

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO: O
DISTINGUISHING NO CASO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM PARA APLICAÇÃO
DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Camila Villeles Contreiras dos Santos

Rio de Janeiro
2020

CAMILA VILLELES CONTREIRAS DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO: O
DISTINGUISHING NO CASO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM PARA APLICAÇÃO
DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:
Ubirajara da Fonseca Neto
Lucas Tramontano

Rio de Janeiro
2020

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO: O
DISTINGUISHING NO CASO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM PARA APLICAÇÃO
DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Camila Villeles Contreiras dos Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Especialista em Direito Público e
Privado pela Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Resumo – a responsabilização por ilícitos civis varia de acordo com a classificação da obrigação, se de meio ou de resultado. Na seara da responsabilidade civil do médico, o padrão, desenvolvido pela doutrina de jurisprudência brasileiras, é o da obrigação de meio, eis que, em regra, o profissional assume compromisso apenas de utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas com prudência, sem garantir a obtenção do resultado da cura ou diagnóstico. A essência do trabalho é abordar essas diferentes obrigações no direito brasileiro e verificar, especificamente, o *distinguishing* do diagnóstico por imagem com relação ao padrão da responsabilidade do médico.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil. Médico. Exame de Imagem. Obrigação de Resultado.

Sumário – Introdução. 1. O fundamento da obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil brasileira. 2. O erro de diagnóstico e o padrão da responsabilidade aplicado pela doutrina e jurisprudência brasileira. 3. O *distinguishing* no caso de diagnóstico por imagem para aplicação da obrigação de resultado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo trata da responsabilidade civil do médico. Procura-se demonstrar que os exames de imagem melhor se enquadram nas obrigações de resultado em caso de eventual erro de diagnóstico.

Diagnóstico é o processo analítico de que se vale o especialista médico no exame de uma doença ou de um quadro clínico para chegar a uma conclusão. Um conjunto de dados, formado a partir de sinais e sintomas, histórico clínico, exame físico e de exames complementares é analisado pelo profissional de saúde e sintetizado em uma ou mais doenças.

A evolução da medicina tem trazido uma grande e crescente gama de técnicas complementares para o diagnóstico preciso. O que, anteriormente, levava os médicos ao método da tentativa e erro, hoje permite o prognóstico e planejamento do tratamento com a imediata visualização do interior do corpo do paciente.

Diferentemente dos outros ramos da medicina, que costumam ser evitados de maior subjetividade – e, por conseguinte, a obrigação é apenas de meio – os exames de imagem

permitem emissão laudos mais objetivos e binários. Pelo envolvimento de alta tecnologia, o custo desses exames é alto e os pacientes/consumidores pagam para obter o resultado que não conseguiriam pelo exame externo. Assim, a legítima expectativa dos pacientes em se obter um diagnóstico certo é aumentada diante da certeza do que é exarado nos laudos.

O presente trabalho analisa a possibilidade de aplicação da obrigação de resultado na responsabilidade civil do médico nos exames de imagem, tendo em vista a objetividade aumentada com relação aos outros ramos.

Objetiva-se estudar a mecânica dos exames de imagem, analisar se a obrigação de meio nesses casos leva à negação do fim precípua do tipo de diagnóstico e se a obrigação de resultado é mais adequada à objetividade da técnica utilizada.

No primeiro capítulo, o artigo apresenta os dois tipos de obrigações existentes na responsabilidade civil brasileira, visando ilustrar o panorama geral e demonstrar ao leitor a motivação da doutrina e jurisprudência para aplicar o tratamento diferenciado da obrigação de resultado em certas áreas.

No segundo capítulo, o estudo apresenta a obrigação de meio como responsabilidade padrão do médico no Brasil e o porquê desse padrão, no intuito de explicitar a origem da diferença para o tipo de responsabilidade nos exames de imagem.

Por fim, o terceiro capítulo explana a diferença dos exames de imagem para as demais áreas da medicina, objetivando demonstrar a possibilidade de aplicação da obrigação de resultado.

O método da pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo e se propõe a identificar o problema da linguagem e cláusulas utilizadas nos laudos, analisar as evidências da objetividade do exame e desenvolver argumentos lógicos sobre a diferença com as demais áreas da medicina.

A abordagem será qualitativa e, a partir da apresentação de documentos médicos que inspiraram o artigo, se fará pesquisa bibliográfica sobre o tema a fim de avaliar a efetividade da obrigação de meio e propor soluções.

Dessa forma, esse estudo é explicativo e visa contribuir com a sociedade acadêmica científica, valendo-se da bibliografia sobre a temática específica, porém bastante corriqueira na nossa sociedade.

1. O FUNDAMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

No mundo jurídico existem diversas definições de obrigação mas, de forma simplificada, obrigação é um vínculo entre credor e devedor acerca de uma prestação. Quanto ao fim a que se destina, a obrigação pode ser de meio, de resultado e de garantia.

