



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

LUANA GABRIELY DE SOUZA ROZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO ERRO DE DIAGNÓSTICO E A
APLICAÇÃO DA TEORIA DE PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE
ACERCA DA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA**

**CAMPINA GRANDE
2023**

LUANA GABRIELY DE SOUZA ROZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO ERRO DE DIAGNÓSTICO E A
APLICAÇÃO DA TEORIA DE PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE
ACERCA DA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Estado de modelo constitucional.

Orientador: Prof. Me. Matheus Figueiredo Esmeraldo

**CAMPINA GRANDE
2023**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

R893r Roza, Luana Gabriely de Souza.

A responsabilidade civil médica no erro de diagnóstico e a aplicação da teoria de perda de uma chance [manuscrito] : uma análise acerca da posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema / Luana Gabriely de Souza Roza. - 2023.

45 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2024.

"Orientação : Prof. Me. Matheus Figueiredo Esmeraldo, Departamento de Direito Privado - CCJ. "

1. Responsabilidade civil médica. 2. Teoria da perda. 3. Erro de diagnóstico. I. Título

21. ed. CDD 347

LUANA GABRIELY DE SOUZA ROZA

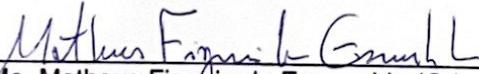
A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO ERRO DE DIAGNÓSTICO E A
APLICAÇÃO DA TEORIA DE PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE ACERCA
DA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

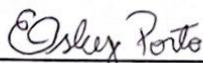
Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação do Curso de
Bacharelado em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito.

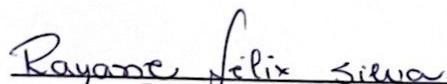
Área de concentração: Estado de
modelo constitucional.

Aprovada em: 21/06/2023.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Me. Matheus Figueiredo Esmeraldo (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Esley Porto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Profa. Me. Rayane Félix Silva
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai Osvaldo, pelo anseio de me
ver perseguir os caminhos do Direito,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela infinita bondade de me conceder saúde, ânimo e capacidade para perseguir o que julgo ser meu; por me abençoar conjugando minha vida no plural ao lado daqueles que partilham o caminhar comigo.

Ao meu pai Osvaldo, por nunca medir esforços para investir em meus estudos; pelo incentivo e pela fé depositada em meus projetos; por me impulsionar a fazer o meu melhor dentro do que a vida me permite. Finalmente, estou me formando na Universidade que, em suas próprias palavras, foi razão de “*mudança significativa*” em nossas vidas.

À minha mãe Fátima, pelo olhar materno de cuidado e doação; por sempre acreditar em mim e fazer o possível para me permitir seguir meus objetivos; por me mostrar, através do ordinário do dia a dia, o amor e a dedicação que nutre pela sua primogênita.

À minha irmã Maria Letícia, minha melhor amiga, por ser minha companheira de vida e que tão amorosamente me concede forças para continuar.

Aos meus avós paternos, Vovó Socorro e Vovô Osvaldo, por reiteradamente me recordarem da alegria que sentem ao acompanhar minhas conquistas.

À minha avó materna (*in memoriam*), Vovó Sofia, e minha bisavó materna (*in memoriam*) Alexandrina que, dentro do meu afeto, me visitam. Certamente partilham comigo dessa felicidade dentro morada eterna em que habitam.

À minha tia Mayra, que desde a minha infância me ama como filha e me apoia como uma mãe.

Aos meus padrinhos, Sandra Ribeiro e Hilton Jr, que mesmo longe se fazem presentes na minha vida.

Aos meus amigos de curso, em especial Luciano Marques, Mayara Rayssa, Guilherme Nóbrega, Maria Luísa Freitas, Ingrid Porto, Plínio Coelho e Anna Clara, por partilharem as mais bonitas memórias que vivi ao longo dessa graduação e por me mostrarem que caminhos desconfortáveis também podem nos permitir escrever felizes capítulos do viver.

Às minhas amigas: Adrielle Lima, Ana Beatriz Gomes, Stephany Galvão e Érica Lucas, pelo vínculo gratuito e fraterno que me acompanha desde a época da escola e que muitas vezes se traduziu em força e apoio.

Às minhas amigas do Curso de Medicina, Beatriz Escorel, Emmily Heiner, Maria Clara e Bárbara Leite, pela compreensão e ajuda nos dias cansativos.

A Matheus Figueiredo, professor o qual nutro profunda admiração e carinho. Sou feliz por findar essa etapa sob sua orientação.

Aos professores que compõe a minha banca, Esley Porto e Rayane Félix, os quais, com muito respeito, agradeço pela solicitude.

Aos professores e funcionários da UEPB, que me muito me ensinaram acerca do Direito e da vida.

Aos demais rostos que pela "*lei natural dos encontros*" me acompanharam ao longo da graduação e nutrem no meu coração o desejo de ser plural no meu viver, agradeço.

“É justo que muito custe o que muito vale.” (Santa Teresa D'Ávila)

RESUMO

A presente monografia possui como escopo examinar a “teoria da perda de uma chance” enquanto potencial alternativa para responsabilizar o médico não diligente pelo erro de diagnóstico, diante da manifesta insuficiência da responsabilidade civil clássica para assim fazê-lo. Para tanto, inicia-se a investigação a partir da seguinte ponderação: “como a jurisprudência e a doutrina brasileira acolhem a teoria da perda de uma chance como forma de estabelecer responsabilidade civil no contexto de erro de diagnóstico médico?”. Visando solucionar a questão levantada, ergue-se uma revisão narrativa que emprega método de pesquisa bibliográfica e documental para a sua concretização. Desse modo, o estudo em tela se organiza em sete capítulos, iniciando a partir de uma visão panorâmica da teoria clássica da responsabilidade civil, seguida por uma análise pormenorizada da aplicação deste instituto no contexto da atividade médica. Em seguida, o trabalho aborda o erro médico, com ênfase na espécie “erro de diagnóstico”, demonstrando os entraves encontrados no pleito de sua responsabilização civil, situação que importa, muitas vezes, em impunidade deste profissional. Logo após, discute-se a perspectiva geral da teoria da perda de uma chance e explora a sua aplicabilidade no tocante ao erro médico, tendo como base o primeiro precedente do STJ que aborda o tema, o REsp 1.254.141/PR. Finalmente, é realizada uma análise do REsp 1.622.538/MS, julgado que possui como temática específica a teoria em apreço frente ao equívoco de diagnóstico. Conclui-se, ao final do estudo, que é relativamente recente a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, e carece, ainda, de abordagem doutrinária robusta acerca do tema. Ademais, entende-se que a sua aplicação é refém dos precedentes prolatados pelo STJ, e sua aplicabilidade é condicionada a presença de critérios rigorosos no que diz respeito à análise da “chance perdida”. Ao examinar os resultados da pesquisa, a monografia contribui para o debate acadêmico e jurídico sobre a responsabilidade civil médica, fornecendo considerações e subsídios relevantes no que concerne à viabilidade da aplicação da teoria em apreço no contexto ora evidenciado.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil Médica. Teoria da Perda de uma Chance. Erro de Diagnóstico.

