona: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", em consonância com o art. 927 do mesmo diploma, levaria a apressada interpretação à crença de tratar-se de violação a um direito subjetivo do sujeito. Isso porque a expressão "violar direito" contida na norma remete imediata e invariavelmente à noção de violação a direito subjetivo, enquanto facultas agendi, definindo no aproveitamento do que de substancial extrai-se das teorias da vontade e do interesse, como sendo "o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio".

Somente nesse aspecto, então, quando a conduta violasse direito subjetivo individual, permissão legal dada pelo ordenamento, faculdade concedida pela norma para o sujeito agir do círculo e na persecução de seus particulares interesses, e causasse dano, este seria passível de ressarcimento, haja vista a previsão legal de proteção ao direito violado.

Entretanto, o trabalho da doutrina e jurisprudência tem direcionado o entendimento em sentido outro, alargando o conceito de danos ressarcíveis, abarcando também lesões e legítimos interesses dos indivíduos.

Na doutrina nacional há quem afirme, comentando a definição dada por Paoli – dano como "abolição ou diminuição, mesmo parcial ou temporário, de um bem da vida" - que considerar a idéia de bem como tudo aquilo que satisfaça uma necessidade humana é correto, mas que aprofundar-se na definição, a fim de considerar bem, sejam objetos do mundo exterior, ação ou omissão humana, ou estados individuais das

pessoas, carece de fundamento, haja vista serem tais atributos, segundo o autor, não bens em si mesmos, mas modos de ser do bem.

Prossegue-se, conclusivamente, afirmando ser inexata a idéia de que interesse seria a avaliação da capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade do indivíduo. Segundo esse entendimento, a noção de interesse deveria atender, pois, a um critério objetivo e não subjetivo, considerando como coisa que existe fora do sujeito "situação de cada um em relação ao bem, em virtude da qual lhe seja possível, lhe seja fácil, lhe seja seguro empregá-lo na satisfação de uma necessidade; esta situação é o interesse, portanto, a relação entre o homem e o bem".

Nesse aspecto, chega-se à identificação do dano como a lesão de interesse, não, contudo, como lesão indiscriminada a interesse qualquer, mas, sim, em verdade, o vilipêndio que, tendo em vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então reparado, o que demonstra a necessidade da configuração de um dano antijurídico, injusto. (AMARAL, 2015, p. 81-82).

CAPÍTULO 7 - CONCLUSÃO

Como visto em nosso estudo sobre o erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance matéria cada vez mais suscitada em nosso ordenamento pátrio, ainda bastante controverso, tendo em vista a necessidade de análise de sua compatibilidade com ordenamento jurídico atual. Já que ainda é muito confuso como uma forma de dano atual, pois tanto o erro médico de diagnóstico e a teoria da perda de uma chance se embasam em princípios éticos e danos cujo ambos ainda são muito difíceis de entender pela jurisprudência e por algumas correntes de doutrinadores, que ainda insistem em discutir sua natureza jurídica, questionando doutrina e jurisprudência e seu cabimento na seara jurídica e sua diferenciação em termos indenizatórios. Se por uma lado com o avanço da tecnologia com a própria globalização, com o avanço da robótica sendo inserido na saúde para cirurgias onde se operam a distância por outra lado busca-se adequar essa tecnologia à nossa jurisprudência as nossas leis para não perdemos o controle e o estado de direito do homem. Só enquadrando em nossos códigos e criando leis que resguardem ambos direitos dos seres humanos, poderemos viver de forma tranqüila dentro da coletividade de um país através da modernização.