A distinção entre obrigação de meio e de resultado não está prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco existe consenso sobre ela na doutrina. Rui Stocco¹ lembra que a teoria que busca diferenciação das obrigações pela finalidade foi esboçada no Direito Romano e desenvolvida pela doutrina italiana, francesa e alemã. Majoritariamente seguiu-se a doutrina francesa de René Demogue² de que na “obrigação de meio a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.”

Para Carlos Roberto Gonçalves³, a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios técnicos para a obtenção de determinado resultado, mas não se responsabiliza por ele. Quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado.

Na obrigação de meio, o devedor apenas se propõe a desenvolver a atividade utilizando suas habilidades para satisfazer o credor, mas não a atingir o resultado, somente haverá inadimplemento e, portanto, responsabilidade do profissional se restar demonstrada a negligência ou imperícia nos meios. De acordo com a ministra Nancy Andrighi⁴ “a obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem obrigar à efetivação do resultado.”

Já para o ministro Luis Felipe Salomão⁵ “nas obrigações de meio é suficiente que o profissional atue com diligência e técnica necessárias buscando a obtenção do resultado esperado.”

¹ STOCO apud SLAIBI FILHO, Nagib. *A obrigação de diligência e a responsabilidade civil do profissional liberal*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=01225c61-83cc-4772-a4f8-0f882ad62c18&groupId=10136>. Acesso em: 08 jul. 2019, p.12.

² DEMOGUE apud STJ. *Meio ou resultado até onde vai a obrigação do profissional liberar*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112142153/meio-ou-resultado-ate-onde-vai-a-obrigacao-do-profissional-liberal>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, [e-book].

⁴ ANDRIGHI apud op. cit., nota 2.

⁵ SALOMÃO apud ibidem.

Tradicionalmente, os profissionais liberais – categoria em que se enquadram os médicos e advogados – assumem, em suas atividades, obrigações de meio. Ao passo que os advogados não se obrigam a obter julgamento de total procedência nas demandas que patrocinam de forma correta e técnica para que os honorários contratuais sejam devidos; terá direito a receber a remuneração devida o médico que foi diligente, tratou bem o enfermo utilizando seus conhecimentos científicos e os recursos médicos ao seu alcance, na tentativa de obter a cura mesmo que não consiga. Se a obrigação assumida por esses profissionais fosse, por regra, de resultado, ambos seriam responsabilizados se o cliente fosse a parte sucumbente ou se o paciente viesse a óbito.

Quando a obrigação é de resultado, só há cumprimento quando o fim prometido e desejado é alcançado pelo devedor, caso contrário haverá inadimplemento. No entanto, não é em todo inadimplemento que há culpa do profissional.

Apesar de aproximar-se da responsabilidade objetiva, a obrigação de resultado ainda é fundada na responsabilidade subjetiva, como impõe o art. 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor⁶. Mesmo diante da presunção de culpa, o profissional pode comprovar esta inexistiu se cumpriu com a diligência adequada, o que levaria à exoneração de seu dever jurídico sucessivo.

Nas obrigações de resultado, a jurisprudência vem entendendo que há presunção de culpa e, assim, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao profissional provar que o resultado não foi alcançado por circunstâncias alheias a sua conduta.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).

A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.⁷ [...]

⁶ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 29 abr. 2019.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 122.505/SP. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=828401&num_registro=200201474393&data=20030901&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

Para Nagib Slaibi⁸, de tal ensinamento pretoriano decorre a lição no sentido de que, ainda que se apliquem as normas consumeristas, com a apuração da culpa do profissional liberal e consequente exclusão de sua responsabilidade objetiva, também incidem regras da inversão do ônus da prova, referidas do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁹.

No entanto, é preciso ressaltar que as obrigações de meio não possuem natureza jurídica diversa das obrigações de resultado. O que a doutrina tradicional estipula como distinção, que seria o tipo de conduta prometida pelo devedor, mostra-se incompleta, porque apenas examina a estrutura da obrigação, olvida-se de sua função.

Como leciona Pablo Rentería¹⁰, “não é possível saber o que o devedor deve fazer e aquilo que o credor pode dele exigir (aspecto estrutural), se, antes disso, não se identifica por que o devedor prometeu aquilo e por que o credor pode exigir isto dele (aspecto funcional)”.

Assim, neste estudo é abordado especificamente a distinção, por sua função, da obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico.

2. O ERRO DE DIAGNÓSTICO E O PADRÃO DE RESPONSABILIDADE APLICADO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

De início, faz-se necessário traçar a distinção entre culpa e erro. Embora Sérgio Cavalieri¹¹ afirme que não se possa falar em direito ao erro, este pode ser escusável se invencível de acordo com o padrão médico médio, tendo em vista as concretudes do caso. O erro, em si, não é elemento capaz de ensejar o dever de indenizar na responsabilidade civil médica.