ABSTRACT

The present monograph aims to examine the "loss of chance theory" as a potential alternative for holding a negligent doctor accountable for diagnostic errors, given the apparent inadequacy of classical civil liability to do so. To this end, the investigation begins with the following consideration: "how do Brazilian jurisprudence and doctrine embrace the loss of chance theory as a way to establish civil liability in the context of medical diagnostic errors?" In order to address the raised question, a narrative review is conducted employing a method of bibliographical and documentary research for its realization. Thus, the study is organized into seven chapters, starting with an overview of the classical theory of civil liability, followed by a detailed analysis of the application of this institute in the context of medical activity. Next, the work addresses medical error, with an emphasis on the "diagnostic error" type, demonstrating the obstacles encountered in seeking civil accountability, a situation that often results in impunity for these professionals. Following this, the general perspective of the loss of chance theory is discussed and its applicability regarding medical error is explored, based on the first precedent from the STJ (Superior Court of Justice) addressing the topic, REsp 1.254.141/PR. Finally, an analysis of REsp 1.622.538/MS is conducted, a judgment specifically focused on the theory in question concerning diagnostic errors. It is concluded, at the end of the study, that the application of the loss of chance theory in the medical field is relatively recent and still lacks robust doctrinal discussion on the subject. Furthermore, it is understood that its application is contingent upon precedents set by the STJ, and its applicability is conditioned upon the presence of rigorous criteria regarding the analysis of the "lost chance." By examining the research results, the monograph contributes to the academic and legal debate on medical civil liability, providing relevant considerations and insights regarding the feasibility of applying the theory in the context highlighted.

Keywords: Medical Civil Liability. Loss of Chance Theory. Diagnostic Error.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA	12
2.1	Considerações iniciais	12
2.2	Pressupostos da responsabilidade civil	13
2.2.1	<i>Conduta</i>	14
2.2.2	<i>Culpa</i>	14
2.2.3	<i>Nexo de causalidade</i>	15
2.2.4	<i>Dano</i>	15
2.3	Espécies de responsabilidade	16
2.3.1	<i>Responsabilidade contratual e extracontratual</i>	16
2.3.2	<i>Responsabilidade subjetiva e objetiva</i>	16
3	RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	18
3.1	Considerações iniciais	18
3.2	A obrigação médica	18
3.3	Deveres de conduta do médico	19
3.3.1	<i>Dever de informação</i>	20
3.3.2	<i>Dever de atualização</i>	20
3.3.3	<i>Dever de vigilância e de cuidados</i>	21
3.3.4	<i>Dever de abstenção de abuso</i>	21
3.4	Natureza jurídica da responsabilidade civil médica	21
3.5	Responsabilidade pessoal do médico	22
4	O ERRO MÉDICO	24
4.1	Conceito	24
4.2	Erro de diagnóstico	24
4.3	A culpa no erro de diagnóstico	26
4.4	O nexo causal no erro de diagnóstico	27
5	A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	29
5.1	Histórico	29
5.2	Conceito e noções gerais	30
5.3	A teoria da perda de uma chance no âmbito médico – uma breve análise do REsp 1.254.141/PR	31

5.3.1	Contexto	31
5.3.2	Da aplicabilidade da teoria na seara médica	31
5.3.2.1	<i>A “chance” como espécie de dano autônomo e a perda de uma chance clássica</i>	32
5.3.2.2	<i>A “chance” como uma causalidade parcial e a perda de uma chance de cura ou sobrevivência conforme Rafael Peteffi</i>	33
5.3.2.3	<i>Entendimento prolatado pelo STJ: a “chance” de cura ou sobrevivência como dano autônomo</i>	34
5.3.3	Dos requisitos da chance	34
5.3.4	Da indenização pelas chances perdidas	35
6	A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO: ANÁLISE DO REsp 1.622.538/MS	38
7	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pelo erro médico é vultoso objeto de estudo, uma vez que abrange a tutela de bens jurídicos que possuem, por sua própria natureza, um caráter de elevado valor, tais como a vida, saúde e integridade física. Dados da Demografia Médica no Brasil de 2023¹ demonstram que o país, nos últimos 10 anos, esteve diante de uma expansão sem precedentes no ensino médico, o que resultou em um aumento significativo no número desses profissionais no mercado de trabalho. De forma concomitante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)² aponta um aumento nas demandas judiciais que possuem como objeto de tutela a responsabilidade civil pelo erro médico, o que se correlaciona diretamente com o baixo nível qualitativo do ensino em expansão bem como ao maior acesso à informação e consciência do paciente em relação aos seus direitos.

No entanto, a despeito do aumento dessas ações que visam a responsabilização do profissional não diligente, afirma Miguel Kfoury (2021), importante doutrinador do Direito na seara médica, que os pretórios brasileiros ainda possuem timidez no estabelecimento da culpa profissional, fato que resulta, muitas vezes, na dificuldade em lograr êxito nas demandas judiciais que envolvem o tema. Especialmente ao falar acerca do erro médico, na sua espécie erro de diagnóstico, há severa dificuldade em constatar o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano efetivamente suportado pelo paciente, dada a natureza singular do ato médico e a individualidade intrínseca de cada organismo, fato que muitas vezes impõe ao enfermo que possui uma justa demanda, uma situação de verdadeiro prejuízo.

Nessa esteira, a presente monografia possui como objetivo principal analisar e investigar a aplicabilidade da Teoria da perda de uma chance no contexto da responsabilidade civil médica brasileira diante do erro médico na espécie erro de diagnóstico, enquanto uma abordagem alternativa para satisfazer as reivindicações de pacientes prejudicados pelo erro que foi resultado de desleixo profissional.

Desse modo, o estudo em tela parte da seguinte ponderação: *como a jurisprudência e a doutrina brasileira acolhem a teoria da perda de uma chance*

¹ Disponível em: <https://amb.org.br/wp-content/uploads/2023/02/DemografiaMedica2023_8fev-1.pdf>. Acesso em 17 jun, 2023.

² Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/>> Acesso em 17 jun, 2023.

como forma de estabelecer responsabilidade civil no contexto do erro de diagnóstico médico? Visando encontrar uma resposta, levanta-se a seguinte hipótese: a teoria em comento, aplicada na seara médica, se apresenta enquanto oportuno e adequado instrumento de responsabilização pelo erro de diagnóstico médico, desde que estabelecida claramente a culpa pela inobservância do dever de cuidado do profissional. Portanto, a hipótese formulada sugere que a dificuldade encontrada pelo sistema judiciário brasileiro em reconhecer a responsabilidade do esculápio no erro de diagnóstico através da aplicação da responsabilidade civil clássica, seria superada por meio da aplicação da teoria da perda de uma chance, proporcionando ao indivíduo lesado uma ferramenta possível para reaver a reparação pelos danos suportados.

Para tanto, se emprega métodos de pesquisa bibliográfica e documental para síntese de uma revisão narrativa da temática em apreço. Nessa abordagem, são exploradas fontes como artigos científicos, livros, documentos legais, dentre outros, a fim de obter uma adequada compreensão do objeto de estudo.

Nesse sentido, a monografia se organiza em sete capítulos, iniciando a partir de uma visão panorâmica acerca do instituto da responsabilidade civil, afunilando-se, progressivamente, para aspectos mais específicos, tais como a responsabilidade civil do médico; a compreensão do erro médico na sua espécie erro de diagnóstico; a teoria da perda de uma chance; a análise acerca dessa teoria a partir do primeiro precedente prolatado pelo STJ na seara médica (RESP 1.254.141/PR); e, finalmente, a aplicação da teoria no erro de diagnóstico médico a partir da análise do REsp 1.622.538/MS, identificando a sua viabilidade bem como aceitação pelos Tribunais pátrios.

A escolha do presente tema enquanto objeto de estudo e pesquisa se justifica pelo fato da autora ser concluinte do curso de direito e, de forma concomitante, ser também acadêmica do 6º período do curso de medicina. A vivência nos diversos contextos acadêmicos suscitou questionamentos interdisciplinares, propiciando reflexões acerca de que forma a responsabilidade civil médica pode ser abordada dentro do Direito Brasileiro que, como resultado final, propiciou a elaboração desta pesquisa.

No que diz respeito à relevância científica do estudo se compreende que, conforme os dados que foram apresentados e diante da complexidade que é estabelecer a responsabilidade civil médica no erro de diagnóstico, escassos são os

estudos específicos dessa aplicação na doutrina brasileira, se portando, portanto, enquanto um território rico para novas pesquisas e elaborações científicas.

