

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO: BREVE ANÁLISE DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS ESTADOS DO PARANÁ, SANTA CATARINA E RIO GRANDE DO SUL

CIVIL RESPONSIBILITY DUE TO DIAGNOSTIC ERROR IN MEDICINE: BRIEF ANALYSIS OF THE CASE-LAW POSITIONING OF THE STATES OF PARANÁ, SANTA CATARINA AND RIO GRANDE DO SUL

ANDRESSA CRISTINA TEIXEIRA

Pós-Graduanda *lato sensu* em Direito Médico e em Direito Contratual no Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba. Bacharela em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Advogada.

GLENDIA GONÇALVES GONDIM

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora convidada dos cursos de especialização em Direito Civil e Processo Civil e Direito Médico do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Advogada.

RESUMO:

Este artigo tem como principal finalidade a pesquisa e o estudo do posicionamento jurisprudencial dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, no que tange à responsabilidade civil e o dever de indenizar decorrentes de erro de diagnóstico médico. O estudo surgiu da necessidade em compreender melhor essa vertente do Direito que tem crescido nos últimos anos, e cada vez mais provocado o Judiciário com inúmeras demandas. Para tanto, buscou-se compilar alguns conceitos teóricos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, inicialmente sob uma perspectiva ampla, para posterior direcionamento à responsabilidade civil médica, de forma específica. Pretendeu-se também o compêndio de informações basilares da concepção da atividade médica e da definição de erro de diagnóstico. Com isto, objetivou-se delimitar, porém não esgotar, as hipóteses em que o profissional médico pode ser responsabilizado civilmente por erro de diagnóstico, considerando fatores de ordem médica e biológica, bem como os elementos jurídicos disponíveis e aplicáveis. Metodologicamente, além da pesquisa teórica, realizou-se também pesquisa eletrônica nos sítios oficiais dos tribunais acima mencionados, em busca de julgados que versavam sobre erro de diagnóstico médico, no período a que se propôs, de 01/05/2016 a 31/05/2017. A análise subsequente dos dados encontrados, indicaram, entre outros, a dificuldade que alguns magistrados enfrentam quando precisam julgar esses processos, devido às restrições técnicas que envolvem a matéria, além da importância em se definir adequadamente o erro de diagnóstico médico.



Palavras-chave: Direito, medicina; erro de diagnóstico médico; responsabilidade civil; jurisprudência.

ABSTRACT:

This paper has as main purpose the research and the study of the jurisprudential position of the States of Paraná, Santa Catarina and Rio Grande do Sul, regarding the civil responsibility and the duty to indemnify due to error of medical diagnosis. The study arose from the need to better understand this aspect of Law that has grown in recent years, and increasingly provoked the Judiciary with numerous demands. In order to do so, it was sought to compile some theoretical concepts of civil liability in the country's legal order, initially from a broad perspective, then for focusing in the medical civil liability in a specific way. The compendium of basic information on the conception of medical activity and the definition of diagnostic error was also intended. With this, the objective was to delimit, but not to exhaust, the hypotheses in which the medical professional can be civilly responsible for error of diagnosis, considering medical and biological factors, as well as the legal elements available and applicable. Methodologically, in addition to the theoretical research, an electronic search was also carried out in the official websites of the above-mentioned courts, in search of trials that dealt with a medical diagnosis error, in the period proposed, from May, 1st of 2016 to May 5th of 2017. The subsequent analysis of the found data, indicated, among others, the difficulty that some magistrates face when they need to judge these processes, mainly due to the technical restrictions that surround the matter, as well as the importance of adequately defining the error of medical diagnosis.

Keywords: Law, medicine; diagnostic error in medicine; civil responsibility; case-law.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo uma breve análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, acerca da responsabilidade civil que pode se atribuir aos médicos por erro de diagnóstico. A escolha dos referidos Tribunais, relaciona-se com o fato destes pertencerem aos três Estados que compõem a região sul do Brasil, e por este motivo, surgiu o interesse em verificar se o entendimento entre estes é pacífico ou não.

Para tanto, analisar-se-ão os recursos de apelação cível encontrados na pesquisa jurisprudencial eletrônica, realizada nos sítios oficiais dos Tribunais escolhidos, com as palavras-chave “erro de diagnóstico” na ementa e na íntegra do acórdão, no período



compreendido entre 01/05/2016 e 31/05/2017. Optou-se por este período temporal, com o intuito de apresentar decisões mais recentes, considerando o tempo despendido para a pesquisa, levantamento e análise dos dados obtidos.

Além da pesquisa eletrônica em busca dos julgados, também foram realizadas pesquisas bibliográficas em obras de autores do ramo jurídico, como Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entre outros nomes, que contribuíram para o entendimento do que é responsabilidade civil, quais são os pressupostos para a sua caracterização e também quais são as suas consequências jurídicas. Relativamente a responsabilidade civil médica e erro de diagnóstico, foram consultadas obras de autores como, Fernanda Schaefer, Genival Veloso de França e Miguel Kfoury Neto.

Em termos gerais, a responsabilidade civil possui como função principal o dever de reparar um dano causado a alguém, e como instituto jurídico pertence ao ramo do Direito Obrigacional. Neste ramo, obrigação conceitua-se como o direito que o credor tem de exigir o pagamento de determinada prestação contra o devedor, que responde com o seu patrimônio. É um tema que tem se destacado no Direito, visto que se destina a reparar um dano que gerou um desequilíbrio moral ou patrimonial a alguém. Denota-se, portanto, a importância do seu estudo nos dias atuais.

A responsabilidade civil médica, por sua vez, também tem se destacado no cenário jurídico, pois observa-se que o número de demandas judiciais pleiteando indenizações por dano material e/ou moral em decorrência de erro médico, tem crescido nos últimos anos (SCHAEFER, 2012, p.15). Em razão disso, o estudo dessa matéria se torna propício para os profissionais e estudiosos do Direito, assim como para os médicos e para os profissionais da saúde em geral, pois é importante ter conhecimento sobre as consequências jurídicas decorrentes dos atos praticados no exercício da função.

O conteúdo deste trabalho será composto por três partes, divididas da seguinte forma:

A primeira parte abordará os conceitos e a definição do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, e logo em sequência tratará da explanação sobre a responsabilidade civil médica.



A segunda parte buscará definir e delimitar o que é o erro de diagnóstico médico, com o intuito de abordar, porém não exaurir, as possibilidades em que podem ser reconhecidos.

A terceira parte, consistirá na análise e exposição dos dados encontrados na pesquisa, com a exibição de alguns gráficos elaborados para esta finalidade.

Por último, serão apresentadas as considerações que a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial proporcionou no que tange à responsabilidade civil médica e erro de diagnóstico.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é, em termos gerais, o dever que uma pessoa tem de reparar o dano que causou a outrem. A autora Maria Helena Diniz, conceitua responsabilidade civil como,

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2013, p. 51).

O instituto da responsabilidade civil, pertence ao ramo do Direito Obrigacional, pois se relaciona com a obrigação de reparar um dano, e está disciplinado no artigo 927, *caput* e parágrafo único do Código Civil vigente, que assim dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para que a responsabilidade civil se caracterize, é essencial a existência de três elementos básicos: a) conduta humana (ação ou omissão); b) dano ou prejuízo; c) nexo de causalidade.



O primeiro elemento essencial no instituto da responsabilidade civil é a conduta humana, que se classifica como positiva ou negativa. A primeira delas decorre da prática de um ato, sendo um comportamento ativo, positivo, enquanto que, a segunda é de percepção mais sutil e ocorre quando há a omissão ou a simples abstenção do agente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 73).