De acordo com Eduardo Nunes de Souza¹²:

O erro, como intuitivo, constitui um juízo valorativo sobre a conduta – fala-se que há erro porque a conduta (ativa ou omissiva) do causador do dano mostra-se desconforme àquela postura profissional que teria, supostamente, evitado o resultado desvantajoso. Assim, o erro é um julgamento sobre a própria conduta – por assim dizer, um *posterius*: é porque um dano sobreveio ao agir profissional que se afirma, em termos leigos, que o médico errou.

⁸ SLAIBI FILHO, op. cit, p. 3 e 4.

⁹ BRASIL, op.cit, nota 6.

¹⁰ RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. São Paulo: Método, 2011, p. 62 a 63.

¹¹ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13 ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 494.

¹² SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/doerro-a-culpa-na-responsabilidade-civil-do-medico/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

Como também leciona Ruy Rosado do Aguiar¹³, “a culpa supõe a falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana”.

Na seara do diagnóstico, é considerado escusável o erro em que o médico atuou corretamente porém chegou a uma conclusão errada, diante da falibilidade normal da ciência e das reações do organismo humano¹⁴. Se sua falha desviou da média da ciência médica, já adentramos na análise da culpa.

A psicóloga Rafaela Zorzaneli¹⁵, no estudo sobre os diagnósticos de doença sem explicação médica, explica que:

Diagnóstico é uma das práticas centrais na medicina moderna que consiste em conciliar a queixa do paciente com os achados objetivos aos quais se possa atribuir a gênese de seus sintomas – ou seja, recolher informações junto ao paciente e examina-lo com atenção clínica, fazendo a ligação entre os sintomas apresentados e os agentes etiológicos.

A utilização de métodos diagnósticos surgiu nos primórdios da medicina, mas desenvolveu-se e ganhou maior notoriedade no final do século XIX, com o desenvolvimento da química, da fisiologia, da fisiopatologia e, principalmente do microscópio – o primeiro aparelho de imagem¹⁶.

Medicina diagnóstica é definida o conjunto das diversas especialidades médicas que visam a realização de exames complementares para obter um diagnóstico. As especialidades podem ser: medicina laboratorial, medicina por imagem e as demais especialidades médicas que realizam exames com fins diagnósticos¹⁷.

O tratamento ocorre a partir do que for determinado na fase diagnóstica. Ainda que o diagnóstico seja rápido e exato, a cura ou a sobrevida ainda dependerão das medidas adotadas no tratamento. No entanto, partindo-se de um diagnóstico correto, as probabilidades de sucesso no tratamento para salvar a vida, conservar a saúde ou reduzir dor e sofrimento, são

¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.145.

¹⁴ BERNARDES, Amanda. *Responsabilidade do médico: a diferença entre erro e culpa*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36147/responsabilidade-do-medico-a-diferenca-entre-erro-e-culpa>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

¹⁵ ZORZANELLI, Rafaela Teixeira. Sobre os diagnósticos das doenças sem explicação médica. *Psicologia em estudo*. Maringá, vol. 16, n. 1, Mar. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722011000100004>. Acesso em: 8 jul. 2019.

¹⁶ MARTINS, Leandro Ortizoga. O segmento da medicina diagnóstica no Brasil. *Revista da Faculdade de Ciências Médicas*. Sorocaba, v.16, n.3, p. 139-145, 2014. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/RFCMS/article/viewFile/20736/pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2019, p.139.

¹⁷ *ibidem*, p. 140

aumentadas¹⁸. Portanto, aqui não se discute a cura, mas o processo anterior de conciliar os sintomas à doença.

O médico que tenta diagnosticar uma doença, na maior parte das relações de consumo com seus clientes, não está obrigado a um resultado, pois entre eles existe uma obrigação de meios. Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas com prudência. Haverá descumprimento do dever jurídico originário se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e se na prestação do serviço venha a ocorrer um acidente de consumo¹⁹.

Zorzaneli²⁰ explica que, quando os sintomas descritos pelo paciente se enquadram perfeitamente nas conclusões dos exames, tem-se um diagnóstico ideal, cujo caminho terapêutico para doença já pode ser delineado; mas quando, diante dos sintomas não se encontra nenhum agente que se encaixe com precisão instaura-se um campo de incerteza. Trata-se, portanto, de uma atividade de tentativa e erro. Sendo assim, o erro é normal na medicina, o que gera responsabilidade é a culpa.

Portanto, na relação contratual que se estabelece entre médico e paciente com fins diagnósticos, não significa que haverá inadimplemento sempre que aquele não acertar a patologia deste – pois a obrigação, na maioria das hipóteses, é de meio, tendo em vista as dificuldades inerentes ao corpo humano e a limitação da ciência²¹.

A responsabilidade civil do médico é regida pelo art. 951, do Código Civil²² - que prevê que aquele que, no exercício de atividades profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho, deverá indenizar – devendo ser combinado com o parágrafo 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor²³, que dispõe acerca do profissional liberal. Em ambos os casos, o padrão é a responsabilidade subjetiva.