A luz do que foi anteriormente dito, os resultados obtidos devem proporcionar subsídios aos operadores do Direito, bem como aos médicos e pacientes no que concerne ao tema “erro médico” e “erro de diagnóstico”, demonstrando de que forma a culpa profissional pode ensejar indenização no campo da responsabilidade civil. A pesquisa possui como público alvo os operadores do direito, profissionais da saúde, e a sociedade em geral.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA

2.1 Considerações iniciais

A responsabilidade civil é estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro no Capítulo IV, Título IX do Código Civil de 2002. Em seu cerne, consiste em um dever jurídico de reparação que recai sobre o indivíduo que, ao violar uma obrigação fruto de um dever jurídico originário, causa danos a terceiros. Em outras palavras, a responsabilidade civil é o corolário da violação de um determinado vínculo obrigacional, se portando enquanto dever jurídico subsequente. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho, ao conceituar o instituto, afirma que:

A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, **responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.** (FILHO, 2023, p.11, grifos do autor)

Entende-se aqui como dever jurídico originário, ainda sob lição do mencionado doutrinador, o conjunto de deveres, positivos e negativos, absolutos ou relativos que digam respeito à um determinado indivíduo que, podendo ser conhecidos e observados, assim não o foram e, descumpridos e causando danos, geram o dever jurídico de reparação.

A finalidade desse instituto, portanto, é o de sanar controvérsias que permeiam a vivência humana com os seus similares desde o princípio da humanidade. De fato, a vida em sociedade é inexoravelmente transposta por conflitos, haja vista objetivos e interesses distintos dos indivíduos que a compõe e, justamente por essa natureza conflituosa que permeia o plural, a evolução deste instituto conflui com a origem do próprio Direito, a partir da necessidade reconhecida pelo homem de regular adequadamente as relações entre seus pares.

Haja vista não ser o objetivo desta monografia grandes delongas acerca dos pormenores dos desdobramentos históricos da evolução do instituto em estudo, far-se-á apontamentos breves acerca da temática. A responsabilidade civil, a despeito de ser uma ideia que remonta sociedades primitivas, aos moldes do que se conhece na atualidade foi germinada apenas no período da República Romana, através da chamada *Lex Aquilla de Damno*. O documento, que remonta ao século III a.C, traz

consigo a ideia do pressuposto “culpa” do agente, inovando frente ao que se entendia até então ao desenvolver a ideia de responsabilidade civil subjetiva.

Após sucessivos aperfeiçoamentos, especialmente ao perpassar o Direito Francês, a responsabilidade civil subjetiva influenciada pelo ideário liberalista que vigorava na época, é consagrada no contexto brasileiro Código Civil de 1916. No entanto, críticas doutrinárias caracterizam o tratamento dessa matéria no referido documento como sendo simplista, uma vez que é abordada em um único artigo dentro do código, se revelando insuficiente para contemplar as mais diversas situações que a sociedade assim requeria.

O progresso da humanidade, em consonância com acontecimentos históricos tais como a Revolução Industrial e o aumento da capacidade produtiva do homem trouxeram ao campo da responsabilidade civil o que Louis Josserand, jurista francês, denomina de “revolução”. Conforme palavras de Bruno Miragem,

umentam as hipóteses em que a lei reconhece a responsabilidade pelo dever de indenizar, especialmente a partir do desenvolvimento econômico e tecnológico dos dois últimos séculos, que dão causa a um sensível **aumento dos riscos de dano**, em face do surgimento de novas máquinas e invenções, mas também pelo aumento sensível da população no último século e a crescente urbanização da vida contemporânea. (MIRAGEM, 2021, p.25, grifos nossos)

Diferente do Código de 1916, o Código Civil de 2002 reservou capítulo específico para a responsabilidade civil. Além do diploma civilista, diversos outros documentos tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) E A Lei de Direitos autorais (Lei n. 9610/90) trazem consigo o tratamento da matéria. Apesar da regra geral ainda ser a ideia aquiliana de responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva, especialmente “sob o influxo da Constituição de 1988 e da valorização dos direitos fundamentais às relações privadas” (MIRAGEM, 2021, p.23), ganha espaço e valorização do cenário brasileiro.

2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

O Código Civil de 2002, precisamente no dispositivo 186, apresenta os pressupostos que compõe a responsabilidade civil aquiliana, estabelecendo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Desse modo, conforme teor do artigo transcrito, para a existência da responsabilidade faz-se necessário a existência de uma: (a) conduta; (b) culpa; (c) nexos causal; e (d) dano, pressupostos os quais serão abordados nos tópicos que sobrevêm.

2.2.1 Conduta

Conforme palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz, a conduta é

(...) elemento constitutivo da responsabilidade, (...) **o ato humano**, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, **que cause dano** a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2022, p.24, grifos nossos)

Desse modo, a ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) é a circunstância que reverbera no contexto jurídico enquanto evento desencadeante da culpa do indivíduo.

2.2.2 Culpa

A culpa pode ser entendida como fruto de uma violação do dever de cuidado que um indivíduo possui perante o outro, sendo o resultado desta violação, um dano ou prejuízo. Conforme ensina Arnaldo Rizzardo,

Ao mencionar ação ou omissão voluntária, está conceituando, ou introduzindo a definição de dolo; falando em negligência ou imprudência, classifica a culpa. De um lado, envolve o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado; de outro, a vontade é dirigida ao fato causador do dano, mas o resultado não é querido pelo agente. **Há a falta de diligência em se observar a norma de conduta**. (RIZZARDO, 2013, p.4, grifos nossos)

Pode-se categorizar a conduta culposa como conduta negligente, imprudente e/ou imperita. A **negligência** é, por definição, a incúria, isto é, falta de cuidado, desleixo, desatenção. A **imprudência**, por outro lado, se caracteriza por uma ação sem cautela, e precipitada. Por fim, a **imperícia** se evidencia na falta de

competência técnica necessária para a realização de determinado procedimento/atividade devido à falta de experiência, conhecimento ou até mesmo capacitação.

2.2.3 Nexo de causalidade

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil clássica é o nexos de causalidade. É definido por França como a “condição lógica de vínculo, de conexão, de liame ou de eminente coesão entre a ação e o resultado” (2020, p. 334). O nexos, portanto, se traduz no elo que estabelece a relação de causa e efeito entre o elemento “ação” e o “dano”.

2.2.4 Dano

Por fim, o quarto elemento da responsabilidade civil aquiliana é o “dano”, elemento que “encontra-se no centro da obrigação de indenizar” (FILHO, 2023, p. 93). Conceitualmente, consoante os ensinamentos de Maria Helena Diniz, dano é a “lesão que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (2022, v.7, p.33). Ensina Sérgio Cavalieri Filho que

a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. (FILHO, 2023, p.93)

A doutrina, de forma geral, classifica o dano em (1) patrimonial ou material e (2) extrapatrimonial ou moral.

O primeiro, se observa nas situações em que se observa lesão direta ao patrimônio, tendo como resultado a sua efetiva diminuição. Essa espécie é subdividida em (a) dano emergente ou positivo, quando “importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito” (FILHO, 2023, p. 95), e (b) lucro cessante espécie que consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.” (FILHO, 2023, p. 96).

Por outro lado, o dano extrapatrimonial ou moral se relaciona aos direitos da personalidade, “tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à dignidade da pessoa humana.” (FILHO, 2023, p. 105). Corresponde, desse modo, às lesões não palpáveis que acometem a subjetividade do indivíduo.