O segundo elemento essencial é o dano, que se conceitua como o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito, tanto material como moral (DINIZ, 2013, p. 54). Em termos de responsabilidade civil, o ato de indenizar está ligado, precipuamente, à ideia de reparação do dano causado à vítima, restaurando ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso (*status quo ante*) ou na sua impossibilidade, na compensação justa pelo dano sofrido (NADER, 2009, p. 13-14).

O terceiro elemento fundamental na responsabilidade civil, é o nexo de causalidade, que consiste no vínculo entre o ato lesivo provocado pelo agente e o dano ou prejuízo suportado pela vítima. Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 45), conceitua o nexo de causalidade como: “[...] o liame que une a conduta do agente ao dano”.

Maria Helena Diniz conceitua o nexo de causalidade da seguinte forma,

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu (DINIZ, 2013, p. 129).

Portanto, sem o nexo causal ou relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado, inexistente a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Com relação às espécies da responsabilidade civil, uma das classificações feitas no ordenamento jurídico brasileiro, é quanto a distinção da responsabilidade civil objetiva e subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17-18).

A responsabilidade civil objetiva, em sua concepção tradicional, é aquela que independe de verificação de culpa. Para que se caracterize será indispensável apenas a comprovação da relação de causalidade entre a ação e o dano causado. A culpa poderá ou não existir, mas será irrelevante para a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2015, p. 48).



Já na responsabilidade civil subjetiva, acrescenta-se aos pressupostos básicos, um quarto elemento: a culpa *lato sensu*, que compreende o dolo ou culpa em sentido estrito, conforme Maria Helena Diniz, explica,

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever (DINIZ, 2013, p. 58).

Dessa forma, a responsabilidade civil subjetiva, em sua concepção clássica, fundamenta-se na teoria da culpa. Para que esta se concretize, a prova da culpa em sentido estrito ou do dolo do agente que causou o dano, passa a ser elemento indispensável.

No que tange à responsabilidade civil médica, esta geralmente tem sido entendida pela doutrina e jurisprudência como subjetiva, isto é, examinada por meio da culpa. Assim sendo, “caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 404).

Esse também é o entendimento de Miguel Kfoury Neto (2013), conforme exposto abaixo:

A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar (KFOURI NETO, 2013, p. 44).

Para que a responsabilidade civil médica se caracterize, será necessária a existência dos seguintes elementos: a) o agente, que é o profissional médico devidamente habilitado; b) a conduta, que é o ato médico no exercício da profissão; c) a culpa, em uma das suas modalidades; d) o dano; e) o nexo de causalidade (GIOSTRI, 2010, p. 44).

Fernanda Schaefer (2012, p. 43-44) ressalta que, para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva do médico, é necessária a presença da culpa *lato sensu*,

abrangendo o dolo, quando há a intenção de se prejudicar direito alheio, atuando de forma direta e consciente, e a culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), quando quem causa o evento danoso, age sem querer o resultado, porém atua de forma descuidada.

A culpa em sentido estrito, se divide em três modalidades distintas: imprudência, negligência e imperícia. É oportuno trazer alguns conceitos que possibilitem fazer a distinção entre cada uma, pois como visto, a culpa é um elemento importante na verificação da responsabilidade civil médica.

A imprudência ocorre quando há uma conduta precipitada ou insensata, está relacionada com o profissional que atua sem a devida cautela. A título de exemplo, tem-se o caso do médico cirurgião que, ao executar um procedimento cirúrgico, abandona uma técnica conhecida na literatura médica, para realizar outra diversa, e em decorrência disto, causa algum dano ao paciente (FRANÇA, 2017, p. 272).

A negligência, por sua vez, decorre da inobservância de um dever, da falta de cuidado, como por exemplo, no caso de um paciente que precisa de um atendimento cirúrgico emergencial e o médico clínico decide fazer um tratamento conservador ao invés de encaminhá-lo ao cirurgião, ou quando o faz, já é tarde, e com esta conduta, acaba causando algum dano ou sequela ao paciente (FRANÇA, 2017, p. 272-277).

De acordo com o entendimento de Genival Veloso de França (2017, p. 277-280), a imperícia é a modalidade mais difícil de se imputar ao médico, pois expressa a inaptidão prática ou teórica no desempenho de determinada atividade, é a inobservância de normas por despreparo ou por conhecimentos técnicos insuficientes. Se o médico é um profissional habilitado que possui um certificado lhe garantindo o conhecimento regular da Medicina e o pleno exercício da função, presume-se que seja um profissional capacitado, por consequência, a tarefa de lhe atribuir responsabilidade por imperícia será muito mais complexa.

No entanto, Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 116-117), discorda desse posicionamento, por entender que quando um médico se arrisca em áreas que escapam da sua especialidade, e provoca algum dano ao paciente, este médico atua com imperícia, independentemente de ser ou não titular de um certificado de Medicina.



Com relação ao elemento nexa de causalidade, ressalta-se também a sua importância na caracterização da responsabilidade civil médica, pois “se a vítima sofre o dano, mas não se evidencia o liame de causalidade com o comportamento do réu, improcedente será o pleito indenizatório” (KFOURI NETO, 2013, p. 129).

No decorrer desta pesquisa, observou-se que existem controvérsias quanto à aplicabilidade da legislação consumerista à relação estabelecida entre o médico e o paciente. Em que pese não seja este o foco do presente trabalho, faz-se oportuno mencionar, visto que em alguns acórdãos analisados esta questão foi suscitada.

Quem entende não ser possível a aplicação da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa de Consumidor (CDC), à relação médico-paciente, fundamenta que se trata de uma relação de cunho personalíssimo e não de consumo. Elza Bernardes Cordeiro (2011), cita o autor Antônio Couto Filho, que sustenta a não aplicação do referido código, pelo seguinte:

[...] a relação médico/paciente não pode ser considerada mera relação de consumo. É preciso que se faça uma reflexão de transcendental importância de que o serviço de saúde é *sui generis*, posto que possui uma função social ímpar, incomparável com qualquer outra.

A vida e a saúde não são bens de consumo, não podendo ser comparadas a um produto qualquer. Também não podem ser vistas como serviços prestados oriundos da relação médico/paciente, até porque desta relação não são oferecidos bens de consumo (COUTO FILHO, 2002, p. 42-43 *apud* CORDEIRO, 2011, p. 41, grifo do autor).

Desse modo, o principal argumento reside no fato de que a vida e a saúde não podem ser rotuladas como objeto a fim de que entre o médico e o paciente se estabeleça uma genuína relação de consumo. Inclusive, é o que o próprio Conselho Federal de Medicina (CFM), estabelece em seu Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1.931/2009), Capítulo I – Princípios Fundamentais:

IX. A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

[...]

XX. A natureza personalíssima de atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

No entanto, há quem defenda que a relação médico-paciente estabelecida na atualidade é distinta da que existia antigamente, que era vista como personalíssima, verticalizada e de cunho paternalista (MÖLLER, 2007, p. 47).

Essa mudança de paradigma na relação médico-paciente, está associada ao avanço técnico-científico observado na Medicina nos últimos anos, à crescente procura por especializações profissionais, e de certo modo, até mesmo à mercantilização da Medicina, fatores que transformaram muitas dessas relações personalíssimas em atendimentos impessoais e distanciados. A sociedade passou a ser vista como consumista e consciente de seus direitos (SÁ; NAVES, 2009, p. 79-80).