¹⁸ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico: direito material e processual, convênios e resoluções*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 77-78.

¹⁹ FRANÇA apud SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e radiologia. *Âmbito Jurídico*. Rev. 50, fev. 2008. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/erro-medico-e-radiologia>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

²⁰ ZORZANELLI, op.cit.

²¹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

²² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

²³ ——. op. cit, nota 6.

Assim, para que haja responsabilização civil por erro de diagnóstico, se analisa se, no processo de diagnosticar, o médico agiu com zelo e adotou os protocolos e medidas tecnicamente corretas para descobrir qual a doença do paciente²⁴, ou seja, a culpa.

As excludentes de responsabilidade médica são complexas, não devem ser vistas como típicas das relações de consumo²⁵, eis que a atividade médica possui variáveis aleatórias impostas pelo corpo humano que se distanciam da objetividade jurídica. Um exemplo do que vêm sendo atualmente reconhecido pelos Tribunais, e não consta da doutrina tradicional, é o “fato da técnica” que, de acordo com Elias Kallas Filho²⁶, consiste no reconhecimento de que:

Toda intervenção médica, ainda que executada com prudência, diligência e perícia, expõe o paciente a riscos inevitáveis, decorrentes da própria técnica médica que, embora consagrada e preconizada pela comunidade científica internacional, nunca é absolutamente segura, podendo de forma ocasional provocar dano ao paciente sem que exista dever de reparação por parte do profissional ou do estabelecimento médico.

A atuação médica tipicamente subjetiva e de meio que aqui tratamos é a desenvolvida pelo médico profissional liberal, e não pelos laboratórios e pelas empresas prestadoras de serviços que respondem objetivamente com fundamento na teoria do risco, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor²⁷.

Mas, para a jurisprudência, mesmo quando se analisa a responsabilidade civil de uma empresa prestadora de serviços de saúde, prejudicialmente deve-se averiguar se houve responsabilidade subjetiva do médico que causou o dano ao paciente. Só diante do agir culposo do médico, a clínica responderá objetivamente.

RESPONSABILIDADE. HOSPITAL. MÉDICO. DIAGNÓSTICO.

A Turma negou provimento ao recurso, reiterando o entendimento de que se aplica o CDC no que se refere à responsabilidade médica e hospitalar, cabendo ao hospital, por vício do serviço, a responsabilidade objetiva (art. 14 daquele código), no caso de dano material e moral causado a paciente que escolhe o hospital (emergência) e é atendido por profissional médico integrante, a qualquer título, de seu corpo clínico, prestando atendimento inadequado, causador de morte (erro de diagnóstico). Outrossim, responde por culpa subjetiva o médico, aplicando-se, porém, a inversão do ônus da prova (art. 5º, VII, do mencionado código).²⁸

²⁴CARNEIRO FILHO, Sérgio de Freitas. *Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico: uma análise à luz da jurisprudência*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11010/Responsabilidade-civil-do-medico-por-erro-de-diagnostico-uma-analise-a-luz-da-jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

²⁵BERNARDES, op. cit.

²⁶KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 137-151, jul/out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63998>>. Acesso em: 08 jul. 2019, p. 139.

²⁷BRASIL, op. cit, nota 6.

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 696.284-RJ*. Relator: Ministro Sidnei Benediti. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270418%27>>. Acesso em: 08 jul. 2019, p. 17.

Entretanto, apesar do padrão da obrigação de meio na responsabilidade médica, várias áreas da medicina são aceitas como sendo obrigação de resultado pela doutrina e jurisprudência. O caso mais conhecido é o da cirurgia plástica, cuja corrente da obrigação de resultado foi incorporada pela doutrina no direito brasileiro desde meados do século XX²⁹. Também já existe aplicação praticamente pacífica da obrigação de resultado na odontologia e anesthesiologia.

Entende-se que mais uma especialidade médica deve constar do rol de exceções às obrigações de meio: o diagnóstico por imagem. Esse ramo conta com várias peculiaridades – algumas semelhantes às outras especialidades que já são pacificamente tratadas como de obrigação de resultado – que devem ser profundamente analisadas e entendidas a fim de que se perceba o *distinguishing* do diagnóstico por imagem com relação ao padrão da responsabilidade do médico.

3. O *DISTINGUISHING* NO CASO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM PARA APLICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

O diagnóstico por imagem é especialidade médica reconhecida pela Resolução nº 2149/2016 pelo Conselho Federal de Medicina³⁰. Antes da regulamentação independente, o diagnóstico por imagem se inseria no ramo da radiologia, por isso muitas referências sobre o tema mencionam apenas a radiologia.