2.3 Espécies de responsabilidade

2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Conceitualmente, conforme já fora abordado, a responsabilidade civil é pautada no princípio da indenização, ao proclamar que “sem contradita e sem rebuços, que a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá reparação por parte do ofensor” (PEREIRA, 2022, p.38). Tendo isso em vista, preocupa-se aqui em estabelecer a origem do dever de indenizar.

A majoritária doutrina brasileira acolhe a teoria dualista ou clássica para a compreensão da matéria, dividindo a origem do dever de indenizar numa dicotomia entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. A responsabilidade contratual é aquela que decorre da infração de uma relação obrigacional pactuada entre as partes, isto é, um contrato. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual é aquela baseada na culpa aquiliana, e tem origem na “inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (neminem laedere)” (GONÇALVES, 2023, p.27).

2.3.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A necessidade de verificar a presença do elemento culpa para estabelecer a obrigação de reparar o dano é o que baliza a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

A teoria clássica, contida na regra geral do artigo 186 do Diploma Civilista, representa a expressão legislativa da responsabilidade subjetiva, ao passo em que se fundamenta na necessidade da culpa para configuração efetiva da responsabilidade civil. Sobre o tema, esclarece Sérgio Cavalieri Filho,

na responsabilidade subjetiva a conduta culposa do agente erige-se em **pressuposto principal da obrigação de indenizar**. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo. (FILHO, 2023, p.41)

Por outro lado, a responsabilidade objetiva é aquela que todos os pressupostos da responsabilidade civil são observados, com exceção do elemento culpa. Essa espécie de responsabilidade é regulada pelo artigo 927 do CC/2002, o qual aduz que:

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 (BRASIL, 2002)

A responsabilidade objetiva é pautada na teoria do risco, e “tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa” (GONÇALVES, 2023, p.25). Para tanto, duas são as previsões elencadas no artigo transcrito em que a responsabilidade é verificada prescindindo a culpa, satisfazendo-se apenas mediante a verificação da conduta, dano e nexo causal: (1) casos previstos em lei e (2) atividade de risco.

Em relação aos casos previstos em lei, cita-se a título de exemplo a responsabilidade contida no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), a qual estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços perante os consumidores. Em relação à atividade de risco, são aquelas que por sua natureza representam um risco considerável ao indivíduo. afirma Carlos Roberto Gonçalves que:

a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável. Poder-se-á entender, verbi gratia, que, se houve dano, tal ocorreu porque não foram empregadas as medidas preventivas tecnicamente adequadas. (GONÇALVES, 2023, p.27)

Desse modo, tais são as duas situações em que para a caracterização da responsabilidade, dispensa-se o elemento culpa.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 Considerações iniciais

A responsabilidade civil médica se comporta enquanto espécie de responsabilidade particular, dotada de peculiaridades e características próprias, sendo sujeita à uma disciplina diferenciada que possui enquanto escopo diversos documentos para a sua compreensão, tal qual o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e os Códigos e documentos elaborados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Desse modo, o estudo da aplicação da responsabilidade civil médica no cenário jurídico brasileiro, bem como a análise e compreensão das dificuldades encontradas nestes processos judiciais, são fundamentais para a busca de soluções que procurem atribuir resolutividade e justiça aos enfermos que foram prejudicados diante da má prática médica, local onde a abordagem da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência pode ganhar espaço.

A seguir, far-se-á um estudo breve acerca de como classicamente a responsabilidade civil médica é pleiteada no cenário atual brasileiro.

3.2 A obrigação médica

Num primeiro momento, cabe a elucidação acerca da espécie de obrigação que contempla a atividade do esculápio. Dentro da classificação das obrigações, a doutrina subdivide-as em (1) obrigação de meios ou diligências e (2) obrigação de resultados ou finalidades. Na primeira, existe o compromisso da utilização de “todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo” (FRANCA, 2020, p.307). Enquanto na segunda “a prestação só é cumprida com a obtenção de um resultado, geralmente oferecido pelo devedor previamente. Aqueles que assumem obrigação de resultado respondem independentemente de culpa ou por culpa presumida” (TARTUCE, 2022, p. 905).

A doutrina majoritária entende que o ato médico é, via de regra, uma obrigação de “meio”, isto é, durante o exercício do seu labor, o profissional possui o compromisso do emprego diligente de meios razoáveis e adequados para cumprir o seu ofício de diagnosticar, tratar e cuidar dos pacientes que estão sob sua tutela

conforme a literatura, prática médica e orientações vigentes para o manejo de cada doença. Sobre o tema, esclarece Genival Veloso de Franca:

Assim entendendo, existe na responsabilidade contratual civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, onde **o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato**, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa. Enfim, essa é a ideia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos. (FRANCA, 2020, p. 307, grifos nossos)

No entanto, existem certas exceções no que tange a classificação da obrigação assumida pelo médico, conforme entendimento da doutrina, como é o caso da cirurgia estética. Miguel Kfoury Neto, ao citar o civilista Caio Mário da Silva, expõe que

a cirurgia estética gera obrigação de resultado e não de meios. Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente que procura tratamento e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e, se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção. (NETO, 2021)

Portanto, cautelosa deve ser a análise da circunstância em que se apura o erro médico para a classificação da obrigação.

3.3 Deveres de conduta do médico

A compreensão da existência de uma obrigação de meio é inseparável da necessidade da existência do conceito de “dever de conduta”. Este, se dá por meio de um elenco de obrigações em que o médico deve observar e, uma vez descumprindo, enseja consequências previstas normativamente. (FRANCA, 2020). Os deveres de conduta do médico balizam o seu trabalho profissional e devem ser observados com zelo já que a sua inobservância pode resultar em surgimento de responsabilidade civil para o médico não diligente.

Para tanto, aduz o mesmo autor que as “regras de conduta arguidas na avaliação da responsabilidade médica são relativas aos deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso” (FRANCA, 2020, p. 285), deveres que serão abordados brevemente nos tópicos seguintes.

3.3.1 Dever de informação

O dever de informação do médico decorre da interpretação conjunta de certos princípios e leis, tais como a Constituição Federal, por meio do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, CF; o Código de Ética Médica, através do princípio da autonomia da vontade, (art. 31 CEM); o Código de Defesa do Consumidor (Art. 6º, III), dentre outros instrumentos. Desse modo, o dever de informação se refere aos esclarecimentos mandatórios que o médico deve fornecer ao seu paciente, tal qual necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre seus riscos ou suas consequências. (FRANCA, 2020, p. 285), onde essa informação pode se traduzir no termo de consentimento esclarecido e no consentimento continuado, no caso de mudanças dos procedimentos terapêuticos adotados no tratamento em curso.

Outros exemplos indicados pelo doutrinador Genival Veloso de Franca é a informação sobre as condições precárias de trabalho, informações registradas no prontuário e informações aos outros profissionais, dada a interdisciplinaridade inerente ao tratamento de determinadas patologias.

3.3.2 Dever de atualização

A atuação enquanto profissional médico reclama determinados requisitos legais para o efetivo exercício laboral, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial (FILHO, 2023, p. 457). Apesar dessas exigências prévias, esclarece Genival Veloso de Franca que o exercício profissional do médico

Implica também o **aprimoramento continuado**, adquirido através dos conhecimentos mais recentes de sua profissão, no que se refere às técnicas de exame e aos meios de tratamento, seja nas publicações especializadas, nos congressos, nos cursos de especialização ou nos estágios em centro hospitalares de referência. A capacidade profissional é sempre ajuizada toda vez que se discute uma responsabilidade médica. (FRANCA, 2020, p. 288, grifos nossos)

Desse modo, não basta apenas possuir em mãos o diploma da faculdade de medicina: é necessário a observância do ensino médico continuado, podendo ocorrer em imperícia o profissional não diligente a sua inobservância.