Quanto à aplicabilidade do CDC, Fernanda Schaefer (2012, p. 42), esclarece que os médicos, enquanto profissionais liberais, classificam-se como fornecedores, de acordo com o disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, que é aquele que se destina a prestar um serviço, mediante remuneração. À medida que, os pacientes se enquadrariam como usuários deste serviço prestado, estando, portanto, em conformidade com o artigo 2º do mesmo diploma legal. Desse modo, seria perfeitamente aplicável a legislação consumerista.

Ressalta-se que, profissional liberal é aquele que exerce uma profissão com autonomia, sem qualquer vínculo hierárquico ou subordinação e pelo exercício de atividade intelectual e técnica (DIENSTMANN, 2011, p. 50).

Em regra, nas relações tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a responsabilidade civil objetiva aos fornecedores de serviço, conforme previsto em seu artigo 14. Contudo, o § 4º deste mesmo artigo, excetuou os profissionais liberais, mantendo a sua responsabilidade dependente da verificação de culpa.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).



Não compete aqui a apreciação de qual vertente é adequada ou não, no entanto, essa análise sintetizada é importante para ressaltar que, diante do caso concreto, independente do reconhecimento ou não da natureza consumerista da relação estabelecida entre médico e paciente, a apreciação da responsabilidade civil médica deverá ser feita sob o viés subjetivo, isto é, por meio da verificação da culpa do profissional, conforme ensina Miguel Kfoury Neto,

O dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não. Objetarão os estudiosos das relações de consumo que a conclusão contraria o sistema do Código de Defesa do Consumidor, inteiramente voltado à responsabilidade objetiva. Dirão, mais, que, em havendo culpa do médico o hospital poderá voltar-se contra o seu empregado. Acrescentarão, por fim, que ao consumidor-vítima interessa pleitear o ressarcimento da pessoa jurídica economicamente mais poderosa.

Contrapõe-se tais objeções os seguintes argumentos: a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles (KFOURI NETO, 2013, p. 234).

A jurisprudência também se manifesta nesse sentido, conforme observa-se nas palavras do Relator Desembargador Domingos José Perfetto, no julgamento da Apelação Cível n. 1635524-7:

[...] a responsabilidade do médico é subjetiva, a teor do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, sendo quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: Ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Ausente qualquer destes pressupostos, afasta-se o dever de indenizar. (TJPR - 9ª C.Cível - AC - 1635524-7 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Domingos José Perfetto - Unânime - J. 25.05.2017, p. 39).

Portanto, estando presentes os pressupostos básicos para a determinação da responsabilidade civil médica, e não havendo causa excludente, existirá em consequência, o dever de indenizar pelo causador do dano. O *quantum* indenizatório será definido pela extensão e gravidade do dano, cabendo ao julgador do caso concreto avaliar a proporção entre o grau de culpa do agente e a magnitude do dano suportado pela vítima (KFOURI NETO, 2013, p. 89-90).



Analisada a responsabilidade civil sob uma perspectiva ampla e a responsabilidade civil que pode ser atribuída aos profissionais médicos, bem como, os pressupostos necessários para a sua caracterização, será verificado na sequência, a conceituação de erro de diagnóstico médico.

3 ERRO DE DIAGNÓSTICO

Diagnóstico, conceitua-se como o processo de análise minucioso, por meio do qual, o profissional médico relaciona uma série de dados, como por exemplo os sintomas e os sinais apresentados pelo paciente, o histórico clínico e familiar, exame físico e os complementares, como os de laboratório, de imagem, etc., que podem possibilitar a identificação de uma doença, e conseqüentemente, seu prognóstico e as opções de tratamento adequado (SCHAEFER, 2012, p. 64-66).

Compete esclarecer que diagnóstico e prognóstico estão correlacionados, mas são duas coisas distintas e que não devem ser confundidas entre si. Diagnóstico é, o ato de identificar uma doença, enquanto que, o prognóstico é: “apreciação da intensidade, da gravidade e da evolução de um estado patológico, incluindo o seu término” (REIS; MARQUES, 2013, p. 898).

Diagnosticar consiste, na análise, identificação e determinação da patologia que acomete o doente. Um conceito teoricamente simples, porém, chegar a um diagnóstico correto é uma das tarefas mais complexas dentro das ciências médicas (KFOURI NETO, 2013, p. 101).

Considerando a complexidade deste ato, questiona-se: todo erro de diagnóstico é passível de responsabilização civil e, conseqüentemente, gera o dever de indenizar?

Este questionamento é de suma importância, pois a responsabilização civil do médico por erro de diagnóstico, também indica grande complexidade para o sistema Judiciário, pois exige uma discussão e apreciação estritamente técnica acerca da atividade médica (KFOURI, 2013, p. 101).

Yussef Said Cahali (2005, p. 589), afirma que o erro de diagnóstico médico, por si só, não enseja indenização. Necessita-se que, por exemplo, o diagnóstico equivocado esteja vinculado à notícia de um procedimento cirúrgico, pois em tese, isso geraria angústia ao paciente por acreditar que está doente, e por pensar nos riscos que uma intervenção cirúrgica oferece.

Fernanda Schaefer, com o intuito de esclarecer se o erro de diagnóstico é passível ou não de responsabilização civil do médico, o divide em evitável e inevitável e oportunamente explica,

Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da Medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves, portanto, não são puníveis.

Maior atenção, deve-se dar aos erros de diagnóstico evitáveis, pois estes sim, envolvem a responsabilidade civil e/ou penal do médico. São erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos, etc.) tivessem sido tomadas.

O erro de diagnóstico evitável traz complicações às vezes seríssimas ao paciente, que vão desde dificuldades emocionais, até realização de tratamento errado que acarreta consequências graves e tantas vezes irreversíveis à saúde do paciente, podendo levá-lo, inclusive, à morte. (SCHAEFER, 2012, p. 66).

Ainda em relação ao questionamento feito, Genival Veloso de França, acrescenta que,

[...] o erro de diagnóstico não é culposos, desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência; que o médico não tenha examinado seu paciente ou omitido as regras e técnicas atuais e disponíveis, que não tenha levado em conta as análises e resultados durante a emissão do diagnóstico, valendo-se do chamado “olho clínico”, ou que tenha optado por uma hipótese remota ou absurda (FRANÇA, 2017, p. 260).

Na jurisprudência, evidencia-se a aplicação do entendimento doutrinário com relação ao erro de diagnóstico passível de responsabilização civil médica, conforme expõe o Relator Desembargador Jorge Luis Costa Beber, no julgamento da apelação cível nº 003220-15.2005.8.24.0025:

[...] tema dos mais delicados no âmbito das chamadas falhas técnicas médicas, segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, o erro de diagnóstico somente admite a hipótese de culpa punível quando o erro for crasso,



grosseiro, demonstrando absoluto descuido das normas de semiologia ou falta de conhecimentos elementares da patologia clínica (TJSC, Apelação n. 0003220-15.2005.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-07-2016, p. 12-13).

Entende-se por erro grosseiro, aquele que fere os conhecimentos básicos da Medicina, que resulta da conduta profissional imprecisa e descuidada, erro imperdoável, como por exemplo, o caso em que o cirurgião realiza procedimento cirúrgico erroneamente na perna não fraturada (MELO, 2014, p. 117).

É relevante destacar que, a determinação da responsabilidade civil médica não depende apenas da caracterização do erro de diagnóstico em si, mas também é preciso a existência de um dano e o nexo de causalidade entre eles. Há casos em que ocorre a falha na hora de diagnosticar, mas este equívoco acaba sendo identificado antes de causar qualquer dano ou lesão ao paciente, razão pela qual não incidirá a responsabilidade (SCHAEFER, 2012, p. 67).