Alguns exames laboratoriais já eram relevantes para a medicina diagnóstica quando surgiram os exames de imagem que revolucionaram o conceito de diagnóstico do paciente. A radiologia passou por grande evolução no último século, justamente pelo surgimento dos exames de imagem. O desenvolvimento de tecnologia digital melhorou consideravelmente a qualidade das imagens, proporcionando maior clareza na visualização dos órgãos, contribuindo para o sucesso dos diagnósticos e, portanto, para a expectativa de vida das pessoas que passaram a ser mais facilmente tratadas.³¹

Para Carlos Roberto Gonçalves³², a evolução da ciência médica autoriza os médicos a se valerem de grande número de “exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros”, o que justifica maior rigor na perquirição da culpa em hipótese de erro de diagnóstico.

²⁹ ROCHA apud SLAIBI FILHO, op. cit., p. 12.

³⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 2.149/2016*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2016/2149_2016.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2019.

³¹ MARTINS, op. cit., p. 140.

³² GONÇALVES, op. cit.

No mesmo sentido, a Federação Nacional do Estabelecimentos de Serviços de Saúde³³ sustenta que a medicina não é uma ciência exata, mas algumas especialidades trazem consigo um apelo por um resultado positivo, como no caso da cirurgia plástica, anestesiologia e radiologia.

A doutrina desenvolveu alguns critérios que auxiliam na identificação da natureza da obrigação, se de meio ou de resultado. Segundo Regina Beatriz da Silva³⁴, um desses critérios é a complexidade do procedimento: quanto menores as dificuldades, tenderá à identificação de uma obrigação de resultado; quanto mais complexo for, a identificação se voltará a uma obrigação de meio.

O presente estudo nasceu a partir da observação de caso judicial³⁵ envolvendo erro de diagnóstico nos laudos exarados após exames de imagem. Muitas vezes, a linguagem utilizada dá a certeza do que foi visto mas, mesmo diante dessa garantia, se aplicaria a obrigação de meio, como é o padrão da responsabilidade médica no Brasil.

Embora a redação do laudo dê a impressão de garantir o resultado, a doutrina não tem discutido – talvez pela especificidade do tema – a vinculação do médico que faz diagnósticos por imagem à obtenção resultado. Com o avanço da tecnologia digital, esse tipo de diagnóstico tornou-se de baixa complexidade, diante da clareza da visualização dos órgãos pelo profissional, não existindo nenhum óbice à classificação como obrigação de resultado.

Assim, pretende-se avançar e incluir os diagnósticos por imagem no rol das áreas da medicina que excepcionam a obrigação de meio na responsabilidade médica, o que parece ser mais adequado aos valores constitucionais da proteção ao consumidor.

Tradicionalmente, Demogue³⁶ propunha que uma obrigação de resultado não poderia estar sujeita a álea e, com isso, um contrato tendo como objeto o corpo humano não poderia gerar obrigação de resultado.

Álea significa sorte. Resultados aleatórios são baseados exclusivamente na sorte. Ora, então, até pela doutrina tradicional não haveria impedimento de que os exames de imagem consistissem em obrigação de resultado, porque não há sorte na constatação visual de

³³FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE apud SOUZA, op. cit.

³⁴ DA SILVA, op. cit. Responsabilidade Civil de outros profissionais na área da saúde. In: _____. op. cit., nota 11., p.364.

³⁵ BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0139728-58.2017.8.19.0001*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2017.001.114172-0>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

³⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica: as obrigações de meio e de resultado, avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 121.

um fato. Ou se vê ou não se vê. Pode haver dificuldade ou impossibilidade na visualização, mas jamais aleatoriedade.

É possível que haja aleatoriedade no gênero diagnóstico, afinal é uma atividade de tentativa e erro. Porém, jamais existirá álea na espécie diagnóstico por imagem, dotado de objetividade.

Assim, mesmo seguindo a doutrina clássica, não há óbice à inclusão do diagnóstico por imagem no rol das obrigações de resultado, eis que especialidade não sujeita à alea.

Já Pablo Rentería³⁷ considera que a doutrina francesa que atribui ao consumidor o ônus de provar a culpa do profissional nas obrigações de meio é contrária à atual evolução da responsabilidade civil, dificultando a tutela jurídica da vítima, em particular do consumidor.

A fim de ilustrar a situação da premente necessidade da revisão da obrigação nessa especialidade recentemente reconhecida pelo CFM, o estudo apresenta dois laudos emitidos com base em exames ultrassonográficos feitos em um mesmo coração. Ambos são eco cardiogramas, sendo o primeiro fetal e o segundo após o nascimento.