3.3.3 Dever de vigilância e de cuidados

O dever de vigilância e de cuidados que deve ser revestido o ato médico se traduz na necessidade de ação. Ou seja, a atuação do profissional deve estar isenta de qualquer tipo de omissão que venha a ser caracterizada por inércia, passividade ou descaso. Essa omissão tanto pode ser por abandono do paciente como por restrição do tratamento ou retardo no encaminhamento necessário.” (FRANCA, 2020, p.288).

3.3.4 Dever de abstenção de abuso

O dever de abstenção de abuso tem como escopo o axioma hipocrático “*primum non nocere*”, ou seja, “primeiro não prejudicar”. O princípio da não maleficência que reveste o dever em estudo, diz respeito à obrigação médica em não praticar condutas irrazoáveis, abusivas e/ou excessivas que impliquem em assumir riscos desnecessários no tratamento de um paciente, devendo ser o seu dever preservar a segurança e integridade do enfermo.

Práticas terapêuticas devem seguir o convencional do cotidiano médico, seguindo as diretrizes e consensos vigentes, devendo opções mais arriscadas, que fogem da prática médica comum, serem devidamente justificadas e informadas ao paciente pois, do contrário, caracterizam um desvio de poder e podem ensejar responsabilidade civil do médico que assim atuar.

3.4 Natureza Jurídica da responsabilidade civil médica

Existe uma ampla discussão em torno da caracterização da natureza jurídica da responsabilidade civil atribuída ao profissional médico. No entanto, a majoritária doutrina converge para a compreensão de que a responsabilidade do médico possui natureza de cunho contratual. Nesse sentido, os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes destacam que:

o ofício do médico corresponderia a uma prestação de serviços sui generis, consistente em intervenção técnica remunerada, à qual se agregam deveres patrimoniais, a justificar a natureza contratual do dever de reparar o dano causado por erro médico (MORAES; GUEDES, 2016, p. 35)

No entanto, a despeito de, na maioria das situações práticas prevalecer a natureza contratual da relação paciente-médico, certas situações, invocam a responsabilidade aquiliana para caracterizar a natureza jurídica do profissional, tais como as situações de atestados falsos, omissão de socorro, dentre outras.

3.5 Responsabilidade pessoal do médico

Conforme abordado na seção 3.1, a obrigação que o esculápio assume no desenvolver do seu labor é uma obrigação de meio, o que significa a incapacidade do profissional em garantir a cura do doente. Desse modo, por consequência direta, embora a responsabilidade do médico seja predominantemente contratual, a sua responsabilidade é subjetiva, sendo imprescindível a demonstração de culpa para sua configuração. Nesse sentido, nos ensina Sérgio Cavalieri Filho que

a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. (FILHO, 2023, p. 459, grifos do autor)

Ainda nessa abordagem, cita-se trecho do REsp 1104665 RS 2008/0251457

[...] 1 A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; [...] (STJ - REsp: 1104665 RS 2008/0251457-1, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 09/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 04/08/2009)

Interessante observar que o Código consumerista, uma vez que possui como fito principal tutelar os interesses e direitos do consumidor, consagra como regra geral a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de

serviço. No entanto, abre justa exceção no caso dos profissionais liberais, como é o caso do médico. Nesse sentido, Cavalieri complementa

Em seu sistema de responsabilidade objetiva, o Código do Consumidor abre exceção em favor dos profissionais liberais no § 4º do seu art. 14: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Vale dizer, os profissionais liberais, embora prestadores de serviço, respondem subjetivamente. No mais, submetem-se aos princípios do Código – informação, transparência, boa-fé etc. (FILHO, 2023, p.491)

4 O ERRO MÉDICO

4.1 Conceito

Conforme as saudosas palavras do doutrinador Genival Veloso de Franca, o erro médico consiste numa

forma de conduta profissional **inadequada** que supõe uma **inobservância técnica**, capaz de **produzir um dano** à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como **imperícia, negligência ou imprudência** do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados. (FRANCA, 2020, p. 294, grifos nossos)

As diferentes subdivisões de erro médico variam de acordo com o momento da prática médica em que se observa negligência, imprudência e/ou imperícia, sendo inúmeros os exemplos, como: erro de prescrição, erro de consentimento informado, erro de interpretação de exames, erro de procedimentos, erro de diagnóstico, entre outros. Não se pretende debruçar, no entanto, entre os mais diversos cenários de erro em que o profissional médico pode incorrer. Portanto, em consonância com o objetivo do presente trabalho, a observação da aplicação da teoria da perda de uma chance **no erro de diagnóstico**, se fará apenas uma delimitação do erro médico no contexto dessa espécie em comento.

4.2 Erro de diagnóstico

Celmo Celeno Porto e Arnaldo Lemos Porto, renomados autores na área de Semiologia Médica, entendem o processo de diagnóstico médico como um processo complexo. Na obra “Semiologia Médica”, os autores, ao se utilizar do conceito de Mason, definem o diagnóstico como sendo uma “série de procedimentos de origem intelectual (cognitiva) e operacional (atitudes e habilidades) através dos quais se obtém uma resposta a um determinado problema clínico” (PORTO, 2019, p. 59). Destacam ainda que: que sem diagnóstico, não haverá terapêutica correta.

Dessa forma, com o fito de obter êxito em suas condutas, o profissional médico deve adotar uma postura prudente, utilizando as ferramentas que lhe são disponíveis da maneira mais adequada possível. Isso inclui a realização de uma anamnese completa, condução de um exame físico minucioso e a utilização

criteriosa de exames complementares. Ao empregar esses recursos de forma adequada, o médico estará melhor equipado para, portanto, realizar um diagnóstico preciso e diminuir eventuais chances de erro, oferecendo ao enfermo a conduta mais adequada para o seu quadro.

Por outro lado, o erro de diagnóstico, consiste, justamente, na incapacidade do profissional em conseguir estabelecer a real causa do quadro que o doente apresenta. Ou seja, é uma imprecisão no processo de determinar a condição de saúde de um indivíduo. Pode se dá devido à falta de informações, exames insuficientes, erros de interpretação, falta de acesso a recursos, dentre outros.

Cabe ressaltar, no entanto, que nem todo erro de diagnóstico implica em responsabilidade civil. Deve-se ter a sensatez de perceber que profissional médico, enquanto ser humano, não é infalível. Nesse sentido, defende Genival Veloso de Franca que

O médico, como todas as pessoas, tem de aprender através da experiência e da observação, e estas, sabe Deus, representam, às vezes, a tarefa mais árdua e difícil. **Não é ele infalível**, nem pode garantir a recuperação de todos os pacientes, pois as situações que se apresentam são, em algumas circunstâncias, graves e confusas. Assim, numa dessas eventualidades, o erro não pode ser sinônimo de imperícia. Por isso, existe até aquilo a que chamamos de erro honesto. ((FRANCA, 2020, p. 302, grifos nossos)

É justamente nesse sentido que o erro pode ser classificado como escusável ou inescusável. O erro de diagnóstico escusável, isto é, justificável, ocorre quando “invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto” (FILHO, 2023, P. 460). Ainda, conforme entendimento de Néelson Hungria, não se deve responsabilizar o profissional por erro de médico nos casos em que

agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que se desviando deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto (HUNGRIA, 2014 apud FILHO, 2023)

Por outro lado, o erro inescusável seria aquele erro considerado “grosseiro”, ao passo que o médico “se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional” (GONÇALVES, 2023, p.212). Neste caso, continua o doutrinador, exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de

um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.