Além disso, também é necessário na apreciação do caso concreto, a presença dos elementos subjetivos culpa (negligência, imprudência e imperícia) ou dolo. Miguel Kfour Neto explica que,

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu o 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 – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais -, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática (KFOURI NETO, 2013, p. 103).

Portanto, o julgamento no caso concreto, não poderá ser feito apenas sobre a conduta e intelecto do médico, também deverão ser considerados outros fatores oportunos como, por exemplo, se o profissional dispunha de todas as técnicas e equipamentos necessários no momento do atendimento, ou ainda se a conduta escolhida por ele, era a que se esperava pela literatura médica (KFOURI NETO, 2013, p. 103).

Vislumbra-se na decisão adiante o mesmo entendimento, como descrito pela Desembargadora Themis Furquim Cortes, relatora no julgamento da Apelação Cível e Agravo Retido n. 1439783-8:



Diante de tais considerações, vê-se que o erro, então, não é propriamente requisito da responsabilidade civil, não cabendo ao Julgador, em regra, analisar propriamente as técnicas médicas escolhidas pelo profissional, mas, sim se ele procedeu de acordo com suas obrigações de prudência, diligência e perícia, ou seja, analisando a sua culpa.

Apesar das peculiaridades inerentes à espécie, a apuração da culpa do profissional médico obedecerá aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa normalmente: frente às circunstâncias do caso concreto em análise, o Julgador deverá estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao paciente, de acordo com os padrões da ciência médica e em observância à experiência comum, cotejando-os com o comportamento (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 1439783-8 - Curitiba - Rel.: Themis Furquim Cortes - Unânime - J. 05.05.2016, p. 13).

Verifica-se também, nesse sentido, o posicionamento do Relator Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão, que no julgamento da Apelação Cível n. 1584834-7, expôs que,

[...] a doutrina reputa que há erro de diagnóstico quando o médico opta por tratamento inadequado à doença do paciente, com resultado danoso, sem recorrer previamente a todos os exames complementares destinados à formação do diagnóstico mais preciso possível (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 1584834-7 - Curitiba - Rel.: Clayton de Albuquerque Maranhão - Unânime - J. 03.11.2016, p. 8).

Outro fator importante que também deve ser considerado, conforme expõe Genival Veloso de França (2017, p. 298), é o que a Medicina atual é uma sucessão de riscos, pois todo o progresso científico experimentado nos últimos anos, além de trazer imensuráveis proveitos, também fez com que a atividade médica estivesse mais exposta à riscos, e conseqüentemente, sujeita à maior incidência de erros.

Com relação ao progresso da Medicina e a conseqüente exposição a riscos, Nehemias Domingos de Melo acrescenta que,

O desenvolvimento revolucionário da ciência médica, com a ajuda de novos medicamentos, novas técnicas e novos equipamentos, permite ao médico, cada vez mais, maior controle sobre a saúde, a vida e a morte do paciente. De outro lado, aumentam os riscos de erros que podem decorrer de inúmeros fatores, tais como os erros induzidos por resultados de exames falso positivo ou falso negativo, por manuseio errôneo do laboratório; da falta de equipamentos adequados postos à disposição do facultativo, pelo hospital; da massificação do ensino com a conseqüente queda na qualidade de formação dos futuros médicos;



da falta de remuneração adequada, o que obriga a maioria dos médicos a trabalhar em mais de uma unidade, em plantões extensos e fatigantes; da falta de especialização e conhecimentos adquiridos, em face da impossibilidade, dentre tantas outras causas (MELO, 2014, p. 8).

Após essas considerações necessárias para a compreensão dos institutos da responsabilidade civil, responsabilidade civil médica e sobre o erro de diagnóstico médico, será feita na sequência a análise jurisprudencial dos acórdãos encontrados nos Tribunais dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, no período compreendido entre 01/05/2016 e 31/05/2017.

4 BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Inicialmente, é importante esclarecer de forma breve, para aqueles que não pertencem ao meio jurídico que, “no sentido técnico, a jurisprudência designa as decisões emanadas dos órgãos judiciários, isto é, dos tribunais” (Lévy-Bruhl, 2000, p. 65). No ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência é considerada fonte do Direito, sendo entendida como o conjunto de decisões judiciais sobre uma determinada matéria, que podem influenciar decisões futuras com fatos semelhantes (PITA, 2002, p. 66).

Com relação à metodologia utilizada, esclarece-se que para a elaboração do conteúdo deste trabalho, além da pesquisa bibliográfica em obras que podem ser localizadas nas citações feitas e nas referências bibliográficas, realizou-se também pesquisa eletrônica nos sítios oficiais dos tribunais dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, em busca de decisões que tratassem do tema a que se propôs: erro de diagnóstico e a responsabilidade civil que dele decorre.

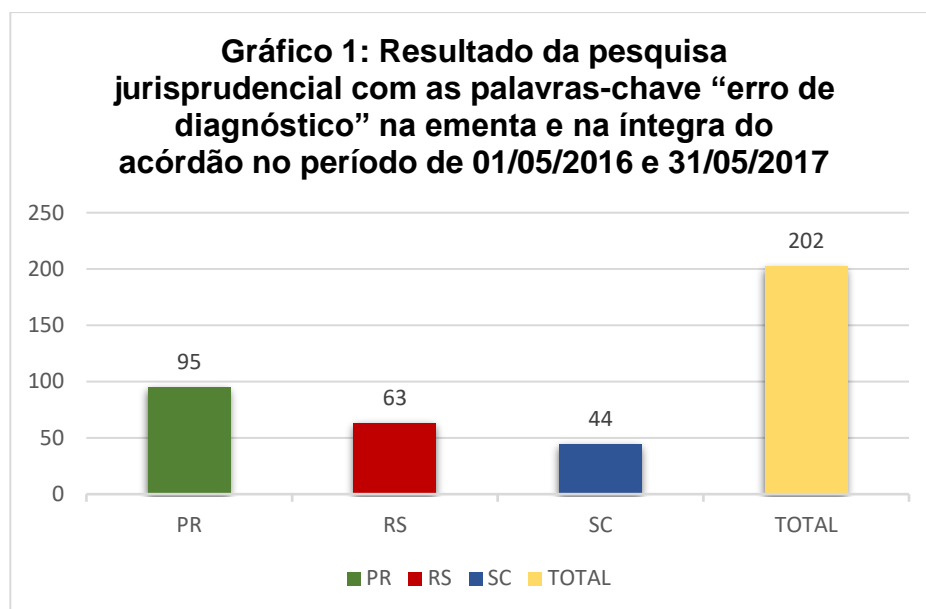
A pesquisa foi realizada com as palavras-chave “erro de diagnóstico” na ementa e na íntegra do acórdão, no período compreendido entre 01/05/2016 e 31/05/2017, com o intuito de apresentar dados mais recentes.

Nessa pesquisa jurisprudencial, obteve-se um total de 202 acórdãos nos três Estados propostos, sendo que 125 foram julgados no ano de 2016 (maio/2016 a dezembro/2016) e 77 no ano de 2017 (janeiro/2017 a maio/2017). Cabe esclarecer que,



nos termos do artigo 204 do Código de Processo Civil vigente, acórdão é: “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”.