Figura 1³⁸

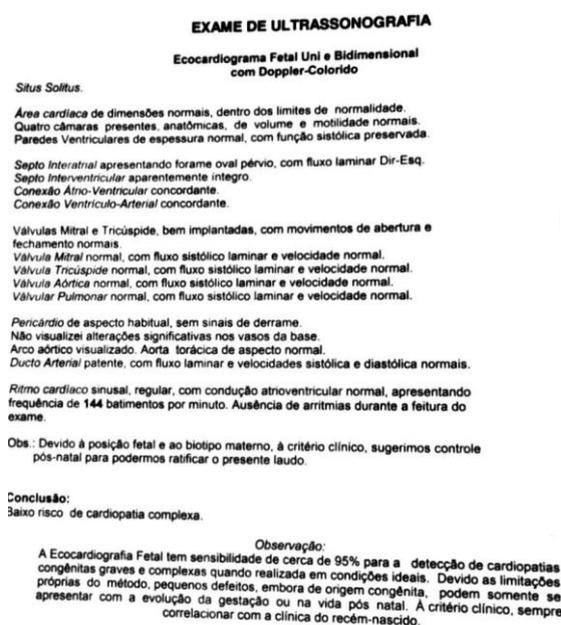


Figura 2³⁹



A certeza das afirmações no primeiro exame são totalmente incompatíveis com o segundo e, também, com o real estado cardíaco da paciente. No entanto, sem o dinamismo na distribuição do ônus da prova da culpa e com a aplicação do critério da álea, não haveria responsabilização, mesmo diante de resultados gravemente errados.

³⁷ RENTERÍA, op. cit., p. 107 a 129.

³⁸ Exame de ultrassom eco cardiograma realizado no feto de paciente grávida em 10 de janeiro de 2017.

³⁹ Exame de ultrassom eco cardiograma realizado diretamente na paciente recém-nascida em 23 de março de 2017.

No primeiro laudo, as seguintes afirmações se destacam:

- a) A conexão ventrículo arterial é concordante;
- b) Não foram visualizadas alterações significativas nos vasos da base;
- c) O arco aórtico foi visualizado. A aorta torácica tem aspecto normal;
- d) Em suma, havia baixo risco de cardiopatia complexa.

Já no segundo laudo, contradizendo o primeiro, descobriu-se que:

- a) A conexão ventrículo-arterial era discordante;
- b) Havia transposição dos grandes vasos da base e septo interventricular com CIV;
- c) O arco aórtico tinha imagem sugestiva de coarctação da aorta;
- d) Portanto, a paciente era portadora de cardiopatia complexa.

Ainda que não se tenha conhecimento sobre cardiologia ou estrutura anatômica do coração, percebe-se que o segundo laudo – que se confirmou correto – contraria frontalmente o primeiro e demonstra que houve erro grave e inescusável. A cláusula excludente de responsabilidade que sustenta ter o exame apenas 95% de sensibilidade para detecção de cardiopatias graves e complexas exclui a garantia do serviço e deve ser considerada como não escrita, eis que abusiva nos termos do art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰.

Se a visualização não foi possível, esse fato deve ser atestado de forma clara. A forma de redação do laudo também é conduta médica sujeita a avaliação de erro e culpa, o grau de certeza e segurança contido nas palavras utilizadas influencia diretamente na obrigação assumida.

Veja: não se sustenta que a obrigação de resultado deva recair sobre a possibilidade de visualização do órgão, afinal, existem barreiras intransponíveis que nem a melhor tecnologia consegue transpassar. Não se pretende impor que o profissional responda pela limitação do aparelho de imagem em possibilitar seu acesso visual, mas sim que o profissional se obrigue pelo resultado que atesta no laudo, sobre a conclusão do que foi visto e, portanto, sobre o conteúdo do diagnóstico por imagem.

Ressalte-se que, à exceção de uma afirmação que utiliza o termo “sugestiva” no 2o laudo, as afirmações feitas em ambos os exames são peremptórias. No caso do primeiro diagnóstico não há margem para dúvidas ou suspeita de qualquer problema cardíaco de grande porte. No segundo, paira dúvida apenas sobre a “coarctação da aorta”.

É correta e recomendável a utilização de termos com diminuta carga de certeza, como o “sugestiva”, quando o médico não consegue garantir o que viu. Assim, o nível de

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

segurança esperada pelo paciente é reduzido e suas expectativas são adequadas, tendo o profissional honrado com o seu dever de informação. A partir da dúvida, cabe ao paciente e ao médico solicitante do exame traçar nova estratégia, o que não ocorreria se fosse dada certeza.

Tendo em vista a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais e a obrigação apenas de meio, a dificuldade para provar a culpa na técnica utilizada na emissão do laudo se torna um empecilho quase invencível para a responsabilização do profissional. A técnica nos exames de imagens está na visão e interpretação do médico, ou seja, no seu exclusivo conhecimento, cuja correção só é aferível através do resultado obtido.

A linguagem utilizada influencia diretamente na segurança esperada. Também influencia na atratividade de futuros pacientes. Afinal, é provável que menos clientes estejam dispostos a fazer um exame com um médico que não dá certeza. Assim, os profissionais se sentem mais à vontade para sucumbir à lógica do mercado concorrencial – exarando laudos sempre com afirmações categóricas, mesmo quando não conseguiram visualizar com clareza – estando protegidos pela quase impunidade da obrigação de meio padrão na responsabilidade por erro médico.