O que busca hoje em dia na responsabilidade civil e penal não é punir aquele que comete o erro e sim resguardar o direito do próximo quando este é restringido para que não possa haver injustiça e assim todos percam o controle deixando de acreditar na justiça e em um estado democrático de direito onde todos somos iguais pela lei e que haja respeito pelas instituições e pelo ser vivo existente no planeta. Hoje com o crescimento populacional, o desenvolvimento dos povos, com desenvolvimento da tecnologia ainda nos esbarramos com determinada falha ou erro que não conseguimos entender falando de erro médico de diagnóstico, por exemplo, que o profissional médico, erra em um simples diagnóstico será uma simples falha do sistema que não lhe deu as ferramentas adequadas para seu desempenho profissional, pois muitas das vezes cansamos de nos deparar com notícias do sucateamento do sistema único de saúde (SUS), superlotação excesso da carga de trabalho do profissional, baixos salários, falta de plano de cargos e salários, deficiência dos gestores públicos desvio de verbas isso tudo contribui sim para erros ocorrerem em larga escala, mais quando vemos isso ocorrer em unidades particulares (privadas), onde erros grosseiros de diagnósticos acontecem levando até mesmo as pessoas ao óbito, paramos para pensar e fica ai a dúvida será que a formação desses profissionais estão sendo adequadas, será que temos

que mudar alguma coisa no ensino dos novos profissionais para que no futuro não possam haver tantos erros e de certa forma não ocasionar inúmeros processos no judiciário, levando assim a crescer a chamada indústria do dano com a banalização das indenizações e com a vida do ser humano. Na verdade são questões que ainda não podemos mudar no caso de erro de diagnóstico mesmo havendo imperícia, imprudência ou negligência será considerado uma obrigação de meios e não de resultado, pois vai sempre depender de outros exames e da opinião de outros profissionais, apesar e terem correntes de doutrinadores discordando desse pensamento mais o entendimento que ainda prevalece nos meios jurisdicionais que é atividade de meios.

Uma das inovações legais e recentes que vem se destacando na justiça brasileira e vem ganhando força nos meios jurisdicionais é a teoria da perda de uma chance que veio abarcada através do nascimento na França, sendo hoje entendido por vários juristas como uma forma de dano diferente do dano hipotético, ficando cada vez mais claro pelo ordenamento pátrio que a perda de uma chance sim é diferente do dano moral, do dano hipotético e do lucro cessante, sendo reconhecido independente como uma forma de dano, para que se pudesse perceber a importância dos valores contidos nessa teoria, envolvendo doutrina e o modo como esta percebe a compatibilidade ou não, da perda da chance com as previsões contidas no Código Civil, além disso, importante observar os limites ao seu reconhecimento, que foram impostos pela prestação jurisdicional conferida pelos juízes, as questões envolvendo esse tema que não só pode ser empregado na seara médica, mas sim em todas as esferas profissionais, logo no inicio, houve alguma confusão por alguns doutrinadores que achavam que só tinha cabimento na seara médica, hoje o entendimento mudou vários são os doutrinadores que entendem que cabe sim em toda a esfera profissional sendo médicos, advogados e profissionais liberais onde a vítima perde a chance de ganhar uma vantagem ou tem uma perda ou uma chance de cura na área médica ou em outras áreas como vem entendendo a justiça brasileira.

7 REFERÊNCIAS

ALONSO,Paulo Sérgio Gomes**. . Pressuposto da responsabilidade civil objetiva.** Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ALMEIDA, Fernando Barcelos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

AMARAL**,** Ana Cláudia CorrêaZuin Mattos do**. Responsabilidade Civil pela Perda da Chance. Natureza Jurídica e Quantificação do Dano. Prefácio de Maria Helena Diniz,** Curitiba, Juruá Editora, 2015.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos **do.Responsabilidade Civil.** Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

ANDRADE, Ronaldo Alves de**. Dano moral à pessoa e sua valoração**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de oliveira, 2000.

ANDRADE**,** André Gustavo de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2ª Ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direito Civil e Responsabilidade Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

ASSIS JUNIOR**,** Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**, v. 12 N. 85 – set. out/2013.

BARACH, P.; SMALL**, S**. D.Prevenção de erros médicos: Loções a partir de sistemas de informação. BMJ, p. 759-63, **Revista Síntese de Direito Civl,** 2000. V. 3.

BARROS JÚNIOR**,** Edmilson de Almeida. **A responsabilidade Civil do médico: uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

BAÚ, MarilíseKostelnaki. **O contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil.** Ed. Forense**,**2ª edição, São Paulo, 2001.

BEVILÁQUA, Clovis**. Teoria Geral do Direito Civil.** 4ªEd. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1954.