4.3 A culpa no erro de diagnóstico

A responsabilidade civil do médico, conforme já fora abordado, consiste numa responsabilidade majoritariamente subjetiva, isto é, necessita que a culpa esteja provada para que enseje indenização. Nesse sentido, a doutrina expressa claro consenso ao compreender a severa dificuldade em que o demandante possui dentro do litígio em demonstrá-la. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas do desmazelo e do despreparo profissionais. Na maioria dos casos, os pedidos de indenização acabam sendo denegados, por falta de provas de culpa.” (GONÇALVES, 2023, p.206). Ao analisar a matéria, se percebe que a justificativa se pauta essencialmente em dois pilares (1) o *esprit de corps* e (2) a severidade por parte do judiciário em suas apreciações, sendo muitas vezes atrelados ao que a perícia dispõe sobre o tema.

Ao falar do *esprit de corps*, é importante considerar que a profissão médica possui, por sua própria natureza, um aspecto técnico intrínseco. Nesse contexto, surge a figura da legisperícia, que assume a responsabilidade “considerar o dano, estabelecer o nexo causal, considerar a existência de concausas, caracterizar as circunstâncias do ato médico, avaliar o estado anterior da vítima e estabelecer o padrão médico-legal” (FRANCA, 2023, p. 333), uma vez que o juiz não possui o adequado conhecimento científico da área médica para realizar tais apreciações técnicas.

É justamente no campo da perícia que se encontra a figura do *esprit de corps*, solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado. (FILHO, 2023, p. 459). Citado pelo doutrinador Carlos Roberto, o voto vencido do Des. Geraldo Roberto, na RT 523/68, defende que

é sempre **difícil** apurar-se no pretório responsabilidade médico-hospitalar, porque a prova fica na dependência dos relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como de laudos de peritos médicos que **podem estar inconscientemente dominados pelo ‘esprit de corps’**. Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra

incompetentes ou impressionados (TJSP, rel. Des. José Cardinale, RT 523/68)

4.4 O nexo de causalidade no erro de diagnóstico

O nexo de causalidade, conforme outrora já conceituado, consiste na ponte entre o elemento culpa e o elemento dano. Conforme o aclamado doutrinador Miguel Kfoury Neto, “o laço causal deve ser demonstrado às claras, atando as duas pontas que conduzem à responsabilidade” (2022). Desse modo, ainda que exista dano, mas não evidencie-se de forma nítida o nexo de causalidade que comunica a ação do médico com o dano suportado pelo paciente, a chance de procedência do pedido indenizatório é baixa.

É justamente no território do nexo de causalidade que reside o maior entrave para a determinação da responsabilidade civil do médico nos casos de erro de diagnóstico. Parte da doutrina assegura que essa dificuldade se relaciona, especialmente, ao fato de que o dano vivenciado pelo paciente não é fruto apenas de uma única causa, mas a soma de múltiplos fatores que colaboraram com o prejuízo final. À título de exemplo, Kfoury aponta um julgado do TJPR, o qual reconheceu como improcedente ação de erro médico por restar não provado o nexo de causalidade entre o erro de diagnóstico, claramente reconhecido, e o dano sofrido pelo autor.

Apesar do erro, impõe-se averiguar se existe nexo causal entre ele e as lesões sofridas pelo autor. (...) Como se vê, para que subsista a obrigação de indenizar, não é bastante que o agente tenha cometido um “erro de conduta”, seja por ação ou por omissão, sendo necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação do médico e o dano causado, ou, na expressão de Demogue, “é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria” (in ‘Traité des Obligations em Général’, v. IV, n. 66). (...) No presente caso, não obstante tenha havido um erro de diagnóstico, inexistente demonstração de nexo causal entre o equívoco e as sequelas permanentes suportadas pelo autor. (...) Nessa seara, ainda que comprovado o erro de diagnóstico, impossível imputar as sequelas causadas ao autor ao equívoco, porquanto eles ocorreriam ainda que o diagnóstico correto pudesse ser realizado. (...) Exclui-se, conseqüentemente, a responsabilidade dos réus pela tetraplegia do autor

Tendo isso em vista, surge a teoria da perda de uma chance que, conforme aponta de Alexandre Martins Castro, encontra a teoria na área médica uma zona fértil para seu debate e proliferação. Explica o jurista que

A álea clínica e a individualidade de cada organismo humano não permite que a medicina oferte exatidão matemática quanto aos resultados aguardados para os pacientes. Por isso, a relação de causalidade entre o dano suportado pelo enfermo e a conduta médica nem sempre é passível de prova contundente e clara, embora seja altamente possível. (CASTRO; MAIA, 2014)

Desse modo, nos tópicos seguintes será feita uma breve análise acerca da possibilidade, diante da ineficiência da responsabilidade civil clássica em atender os pleitos de forma adequada, da teoria da perda de uma chance adentrar como uma forma alternativa de responsabilização civil do médico.

5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

5.1 Histórico

Pioneira na jurisprudência francesa, a teoria da *perte d'une chance* representa uma alternativa frente à problemática da dificuldade de estabelecer o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Trata-se, portanto, de uma modificação da perspectiva do dano dentro da responsabilidade civil, introduzindo uma nova categoria conhecida como “chances perdidas”. Descreve Rafael Peteffi da Silva que no dia 17 de julho de 1889, a 1º Câmara da Corte de Cassação Francesa,

aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento. Este é o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa. (SILVA, 2013, p.11)

A ideia da aplicação dessa teoria na seara médica pelo direito francês apenas ganhou espaço no ano de 1964, quando a mesma Corte analisou caso de erro de diagnóstico médico que culminou em erro de tratamento. Conforme narração de Miguel Kfourri Neto:

O fato ocorreu em 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se em 1ª instância que, entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor, **não se podia estabelecer de modo preciso o nexo de causalidade**. A Corte de Cassação assentou: “Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilização”. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação **de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso**, e condenou-o à indenização de 65.000 francos. (NETO, 2021, grifos nossos)

No âmbito brasileiro, a aplicação da teoria no campo médico é relativamente recente e, ao mesmo tempo tímida, sendo reconhecida enquanto precedente pela primeira vez apenas em dezembro de 2012, na decisão do Recurso Especial nº 1.254.141/PR. Na época, foi reconhecida a aplicabilidade da teoria em comento no caso de erro médico ao “notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico” (STJ - REsp: 1254141 PR 2011/0078939-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012).

5.2 Conceito e noções gerais

O termo “chance” significa, conforme o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 1. eventualidade, ocorrência fortuita, casualidade, acaso; 2. probabilidade, possibilidade de acontecer ou de vir a ser (algo ou alguém). Alessandra Cristina Furlan, ao condensar os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho e Fernando Noronha, afirma que

Em sentido jurídico, ocorre a denominada perda de uma chance quando, em virtude da **conduta** do agente, **desaparece a probabilidade de advir evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima**. Instala-se uma situação inicial em que a pessoa se apresenta como detentora da oportunidade de obter algo. O processo está em curso e existe a **expectativa de ganho**. O fato antijurídico interrompe o citado processo e a perspectiva é irremediavelmente destruída (FILHO; NORONHA, 2013 apud FURLAN, 2017, grifos nossos)

Portanto, a perda de uma chance está caracterizada quando o indivíduo vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal (TARTUCE, 2022, p. 371). É importante ressaltar que a teoria ganha destaque em situações em que há dificuldade em estabelecer o nexa causal entre a culpa e o dano observado. No contexto da prática médica, essa teoria surge como uma alternativa promissora para salvaguardar os direitos do paciente que, diante da negligência do profissional, experimenta uma lesão. Kfoury, em artigo denominado “Graus da culpa e redução equitativa da indenização”, entende que

Às vezes, não é possível ao lesado provar que a atuação (ou omissão) do médico ocasionou o dano. É o caso, por exemplo, do retardamento no diagnóstico de certa enfermidade. Quando, enfim, o médico descobre qual a doença de que padece o enfermo, a terapia não mais surte efeito e a pessoa morre. Em muitos casos, não se pode afirmar, com certeza absoluta, que o diagnóstico precoce poderia salvar a vida do paciente, dada a virulência do mal. Não é possível provar, portanto, que o prejuízo fatal foi causado pela demora em diagnosticar. **Mas ninguém põe em dúvida que o retardamento subtraiu, ao menos, uma chance, ou oportunidade, de a vítima sobreviver por mais tempo - ou até vir a se curar.** (NETO, 2015)

Portanto, é sob essa perspectiva que será analisada a aplicação dessa teoria na seara que envolve o erro médico.