A razoável expectativa do consumidor constitui a medida da extensão do conteúdo da obrigação do fornecedor. Um laudo que atesta ter visualizado um órgão sem problemas gera legítimas expectativas de certeza no diagnóstico, o que deve nos conduzir logicamente a uma obrigação de resultado.

Não se discute a maior complexidade para visualização do coração no eco cardiograma fetal. Afinal, analisar um coração de um bebê ainda dentro do útero da mãe notoriamente envolve mais barreiras do que analisar o coração diretamente na criança após o nascimento. Independentemente da dificuldade, ambos os exames devem gerar legítimas expectativas em seus leitores destinatários através do que é escrito no laudo diagnóstico.

Assim, é lógico e natural que os laudos de ultrassom fetal, por sua maior dificuldade, contenham mais dúvidas do que o laudo proveniente de um exame realizado diretamente no bebê. Outrossim, não autoriza que o primeiro faça afirmações de certeza acerca do que foi visualizado, mas tenha sua culpa amenizada diante do erro.

A perícia do médico também deve ser auferida por sua capacidade de redação do laudo de forma que preste a informação correta, sem transparecer certezas e sensação de segurança onde não deve haver. Um laudo elaborado de forma tal que não reflete a mesma sensação de certeza do médico no momento da visualização, é resultado de conduta imperita do profissional e, portanto, há culpa no erro de diagnóstico.

Além de nos levar a uma mudança de ótica, a utilização da linguagem indicando certeza nos conduz à ofensa no direito à informação insculpido no art. 6º, inciso III, da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor⁴¹.

Então, busca-se uma nova perspectiva para a distinção entre as obrigações de meio e resultado, considerando as peculiaridades da relação estabelecida entre as partes, especialmente a confiança que o devedor gerou no credor de que seria bem sucedido na execução de sua atividade, mas sem romper totalmente com o critério da álea: é a perspectiva do dever de segurança que resulta na proposta de distinguir as duas espécies de obrigações a partir do fenômeno da assunção de riscos.

Assim, não é a menor ou maior dificuldade do devedor em garantir a segurança do credor, mas, o fato de o credor ter aceitado ou não correr riscos que faz com que o dever de segurança seja considerado como obrigação de meios ou de resultado. Dessa forma, não basta verificar o grau de aleatoriedade do dever de segurança, pois o fundamental consiste em examinar, à luz do laudo exarado, se o credor tinha a legítima expectativa de que o devedor asseguraria plenamente o diagnóstico.⁴²

No primeiro exame de imagem supracitado, a linguagem de certeza deixa claro que havia segurança na inexistência de problemas cardíacos, não havendo o que se falar em obrigação meramente de meio.

Em seu voto, bem ressaltou o relator Des. Ênio Santarelli Zuliani quando disse que “o médico deve informar o cliente sobre todas as hipóteses, porque, de acordo com a falta de esclarecimentos, a obrigação de meios poderá ser transformada em obrigação de resultado”.⁴³

Isso posto, o diagnóstico por imagem deve desviar-se do padrão da obrigação médica, para poder ser enquadrado na obrigação de resultado, tendo em vista a baixa complexidade na aplicação da visão e interpretação do que é mostrado pelo aparelho de imagem de alta tecnologia, desde que o laudo emitido utilize linguagem compatível com alto grau de segurança e certeza do que foi visto. Também se justifica a inversão do ônus da prova, já que é o profissional que tem o controle da situação, que é de difícil senão impossível cognição pelo paciente, que está no último lugar na escala econômica⁴⁴. Torna-se tortuoso para o paciente-consumidor demonstrar a culpa na aplicação subjetiva de conhecimento na interpretação de imagem ou que o médico atestou ter visto o que não conseguiu ver.

⁴¹BRASIL. op. cit., nota 6.

⁴² Ibidem, p. 72 a 73.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Processo nº 0134393-52.2006.8.26.0000. Relator: Enio Zuliani. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2649118&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

⁴⁴ SLAIBI FILHO, op. cit, p. 4.

Como já foi dito no primeiro capítulo, a obrigação de resultado incorre em presunção de culpa, mas não implica que a obrigação seja modalidade de responsabilidade objetiva, bastando para sua caracterização a demonstração do fato, do dano e o nexo causal. A classificação da obrigação de resultado como responsabilidade objetiva reduziria as possibilidades do profissional liberal se eximir da responsabilidade diante do erro médico, ainda que escusável, e vai de encontro ao espírito unitário do ordenamento. Ainda deve ser facultado ao médico provar que agiu com diligência e prudência.