No gráfico 1, exibido adiante, observa-se que o Estado do Paraná foi o que mais se destacou na pesquisa, com 95 decisões encontradas no período analisado. Em seguida ficou o Estado do Rio Grande do Sul com 63 e por último o Estado de Santa Catarina com 44.

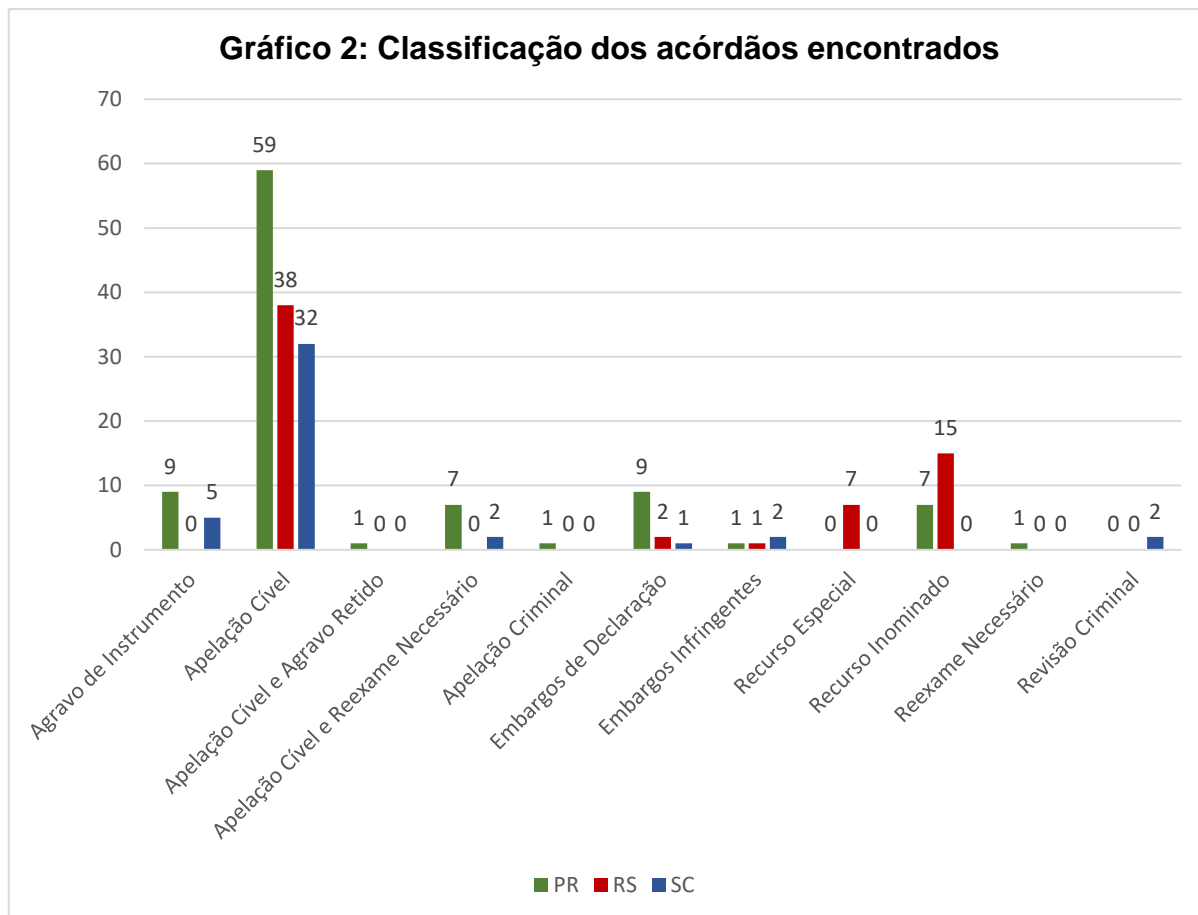


Fonte: Autoras (2017).

Os acórdãos encontrados, são oriundos de diversos tipos de recurso, conforme explica-se: 14 recursos de agravo de instrumento; 129 recursos de apelação cível; 1 recurso de apelação cível e agravo retido; 9 recursos de apelação cível e reexame necessário; 1 recurso de apelação criminal; 12 embargos de declaração; 4 embargos infringentes; 7 recursos especial; 22 recursos inominado, 1 reexame necessário; 2 revisões criminal.

Com o objetivo de não apresentar dados equivocados, considerou-se no gráfico 2, o desmembramento dos recursos em diversas categorias, separadas por Estado. De modo que, se um mesmo recurso tratava de apelação cível e reexame necessário, ele foi classificado como “apelação cível e reexame necessário”, em uma categoria específica.

Se esses recursos fossem classificados, apartadamente, os dados seriam duplicados e comprometeriam a análise das informações expostas.



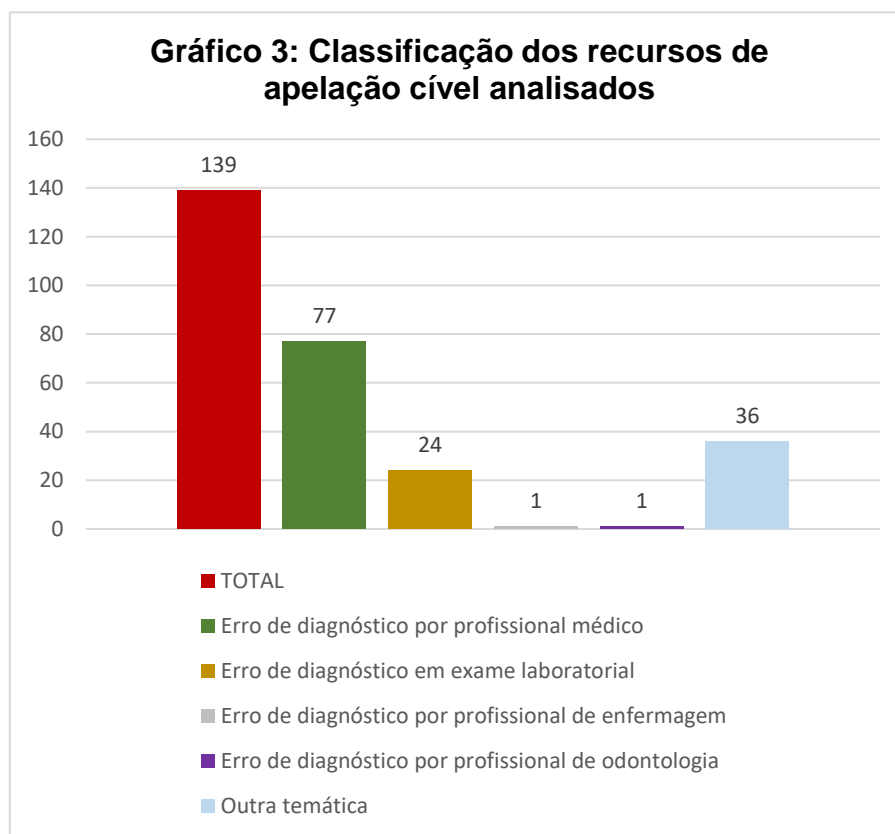
Fonte: Autoras (2017).

Como a proposta deste trabalho era a de analisar a responsabilidade civil médica em casos de erro de diagnóstico, optou-se pelo estudo exclusivo dos recursos de apelação cível, pois os demais recursos encontrados não forneciam tantas informações de mérito que pudessem agregar conteúdo.

O recurso de apelação foi escolhido pelo fato de ser o instrumento processual de cognição ampla, que permite o reexame de provas e a apreciação de mérito. É o recurso que se interpõe contra as sentenças de primeiro grau, objetivando a sua reforma ou

anulação, e é submetido a análise dos tribunais de segundo grau (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 553).