5.3 A teoria da perda uma chance no âmbito do erro médico – uma breve análise do REsp 1.254.141/PR

Nesse ponto, faz-se um enfoque na primeira jurisprudência prolatada pelo STJ que acolhe a teoria da perda de uma chance no âmbito médico e dispõe acerca de seus critérios de aplicabilidade. A opção se dá frente a relevância do órgão mencionado em uniformizar a interpretação da legislação geral, visando uniformidade e segurança jurídica. De fato, o julgamento o qual se fará breve exame é utilizado enquanto precedente para inúmeros outros processos que possuem a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência como objeto de tutela, deixando claro a importância da posição do Tribunal Superior no tratamento da questão. Para tanto, há de se fazer uma abordagem acerca dos pontos em que a matéria é entendida conforme o julgamento optado para análise.

5.3.1 Contexto

Trata-se de uma ação de indenização por danos materiais e morais que resultou no REsp 1.254.141/PR. A ação foi movida pelo espólio de uma paciente contra o médico oncologista que acompanhará o tratamento do câncer de mama que acometia a *de cuius*. Acusa o demandante que o médico cometeu uma série de erros nas condutas escolhidas para o tratamento, afastando-se das recomendações da comunidade científica de forma geral. Destaca-se a não indicação de quimioterapia; a realização de quadrantectomia na ocasião da mastectomia, quando na realidade o mais indicado seria a mastectomia radical; ausência de orientações quanto à gravidez; aparecimento de metástase negado pelo oncologista, dentre outros. O argumento principal para estabelecer a responsabilidade civil do médico foi o da perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Em sede de recurso especial, o STJ analisou de forma singular e minuciosa a aplicação da teoria dentro do contexto do erro médico, estabelecendo critérios para a sua ponderação bem como indenização, conforme será abordado nos tópicos a seguir.

5.3.2 Da aplicabilidade da teoria na seara médica

A princípio, o julgador faz uma análise acerca da aplicabilidade ou não da teoria dentro dos limites da prática médica. A discussão se pauta tendo em vista a dissensão presente no contexto doutrinário, a partir de uma possível distinção na concepção que existe entre a teoria clássica da perda de uma chance e a teoria da perda de uma chance no contexto médico.

Uma parte dos estudiosos sustenta que o erro médico seria considerado uma causalidade parcial e não um dano autônomo, impossibilitando, portanto, a aplicação da teoria em estudo nos casos que envolvam tal seara.

Noutra perspectiva, outra parte da doutrina argumenta que não há diferença entre ambos os cenários de aplicação, reconhecida a “chance”, em todos os contextos, como uma espécie de dano autônomo, não sendo coerente uma discriminação entre os mesmos. Nesse sentido, será realizada uma breve análise do debate citado e, em seguida, apresentação do que o STJ acolheu no REsp em análise.

5.3.2.1 A chance como espécie de dano autônomo e a perda de uma chance clássica

É pacífico o entendimento na doutrina que a “chance”, dentro da teoria clássica da perda de uma chance, se comporta como um **dano autônomo**. Isso significa dizer que, caso um sujeito venha a perder uma oportunidade de obter um benefício e/ou evitar um prejuízo devido à conduta culposa de outrem, essa chance perdida pode ensejar uma indenização, desde que presentes e comprovados a chance séria e real, a culpa por parte do responsável e o nexo causal entre a conduta e a perda da chance. Explica Rafael Peteffi da Silva que

observou-se que a teoria clássica desse instituto confere um caráter autônomo às chances perdidas. Essa referida autonomia serviria para separar definitivamente o dano representado pela paralisação do processo aleatório no qual se encontra a vítima (chance perdida) do prejuízo representado pela perda da vantagem esperada, que também se denominou dano final. A vantagem esperada seria o benefício que a vítima poderia auferir se o processo aleatório fosse até o seu final e resultasse em algo positivo. (SILVA, 2013, p.19)

Desse modo, tem-se a modificação da óptica pela qual se enxerga a reparação: não mais é feita considerando o prejuízo final como dano, mas sim a

perda da vantagem que poderia ter sido alcançada se o fato antijurídico não tivera acontecido.

5.3.2.2 A perda de uma chance de cura ou sobrevivência e a causalidade parcial conforme Rafael Peteffi

A perda de uma chance específica da seara médica, chamada de “perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, encontra sua distinção em relação à teoria clássica, conforme seus defensores, residindo no fato de que as chances perdidas são buscadas apenas após o término do processo aleatório. Rafael Peteffi, ao abordar o tema, indica que a crítica foi manifestada inicialmente pelo francês René Savatier, ao entender que as chances de cura ou de sobrevivência seriam um prejuízo intermediário, e por isso não poderiam constituir um dano específico e independente, uma vez subordinadas à existência do dano final. Peteffi, filiado à essa concepção explica que

a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise de fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto (SILVA, 2013, p.84)

Nesse sentido, o autor em análise traz consigo a ideia da causalidade parcial, isto é, a ação do médico não é a causa direta e exclusiva da perda, mas sim uma causa parcial que contribuiu para a diminuição das chances de obter um resultado positivo. Portanto, advoga o mesmo no sentido de que a teoria não poderia ser observada nos casos de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, pois as chances são observadas no passado, “assim como o evento ao qual elas se aplicam” (...). No caso médico, o processo que poderia ter sido aleatório já não é mais, pois se sabe com certeza qual o resultado: a morte ou a invalidez do paciente, isto é, a única dúvida que resta nesse caso é a relação de causalidade entre a falha do profissional e o dano final” (SILVA, 2013, p.87). As chances de cura ou sobrevivência, seriam, portanto, um prejuízo intermediário e não um dano específico independente, razão pela qual ela não poderia ser suscitada visando a reparação nessas situações específicas.

5.3.2.3 Entendimento prolatado pelo STJ: a chance de cura ou sobrevivência como dano autônomo

Apesar da discussão, a tendência da jurisprudência brasileira é não fazer maiores distinções em relação à teoria clássica e a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência. A ministra Nancy Andrighi, no julgamento em análise, aborda nesse sentido ao suscitar que:

Essas críticas, conquanto robustas, **não justificam** a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, **de modo equivocado**, num processo de mitigação do nexa causal. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da *conditio sine qua non*, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.)

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal. A perda da chance, em verdade, **consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final**. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, **mas apenas pela chance de que ele privou a paciente**. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.)

Portanto, o STJ entendeu que as chances perdidas dentro do contexto médico se tratam de modalidade autônoma de indenização, que pode ser invocada quando não se puder apurar a responsabilidade do agente pelo dano final, isto é, quando se verifica a culpa e o dano, mas há dificuldade de estabelecer o nexa causal entre ambos os pressupostos da responsabilidade civil. Se conclui, desse modo, que o Tribunal Superior compreende ser totalmente aplicável a teoria da perda de uma chance no âmbito médico superando, ao menos em âmbito jurisprudencial brasileiro, a discussão em tela.

5.3.3 Dos requisitos da chance

O julgado sustenta, que para a aplicação da teoria, faz-se necessário o preenchimento de determinados critérios, os quais são elencados no trecho extraído do documento:

(a) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (b) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (c) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.)