A manutenção da responsabilidade subjetiva, além de prestigiar as normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, busca a maior proteção do paciente-consumidor através da equalização de sua hipossuficiência, mas sem colocar o profissional liberal em posição de exagerada desvantagem. A dinamismo na distribuição do ônus da prova através da presunção de culpa na obrigação de resultado é medida suficiente para reequilibrar a relação entre médico e paciente.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, as diferentes modalidades de obrigação na responsabilidade civil, sua conceituação e justificativa de aplicação para que fosse possível, diante da análise das hipóteses concretas, demonstrar que é possível uma nova exceção à obrigação de meio na responsabilidade médica, além daquelas já estabelecidas na doutrina e jurisprudência.

Na obrigação de meio, o devedor propõe-se a desenvolver a atividade, utilizando suas habilidades para satisfazer o credor, mas não a atingir o resultado. Dessa forma, diante da falibilidade normal da ciência e das reações do organismo humano, com razão, a doutrina estabeleceu que esse seria o padrão na responsabilidade civil do médico.

Já na obrigação de resultado, só há cumprimento quando o fim prometido e desejado é alcançado pelo devedor. Assim, no ramo da medicina, é necessário que haja uma legítima expectativa do credor na obtenção de sucesso no tratamento ou diagnóstico para que se possa responsabilizar o médico com base na obrigação de resultado.

O trabalho analisou a definição de diagnóstico para a medicina e explicitou que, dentre as diversas estratégias, existem os exames de imagem, que revolucionaram o conceito de diagnóstico do paciente com a grande evolução da tecnologia digital, proporcionando maior clareza na visualização dos órgãos.

Assim, o entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o diagnóstico por exames de imagem tornou-se de baixa complexidade e, diante da clareza da visualização dos órgãos pelo profissional, passou a inexistir óbice à sua classificação como obrigação de resultado com inversão do ônus da prova, já que é o profissional que tem o controle da situação, que é de difícil senão impossível cognição pelo paciente.

A análise da linguagem utilizada se torna indispensável para a configuração da segurança esperada e, portanto, do enquadramento do laudo como garantidor do resultado exarado. Dessa forma, o tipo de obrigação aplicável à responsabilidade será determinada diante da análise do caso concreto, porque só a partir dele é possível verificar se a linguagem do laudo demonstra nível de certeza compatível com o compromisso no atingimento do resultado.

No tocante à equiparação da obrigação de resultado à responsabilidade objetiva, o estudo concluiu pela sua incompatibilidade com o espírito unitário do ordenamento jurídico. A obrigação de resultado deve incorrer apenas em presunção de culpa, o que não reduz as possibilidades do profissional liberal se eximir da responsabilidade.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que deve haver maior proteção do paciente-consumidor através da equalização de sua hipossuficiência pela aplicação da obrigação de resultado na responsabilidade civil do médico pelo erro de diagnóstico através de exames de imagem, mas sem colocar o profissional liberal em posição de exagerada desvantagem com a equiparação à responsabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico. In: DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Amanda. *Responsabilidade do médico: a diferença entre erro e culpa*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36147/responsabilidade-do-medico-a-diferenca-entre-erro-e-culpa>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 2.149/2016*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2016/2149_2016.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 122.505/SP. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=828401&num_registro=200201474393&data=20030901&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 696.284-RJ*. Relator: Ministro Sidnei Benediti. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270418%27>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CARNEIRO FILHO, Sérgio de Freitas. *Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico: uma análise à luz da jurisprudência*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11010/Responsabilidade-civil-do-medico-por-erro-de-diagnostico-uma-analise-a-luz-da-jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13 ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

DEMOGUE apud STJ. *Meio ou resultado até onde vai a obrigação do profissional liberar*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112142153/meio-ou-resultado-ate-onde-vai-a-obrigacao-do-profissional-liberal>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

FRANÇA apud SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e radiologia. *Âmbito Jurídico*. Rev. 50, fev. 2008. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/erro-medico-e-radiologia>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica: as obrigações de meio e de resultado, avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, [e-book].

KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 137-151, jul/out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63998>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

MARTINS, Leandro Ortizoga. O segmento da medicina diagnóstica no Brasil. *Revista da Faculdade de Ciências Médicas*. Sorocaba, v.16, n.3, p. 139-145, 2014. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/RFCMS/article/viewFile/20736/pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. São Paulo: Método, 2011.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico: direito material e processual, convênios e resoluções*. Curitiba: Juruá, 2002.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/doerro-a-culpa-na-responsabilidade-civil-do-medico/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

STOCCO apud SLAIBI FILHO, Nagib. *A obrigação de diligência e a responsabilidade civil do profissional liberal*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=01225c61-83cc-4772-a4f8-0f882ad62c18&groupId=10136>. Acesso em: 08 jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Processo nº 0134393-52.2006.8.26.0000. Relator: Enio Zuliani. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2649118&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

ZORZANELLI, Rafaela Teixeira. Sobre os diagnósticos das doenças sem explicação médica. *Psicologia em estudo*. Maringá, vol. 16, n. 1, Mar. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722011000100004>. Acesso em: 8 jul. 2019.