O gráfico 3 aponta que, dos 139 recursos de apelação cível analisados, e aqui incluem-se todos os que foram encontrados, inclusive os que comportavam outro recurso conjuntamente, 77 versavam estritamente sobre erro de diagnóstico por profissional médico, 24 abordavam erro de diagnóstico em exame laboratorial, 1 tratava de erro de diagnóstico por profissional de odontologia, 1 sobre erro de diagnóstico por profissional de enfermagem e 36 versavam sobre outra temática, mas continham as palavras-chave em jurisprudência vinculada.



Fonte: Autoras (2017).

Por conveniência da pesquisa (GIL, 2010), foram dispensados da apreciação, os acórdãos que versavam sobre outra temática, pois o recurso cuidava de um tema alheio ao erro de diagnóstico, no entanto o julgador para fundamentar sua decisão, acabou

utilizando jurisprudência que abarcava as palavras-chave “erro de diagnóstico”, razão pela qual, esses acórdãos não agregariam conteúdo a pesquisa proposta. Os julgados que abordavam erro de diagnóstico em exame laboratorial, também foram dispensados, visto que os resultados não impactaram no diagnóstico pelo profissional médico que assistia o paciente, portanto não acrescentariam relevância para o estudo da responsabilidade civil médica. E as duas decisões que tratavam, uma sobre erro de diagnóstico por profissional de odontologia e a outra por profissional de enfermagem, também não foram objetos de estudo, pois o trabalho objetiva uma análise restrita da responsabilidade civil imputada aos profissionais médicos, ou seja, aqueles profissionais que se graduaram no curso superior de medicina.

Dispensou-se também desta análise, a apelação criminal por versar sobre matéria de natureza criminal, portanto não se enquadraria aos parâmetros estabelecidos para esta pesquisa, que se destina ao estudo da responsabilidade civil.

Feitas estas considerações acerca da metodologia empregada, bem como dos recortes necessários para o estudo dos dados, analisar-se-ão alguns dos recursos de apelação cível que versavam especificamente sobre erro de diagnóstico médico.

Como visto, o Estado do Paraná foi o que mais se destacou na pesquisa, tanto que, dos 77 recursos de apelação cível que versavam sobre erro de diagnóstico por profissional médico, 34 eram seus, enquanto que 29 eram do Rio Grande do Sul e 14 de Santa Catarina.

Ressalta-se que, no decorrer desta pesquisa, valendo-se principalmente dos ensinamentos de Miguel Kfoury Neto (2013) e Fernanda Schaefer (2012), observou-se que as demandas que versam sobre erro de diagnóstico médico são extremamente desafiadoras para o Judiciário, pois ingressam em um campo de discussão estritamente técnico.

No intuito de auxiliar os magistrados com essa matéria Miguel Kfoury Neto preconiza que,

A postura do juiz, no exame da prova, em tema de erro de diagnóstico, não deverá se orientar na elucidação de intrincados métodos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica. A posição do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro erro profissional: ele terá de fazer fé e apreciar a questão à luz do



alegado e provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas (KFOURI NETO, 2013, p. 103).

Inclusive, evidencia-se a aplicação desse direcionamento na jurisprudência, conforme o Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão, descreveu no julgamento da Apelação Cível n. 1584834-7:

[...] é de se reconhecer que a responsabilidade médica decorrente de erro de diagnóstico adentra no campo estritamente técnico que extrapola o saber jurídico, tornando a prova pericial essencial à formação da convicção do julgador, e conseqüentemente, ao adequado deslinde da causa (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 1584834-7 - Curitiba - Rel.: Clayton de Albuquerque Maranhão - Unânime - J. 03.11.2016, p. 9).

Não obstante a complexidade que os magistrados encontram frente essas ações, também se observou a dificuldade que há em sem comprovar o nexo de causalidade no caso concreto, que como visto anteriormente, trata-se de elemento indispensável para a determinação da responsabilidade civil entre a conduta do médico e o dano suportado pela vítima.

Para exemplificar, tem-se o recurso de Apelação Cível n. 70071557011, da Comarca de Lajeado, julgado em 22/02/2017 pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, caso em que a paciente ajuizou ação de indenização em face do hospital e dos médicos, alegando erro de diagnóstico de apendicite. Arguiu em suas razões, que em decorrência do erro profissional apresentou um quadro infeccioso com dez dias de evolução, precisando submeter-se à procedimento cirúrgico de emergência. O juiz de primeiro grau, indeferiu os pedidos feitos pela paciente, decisão que posteriormente foi confirmada pelo tribunal em sede de apelação, por inexistir nexo de causalidade entre o dano alegadamente suportado pela paciente e a conduta médica praticada. Os julgadores levaram em consideração a prova pericial que se mostrou favorável à conduta dos médicos réus, visto que a paciente padecia de apêndice retrocecal, doença de difícil diagnose. Além disto, o perito também concluiu que os profissionais agiram adequadamente dentro do que se esperava nos parâmetros médicos.

Nesse caso, é possível verificar a aplicação dos ensinamentos de Miguel Kfourì Neto, quando afirma que a postura do juiz no exame das provas, deve atender, sobretudo aos pareceres dos peritos, considerando a dificuldade existente nesta matéria (KFOURI, 2013, p. 103).

Ainda, relativamente a perícia em casos de erro médico Genival Veloso de França destaca que,

Certamente a avaliação do erro médico é a mais complexa e delicada tarefa da legisperícia. Os objetivos essenciais dessa avaliação pericial resumem-se em considerar o dano, estabelecer o nexu causal, considerar a existência de concausas, caracterizar as circunstâncias do ato médico, avaliar o estado anterior da vítima e estabelecer o padrão médico-legal (FRANÇA, 2017, p. 311).

Outro acórdão em que se enfatiza a importância do elemento nexu de causalidade, é o da Apelação Cível n. 1631803-7, da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, julgado em 20/04/2017 pela 8ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Paraná, de relatoria do Desembargador Luiz Cezar Nicolau. Nesse caso, os pais do menor que havia falecido, ingressaram com uma ação de indenização por danos materiais e morais em face do hospital e do médico responsável pelo atendimento. Dentre os principais argumentos, estava a ocorrência do óbito prematuro de seu filho atribuída ao erro de diagnóstico e ao tratamento tardio. Os pedidos foram indeferidos pelo juiz de primeira instância e também não prosperaram em sede de recurso, pois não se evidenciaram elementos capazes de demonstrar no caso concreto o nexu de causalidade entre a prestação dos serviços do médico e do hospital com o óbito da criança.

A perícia neste caso, também foi fundamental para a decisão, pois o perito destacou que quando o menor foi atendido inicialmente, não apresentava os sintomas característicos de meningococemia, doença que posteriormente foi diagnosticada. Ainda em suas conclusões, o perito alegou que o fator determinante para a morte da criança, filho dos autores, foi a própria doença de meningococemia, que possui uma taxa de mortalidade alta, e que a conduta dos médicos réus em nada contribuiu para o desfecho óbito, afastando, portanto, qualquer hipótese de responsabilidade.