BITTAR, Carlos Alberto . **et al. Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar,** São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

BITAR, Carlos Alberto**. Os direitos da personalidade**. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOUZON, Emanuel**. O Código de Hamurabi: Introdução, tradução do texto cumeiforme e comentários.** 8ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BOUZON, Emanuel**. O Código de Hamurabi: Introdução, tradução do texto cumeiforme e comentários.** Ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto . **et al. Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar,** São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

BITAR, Carlos Alberto**. Os direitos da personalidade**. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de**. Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, João Eduardo Braz de**. Responsabilidade Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

CAVALHIERI FILHO**,** Sérgio**. Responsabilidade Civil,** Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** obrigações: responsabilidade civil. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

COSTA, Fábio Silva**.Tutela Antecipada**. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

COUTINHO, Leo Meyer. **Código de Ética Médica comentado**, 4ª Ed. OAB/SC editora, 2008.

COUTOFILHO, Antônio Ferreira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar.** Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2001.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso**. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DIAS, José de Aguiar**. Da Responsabilidade Civil.** 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Sergio Novais. **Responsabilidade Civil do advogado – perda de uma chance**. Ed. São Paulo: Editora LTr, 1999

DINIZ, Maria Helena**. Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade civil**, 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro Interpretado**, 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ**,** Maria Helena**, Curso de direito civil brasileiro, responsabilidade civil,** 24ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2010.

DINIZ, Maria Helena**. Curso de Direito Civil brasileiro.** Ed. São Paulo: Ed. ver. 2006. Disponível em: http://ambito-jurídico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14522. Acesso em 29 dez. 2017.

DUTRA, Luiz Henrique Menegon. A perda da chance na justiça do trabalho: o dano moral na fase pré-contratual enquanto garantia fundamental Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1038. Disponível em: https://www.boletimjurídico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>Acssso em 29 dez. 2017.

FERREIRA, Sérgio Savi**, Responsabilidade Civil e Direito Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico.** 12ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de**. Direito Médico.** Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso**, CRMPB, 2001**, p.265-266 Apud. BARROS JR., Edmilson de Almeida**, A Responsabilidade Médica**, 2001.

GIOSTRI, ,Hildegard Taggesell**. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. Ed. Curitiba: Juará, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica** – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação. Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GONDIM,Glenda Gonçalves**, Responsabilidade Civil**: teoria da perda de uma chance**.** In: Revista dos Tribunais: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, p.21, ano 94. V. 840.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil.** Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Responsabilidade Civil.** Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Responsabilidade Civil**. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Janaina Rosa**. Responsabilidade Civil e Direito Civil.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do Médico.** Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed. São Paulo, 2001, Culpa Médica e ônus da Prova. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

KFOURI NETO, Miguel**, Responsabilidade Civil do Médico.** Ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo**:** Revista dos Tribunais, 2010.

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

KFOURI NETO**,** Miguel, **Erro Médico e a Perda de uma chance.** Londrina. Disponível em: https:// WWW.youtube.com/embed/azmw4xgfoug acesso em 29/04/2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed. São Paulo, 2001.

KFOURI NETO**,** Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KFOURI NETO, Miguel. 2001, op. Cit. O. 73-75 Apud BARROS JR. Edmilson de Almeida, R. M, p.09-98**, Revista Jurídica nº 207.**

KFOURI NETO, Miguel**. Responsabilidade Civil do Médico**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** Ed. rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. Apud. MELO, Domingos Nehemias**. Responsabilidade Civil por erro médico.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACHECO, Newton. Erro Médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-25 apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de Tutela. Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** n. 06, p. 54, jul/ago. 2000.

LIMA, Alvino. 1999, Apud MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil dos Médicos. 2000**, artigo extraído da Internet, diretamente do endereço (www.jurinforma.com.br/notas/0160.html).

MARIANO, Alonso Perez**. La relación médico enfermo. Presupuesto de responsabiidad. Civil (Em tomo-a La "Lexarts"), in perfiles de La responsabilidad civil en El nuevo milênio.** Ed. Dykynson. Madrid, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima**. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha do dever de informar ao consumidor.** R. T. São Paulo, ano 93, V. 827, set/2004.

MEIRA, Silvio . A. B**. Direito Civil e Processo Civil.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1961.