Na Apelação Cível e Reexame Necessário n. 1358174-9, da Comarca de Umuarama, julgado em 07/06/2016 pela 1ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Paraná, de relatoria do Desembargador Ruy Cunha Sobrinho, também se tem um caso que resultou na morte de uma criança, no entanto, ao final comprovou-se a responsabilidade civil dos médicos. Foi arguido na petição inicial que o menor sofreu uma queda na escola, sendo encaminhado ao hospital, onde foi atendido pelos médicos réus, que não teriam realizado os exames necessários para diagnosticá-lo. Isto, na concepção dos autores, teria contribuído para o agravamento do estado clínico e para o falecimento da criança. Além dos dois médicos, também figuraram no polo passivo da demanda, o hospital, o Estado e o Município.

Em defesa, os médicos alegaram ausência de negligência porque o hospital não possuía profissional médico de neurologia, nem aparelho de tomografia, o que segundo eles, era necessário para prestar o adequado atendimento à vítima. Afirmaram ainda, que o estado clínico do paciente, quando da entrada no serviço hospitalar não justificaria atuação diferente, pois este se encontrava consciente e orientado.

Na sentença, os réus (os dois médicos, o hospital e o Município), foram condenados ao pagamento de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a cada um dos autores, somando a quantia total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), como indenização pela perda de uma chance.

Conveniente esclarecer de forma sucinta, que a perda de uma chance, é uma vertente de reparação, no âmbito da responsabilidade civil, que consiste na frustração pela perda de uma oportunidade em decorrência de um ato ou comportamento alheio, por meio do qual se retira a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro (CAVALIERI, 2012, p. 77).

É uma teoria que foi desenvolvida na França e tem sido aplicada nos casos que envolvem a esfera médica. Fernanda Schaefer exemplifica a perda de uma chance, da seguinte forma,

[...] o médico que não diagnostica a existência de um câncer uterino em uma paciente, que tardiamente o descobre pela intervenção de outro médico especialista. Assim a possibilidade de cura do câncer quando no seu estágio inicial se perdeu, pois não diagnosticado em sua origem. Neste caso a imperícia



ou a negligência médica eliminou a chance de cura e de sobrevivência da paciente (SCHAEFER, 2012, p. 76).

A teoria da perda de uma chance concretiza-se no âmbito da responsabilidade civil médica, a título de exemplo, quando o médico em decorrência de um erro, faz com que o paciente tenha um tratamento inadequado para a sua enfermidade e isto contribui diretamente para a sua morte. Portanto, o médico ao errar na escolha do tratamento correto, retira do paciente uma chance de cura ou até mesmo de sobrevivência (RIBEIRO; HOFFMANN, 2014, p. 299).

À luz da jurisprudência, observa-se a aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de erro diagnóstico, conforme descreve o Desembargador Rinez da Trindade, no julgamento da Apelação Cível n. 70067242784:

A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance incide quando o ato lesivo retira do paciente a possibilidade de ter um diagnóstico correto, visando ser tratado com a terapêutica adequada à sua enfermidade. Nos casos de responsabilidade médico-hospitalar, porém, deve ser analisada a probabilidade de cura ou a amenização de seqüelas [sic] ou sobrevivência como evento favorável deve ser concreta (Apelação Cível Nº 70067242784, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 06/05/2016, p. 17).

Retomando a análise do caso de Apelação Cível e Reexame Necessário n. 1358174-9, da sentença proferida, foi interposto recurso de apelação cível, e após a análise dos fatos e das provas, reconheceu-se como no juízo de primeira instância, a responsabilidade civil por negligência dos dois médicos demandados, por estes não procederem à avaliação neurológica da vítima no atendimento inicial, conforme se exige na literatura médica, deixando, portanto, de diagnosticar adequadamente o paciente. Além disto, constou nos autos, que um dos médicos havia se ausentado do plantão sem assegurar-se de que outro médico o substituiria, o que teria, de acordo com a perícia, contribuído para o desfecho óbito da vítima, considerando que o seu quadro de saúde exigia acompanhamento durante as 48 horas seguintes ao acidente, período este considerado o mais crítico. Nas palavras do relator: “não deveria ter deixado o seu plantão sem ter se assegurado da presença do seu sucessor, que assumiria o período da noite.



Isso decorre do bom senso” (TJPR - 1ª C.Cível - ACR - 1358174-9 - Umuarama - Rel.: Ruy Cunha Sobrinho - Unânime - J. 07.06.2016, p. 22).

Vislumbra-se nesta decisão, o exemplo que Miguel Kfoury Neto (2013, p. 103), cita como negligência de um médico pela omissão de outro “um médico confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos – é a negligência vicariante”.

Embora tenha sido reconhecida como acertada a condenação no juízo de primeiro grau, o acórdão reformou o *quantum* indenizatório, por entender que os valores arbitrados extrapolavam em muito a média adotada por aquela Câmara Cível, em casos similares. Razão pela qual, entendeu como cabível a redução dos danos morais pela perda de uma chance de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), sendo R\$ 75.000,00 (setenta cinco mil reais) para cada autor, para o total de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) devido a ambos os autores. O desembargador Ruy Cunha Sobrinho fundamentou que os valores adotados em média pelo Tribunal, são consubstanciados nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na situação social e econômica das partes, no grau de extensão do dano demonstrado nos autos, e no caráter dúplice da indenização (compensação e punição).

Outro acórdão interessante, é o que resultou do julgamento da Apelação Cível n. 1641116-2, da Comarca de Matelândia, julgado em 25/05/2017, pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, de relatoria de Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, juiz de direito substituto em 2º Grau em substituição ao Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior. Nesse caso, a paciente foi submetida a procedimento cirúrgico de colecistectomia, que conforme exposto nos autos, consiste na retirada da vesícula biliar. Após o procedimento cirúrgico, apresentou algumas complicações, necessitando de novo atendimento médico, no qual, foi informada acerca da gravidade de seu quadro de saúde e orientada a realizar o exame de colangiopancreatografia endoscópica retrógrada. Contudo, a paciente só realizou o exame vinte dias depois da solicitação médica, quando já se encontrava com o estado de saúde agravado, tendo pouco tempo depois, falecido. Inconformado, o esposo da paciente, então viúvo, pleiteou em juízo, indenização por danos materiais e morais, em face de dois médicos e do hospital, arguindo erro de



diagnóstico, pelo médico não ter realizado exames suficientes a fim de diagnosticar corretamente a sua esposa, o que, segundo seu entendimento, teria evitado o óbito.

O juiz de primeiro grau, julgou parcialmente procedente os pedidos feitos pelo autor, e condenou os dois réus médicos, ao pagamento solidário de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a título de indenização por danos morais, e ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por danos materiais. Em sede de recurso, o tribunal reformou a sentença, por entender que não havia responsabilidade civil dos médicos demandados pelo resultado morte, pois comprovou-se que a própria paciente demorou vinte dias para fazer o exame requisitado, demora esta, não razoável e injustificada para atender a recomendação médica, razão pela qual contribuiu diretamente para o desfecho óbito. Ao final, não se constatou falha médica no que condiz com erro de diagnóstico.

A conduta omissa da paciente nesse caso, foi motivo para a exclusão do nexo de causalidade entre o ato médico e o evento danoso (morte), afastando a responsabilidade civil e, por conseguinte, o dever de indenizar.

O último caso em destaque, é o da Apelação Cível n. 0003382-08.2008.24.0024, da Comarca de Fraiburgo, julgado em 07/07/2016 pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Santa Catarina, de relatoria do Desembargador Jorge Luis Costa Beber, no qual, o paciente ajuizou ação em face do médico, pleiteando indenização por suposto erro de diagnóstico, que resultou em debilidade permanente no seu joelho. Na sua concepção, esta seqüela poderia ser evitada se o diagnóstico do médico réu fosse correto.

Com o parecer feito pelo perito, tanto na sentença, quanto no acórdão, foi afastada qualquer possibilidade de responsabilização civil do médico, pois não havia indicativo de que a conduta adotada no atendimento fosse irregular. Ao contrário disso, comprovou-se que as seqüelas alegadas pelo paciente eram preexistentes ao atendimento do profissional, portanto, não havia razão para se discutir erro de diagnóstico médico.

Com o estudo dos acórdãos encontrados, foi possível constatar que as ações que versam sobre erro de diagnóstico médico são demandas complexas, que ingressam em um campo estritamente técnico da Medicina, o que faz com que os magistrados, muitas vezes, recorram à doutrina para formar o seu convencimento.

Com relação ao posicionamento jurisprudencial dos tribunais dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, aferiu-se que no período analisado, entre 01/05/2016 e 31/05/2017, o entendimento tem sido pacífico e acompanha a doutrina, no sentido de que a responsabilidade civil médica verifica-se pelo viés subjetivo, ou seja, por meio da análise da culpa. E quanto ao erro de diagnóstico, o entendimento também se mostra pacífico, considerando como passível de responsabilização civil apenas aquele erro tido como crasso, grosseiro, imperdoável.

O objetivo desta análise jurisprudencial sumária não foi, uma tentativa de exaurir a matéria, até porque assim como para a Medicina, também é para o sistema Judiciário e para os estudiosos do Direito, um assunto de grande complexidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo a análise da responsabilidade civil médica decorrente do erro de diagnóstico e a verificação do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Antes de ingressar no estudo da responsabilidade civil médica, foi necessário compilar alguns conceitos acerca da responsabilidade civil, em uma perspectiva ampla, para a melhor compreensão deste instituto.

Observou-se que a responsabilidade civil, é um tema que tem se destacado no cenário jurídico, quer seja pela facilidade com que hoje as pessoas obtêm acesso às informações, quer seja pela necessidade contemporânea de sempre ter alguém para se imputar a responsabilidade por um erro (GONÇALVES, 2015, p. 22).

É isso que se evidencia também nas demandas judiciais que versam sobre a atividade médica, pois nos últimos anos, houve uma expansão no ajuizamento de ações em face dos profissionais médicos, objetivando reparação por dano moral, material, estético, e até mesmo, como visto, pela perda de uma chance. Com isso, surgiu para o Direito, a problemática de se definir e delimitar a responsabilidade civil médica, tarefa que como estudado, é de extrema complexidade.



No que tange à responsabilidade civil que pode ser atribuída aos médicos, reconhecidos como profissionais liberais, há o entendimento de que se encaixa na modalidade subjetiva, ou seja, dependente da verificação de culpa. Para tanto, torna-se crucial que no caso concreto evidencie-se que o médico, no exercício da função, agiu com culpa em sentido estrito (negligência, imprudência, imperícia) ou com dolo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403-405).

O diagnóstico, por sua vez, classifica-se como uma atividade médica de grande importância e também de muita complexidade. Diagnosticar, significa analisar, identificar e determinar uma doença que atinge o paciente. É por meio do diagnóstico, que se determina qual o tratamento mais adequado (KFOURI NETO, 2013, p. 101).

Com relação ao erro de diagnóstico, foi possível observar que se trata de uma matéria delicada e que exige muita cautela na sua análise, visto que nem todo erro gera a responsabilidade civil e o dever de indenizar. Fernanda Schaefer (2012, p. 66) esclarece que somente aqueles erros grosseiros ou evitáveis, são suscetíveis de responsabilização civil médica. Também se verificou que o erro de diagnóstico em si, não é punível, mas sim o dano que dele advém. Além disso também é necessário que exista o nexo de causalidade entre eles, e o elemento subjetivo culpa.

Da análise jurisprudencial feita, foi possível concluir que há o entendimento em reconhecer como erro de diagnóstico, suscetível de responsabilização civil e indenização, aquele erro grosseiro, crasso, que resulta da falta absoluta de cuidado profissional. Também se verificou que esta matéria representa grande complexidade para o Judiciário, pois adentra em uma discussão rigorosamente técnica acerca de atos médicos, razão pela qual, os julgadores apoiam-se muitas vezes na doutrina e no parecer do perito para elucidar o caso.

Frisa-se que as obras de Miguel Kfourri Neto e Fernanda Schaefer, tanto utilizadas na elaboração deste artigo, são constantemente citadas nos acórdãos proferidos pelos Tribunais dos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, sendo, portanto, verdadeiras referências no que tange à responsabilidade civil médica.

Diante de todo o exposto e afastando qualquer pretensão, que não aquela de auxiliar a compreensão e estudo, espera-se que a leitura deste artigo proporcione



esclarecimentos quanto aos institutos da responsabilidade civil, e também permita uma ampla visão acerca dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no que tange a responsabilidade civil médica decorrente do erro de diagnóstico.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson Almeida. **Direito médico**: abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13_105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível e agravo retido nº 1439783-8**. Relatora: Des. Themis Furquim Cortes. Julgamento: 05/05/2016. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Publicação: 30/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível e reexame necessário nº 1358174-9**. Relator: Des. Ruy Cunha Sobrinho. Julgamento: 07/06/2016. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Publicação: 21/06/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 1584834-7**. Relator: Des. Clayton de Albuquerque Maranhão. Julgamento: 03/11/2016. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Publicação: 02/02/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 1631803-7**. Relator: Des. Luiz Cezar Nicolau. Julgamento: 20/04/2017. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Publicação: 12/05/2017.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 1641116-2**. Relator: Juiz de Direito Substituto Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso. Julgamento: 25/05/2017. Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível. Publicação: 09/06/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 1635524-7**. Relator: Des. Domingos José Perfetto. Julgamento: 25/05/2017. Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível. Publicação: 14/06/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70067242784**. Relator: Des. Rinez da Trindade; Julgamento: 06/05/2016. Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível. Publicação: 18/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70071557011**. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Julgamento: 22/02/2017. Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível. Publicação: 24/02/2017.

BRASIL. Tribunal de Santa Catarina. **Apelação cível nº 0003382-08.2008.24.0024**. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Julgamento: 07/07/2016. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível.

BRASIL. Tribunal de Santa Catarina. **Apelação cível nº 0003220-15.2005.8.24.0025**. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Julgamento: 28/07/2016. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CORDEIRO, Elza Bernardes. **O erro médico e suas consequências jurídicas**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2011.

DIENSTMANN, Soeli Teresinha Schilling. **A responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Lex Editora, 2011.



DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LÉVY-BRUHL, Henri, **Sociologia do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Antonio de Pádua Danesi.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 7. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PITA, Flávia Almeida. **A jurisprudência como fonte do direito: qual é hoje o seu papel no sistema jurídico brasileiro?** Bahia, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Universidade Federal de Pernambuco. 148 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4855/arquivo72125_1.pdf?sequence=1&isallowed=y>. Acesso em: 26 jan. 2018.



REIS, Claudia Pereira de Souza; MARQUES, Tiago Reis. **Dicionário de saúde ilustrado**. São Paulo: Martinari, 2013.

RIBEIRO, Isabela; HOFFMANN, Eduardo. **A teoria da perda de uma chance diante do erro médico**. Anais do simpósio de sustentabilidade e contemporaneidade nas ciências sociais. v. 2, n. 1, p. 295-302, 2014. Disponível em: <<http://www.themaetscientia.fag.edu.br/index.php/ASSCCS/article/view/463>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. 1. ed (ano 2002), 11ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