MELO,Domingos Nehemias**. Responsabilidade Civil por Erro Médico**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MELO, DomingosNehemias**. Responsabilidade Civil por Erro Médico**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MELO, Domingos Nehemias**. Responsabilidade Civil Por Erro Médoco.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MELO, Domingos Nehemias**. Responsabilidade Civil por Erro Médico**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MELO, Domingos Nehemias**. Responsabilidade por Erro Médico**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CASTRO, João Monteiro de, Responsabilidade civil do médico, p.31 apud MELO, Domingos Nehemias**. Responsabilidade Civil por Erro Médico**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LIMA, Alvino, op. Cit. P.29 apud MELO, Domingos Nehemias**. Responsabilidade Civil por Erro Médico.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

EnioSantarelli, Zuliane (Resp. 228. 199/ RJ, Min. Eduardo Ribeiro**, DJU 28.02.2000) COAD Seleções Juríddicas**, V. 1. P. 13, Apud. MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico** 2ª Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

C.F. Rosana Jane Magrini . cit. Miguel kfouri Neto, Apud MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRAGEM, Bruno**. Curso de Direito do Consumidor.** Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. Ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 e1995.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Lei**. Ed. Revista dos Tribunais**,** 3ª Ed. São Paulo, 1995.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Disponível em: http://jus.com.br/ artigos/19730/aspectos-destacados-da-teoria-da-responsabilidade-civil-pela-perda-d....Acesso em: 29 de dez. 2017.

MICHAELIS; **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa** Disponível em http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavras=diagnostico> Acesso em 29 de dez. 2017.

NALIM, Paulo Roberto Ribeiro**, Responsabilidade Civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial.** Ed. Curitiba: Juruá, 1996.

NORONHA, Fernando**. Responsabilidade Civil e Direito Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998

POLICASTRO, Décio**. Erro Médico e suas consequências Jurídicas**, 4ª Edição Revista, ampliada e atualizada Del Rey. Editora.

PORTO, Mário Moacyr**. Temas de Responsabilidade Civil**. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

REIS, Clayton. 2001. Os novos rumos da indenização do dano moral, p.9 apud Melo, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

SANTOS, L. S. C. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: Implicações na Educação Médica**. Revista Brasileira de Educação Médica**, v. 31,n. 3, 2007.

SAVI, Sérgio**. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance.** Ed. São Paulo, Atlas, 2009.

SAVI, Sérgio**. Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SEBASTIÃO**,** Jurandir**. Responsabilidade Médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Luiz Cláudio**. Responsabilidade Civil e Direito Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffida**. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado brasileiro.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de**. Do Erro à Culpa na Responsabilidade civil do Médico, Estudo na perspectiva civil – constitucional,** Renovar, Rio de Janeiro, 2015

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil do Erro Médico**. Disponível na Internet em 01.10.01, no endereço eletrônico.www.direitomédico.com.br/Neri. Acesso em 29/04/2017

SCHAEFER**,** Fernanda**. Responsabilidade civil médico e erro de diagnóstico**. Ed. (ano 2002), reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHONBLUM**,** Paulo Maximilian. W. Mendlowicz. A teoria da perda da chance como solução para o "se" indenizável: Pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão? **Revista da EMERJ.**V. 12, n. 48, p. 88-102. 2009.

STOCO**,** Rui**. Tratado de responsabilidade civil.** Ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. 2011.**Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2014. V.2

TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo**. Direito Civil e Responsabilidade Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil e Responsabilidade Civil**. 14ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil e Responsabilidade Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo**. Direito Civil e Responsabilidade Civil.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil e Responsabilidade Civil.** Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ZENUN, Augusto. **Direito Civil e Processo Civil**. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

BIONDI. Eduardo Abreu. Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. Direitonet. 04 jan. 2008. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil> . Acesso em 29 dez. 2017.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Jus Nvegandi, Teresina, a. 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288> . Acesso em: 29 de dez. 2017.

JUS NAVIGANDI, TERESINA, a. 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: htto://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288. Acesso em: 29 dez. 2017.

MICHAELIS; **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa** Disponível em http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavras=diagnostico> Acesso em 29 de dez. 2017.