Desse modo, apesar da teoria da perda de uma chance ser uma ferramenta importante para a justa reparação, é necessário a presença desses critérios de forma clara e rigorosa com o fim de não banalizar e coibir abusos em sua aplicação. A chance em questão deve, de fato, ser real e séria. Conforme palavras de Rafael Peteffi

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. (SILVA, 2013, p.138)

Para ensejar a reparação, conforme ensina Miguel Kfoury, a chance deve ser indubitosa. Isso significa, em outras palavras, que ela exista muito mais do que uma mera especulação, ela deve se configurar enquanto uma oportunidade concreta e razoável dentro da realidade. No caso em análise, foi entendido que a situação em apreciação preenche tal critério, levando em consideração especialmente o laudo pericial produzido no caso. Conforme trecho,

(...) as chances de melhora ou mesmo de cura foram consideradas, pela análise do conjunto fático-probatório dos autos, sérias e objetivas pelo TJPR, uma vez que a perícia estabeleceu que “se o tratamento dispensado fosse a mastectomia radical seguida de quimioterapia e radioterapia nas dosagens recomendadas, as metástases poderiam ter surgido, mas com probabilidade menor que com o tratamento utilizado” (f. e-STJ). A vítima, assim, teria “chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevivência menos sofrida, mais digna, se tomadas algumas medidas embora tardiamente após a recidiva (...)” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso

Especial n. 1.254.141/PR. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.)

Em relação ao nexo causal entre a atuação do médico e a chance perdida, Kfoury sustenta que no caso concreto este deve ser apurado de forma razoável, embora tal prova nunca possa ser feita, de forma absoluta. É necessário o nexo causal entre a conduta negligente do responsável e a perda da chance, demonstrando que a conduta foi fator determinante para a perda da oportunidade. No julgado em análise, o STJ compreendeu que conforme as provas dos autos, de fato, o nexo de causalidade foi apurado de forma clara ao sustentar que “há uma relação direta entre o tratamento inadequado e a perda de oportunidade de melhor qualidade de vida ou até mesmo de obter a cura da doença”

5.3.4 Da indenização pelas chances perdidas

O somatório da ação, culpa, dano e nexo causal resulta em indenização. Dentro desse contexto, surge um importante tema dentro do julgado em estudo, acerca de que forma essa quantificação é realizada no contexto das chances perdidas. Nesse sentido, o STJ impugna parcialmente o acórdão prolatado por instância inferior no REsp em estudo, entendendo que, uma vez acatada a indenização pela chance perdida, o montante final da indenização deve corresponder à perda da chance, e não ao dano final (morte). Desse modo, uma vez representando a chance perdida, esse montante sempre será inferior do que o montante que corresponderia ao prejuízo final suportado. Nesse sentido, explica o trecho do documento:

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar a redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.)

Essa compreensão na doutrina é consensual: de fato, a chance perdida enquanto bem jurídico autônomo equivale menos do que o dano final suportado pela

vítima, sendo necessário, portanto, uma proporção no momento de estabelecer os valores indenizatórios. Tendo isso em vista, o STJ impõe parcial provimento ao recurso reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença.

6 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO: ANÁLISE DO REsp 1.622.538/MS

Faz-se imprescindível nesta monografia uma análise acerca da particularidade em que o STJ entende o tratamento da aplicação da teoria da perda de uma chance no erro de diagnóstico. Para tanto, toma-se como base o Recurso Especial nº 1.622.538/MS, que tem como relatora a ministra Nancy Andrighi. O REsp em questão que foi apresentado ao STJ origina-se de uma ação de indenização por dano material e compensação por dano moral, em que a mencionada teoria é utilizada como critério para estabelecer a responsabilidade civil do réu.

Na narração dos fatos, verifica-se que a paciente foi submetida a uma cirurgia para retirada de um tumor benigno no joelho, denominado encondroma, ora diagnosticado com base em laudo anátomo-patológico. No entanto, após o procedimento, as dores que a paciente relatava sentir não cessaram e, do contrário, tornaram-se mais intensas. Após realização de novos exames, estes revelaram-se inconclusivos, levando o médico da *de cuius* optar por manter o tratamento apenas sintomático, com analgésicos e fisioterapia. No entanto, a patologia se agravou evoluindo para lesão maligna denominada “condrossarcoma secundário”, e a paciente evoluiu com óbito em virtude de metástase pulmonar.

O TJ/MS acolheu a tese da teoria da perda de uma chance no caso em tela, conforme trecho extraído do acórdão:

(...) 4. Ao deixar de prestar o devido acompanhamento da paciente após procedimento cirúrgico, o médico ortopedista ceifou a chance de diagnóstico mais seguro e tratamento mais preciso e eficaz, que poderia ter evitado a amputação de parte da perna esquerda, tendo em vista tratar de tumor benigno que evoluiu para maligno (câncer), residindo aí o nexo de causalidade, em aplicação da teoria da “perte d’une chance”. (...) Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.622.538/MS. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21 mar. 2017, p. 24 mar. 2017

Uma vez reconhecido o nexo de causalidade, condenou “o recorrente a pagar, a título de compensação por dano moral, 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, equivalentes a R\$ 118.200,00 (cento e dezoito mil e duzentos reais) em 10/02/2015, data da prolação do acórdão”. No entanto, após análise realizada pelo STJ em sede de Recurso Especial, foi compreendido a necessidade de reforma.

Tal como o Tribunal de origem reconheceu a viabilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no caso em questão, o STJ adotou posição idêntica, ao entender que desde o julgamento REsp 1.254.141/PR, foi consolidada a possibilidade da apuração da responsabilidade civil do médico sob a óptica da teoria da perda de uma chance, “na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente”.

No entanto, ao avaliar os pressupostos de aplicação estabelecidos no RESP 1.254.141/PR, precedente analisado no tópico 5.3 desta monografia, o Tribunal Superior compreendeu de forma distinta do TJ/MS. Sustenta a Ministra relatora que, conforme laudo pericial, a evolução de lesão neoplásica benigna para maligna não era esperada, e o diagnóstico diferencial entre as doenças apresentadas é atividade dotada de elevado grau de dificuldade não sendo, portanto, situação passível de identificação de chance perdida em virtude de erro médico. Destaca ainda, citando Miguel Kfoury Neto, que a responsabilidade por equívoco em diagnóstico é complexa, devendo ser comprovado de forma clara erro manifesto do profissional. Desse modo, existe um alto grau de exigibilidade quanto ao fato da “chance” tutelada não se tratar de mera especulação. Conforme trecho do julgado em análise,

(...) 9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

10. A dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao recorrente erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada “ausência de tratamento em momento oportuno” (e-STJ fl. 519).

11. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.622.538/MS. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21 mar. 2017, p. 24 mar. 2017)

Desse modo, a ideia principal que se quer demonstrar com a breve análise realizada do Recurso em tela é o fato de que, a despeito da aplicação da teoria da perda de uma chance ser plenamente possível no âmbito do erro médico bem como na espécie do erro de diagnóstico, deve-se atentar para a cautela que os Tribunais possuem na apreciação frente à chance que foi perdida. É necessário que a parte demandante demonstre que a chance é plenamente razoável dentro do que a realidade da prática médica concebe, demonstrando o seu elevado grau de seriedade e concretude, afastando-se de especulações e hipóteses. Essa

meticulosa atitude do Tribunal, orientação que deve ser também adotada pelas instâncias inferiores, se justifica para coibir abusos na aplicação da teoria, evitando excessos e distorções na sua aplicabilidade. Entende-se, portanto, que apenas a partir da determinação precisa da chance perdida é que se pode compreender a extensão da responsabilidade do agente causador de dano frente à teoria em estudo.

7 CONCLUSÃO

Para atingir os objetivos elencados para esse estudo, se compreendeu por necessário perpassar inicialmente por conceitos gerais acerca da matéria da responsabilidade civil, abordagem realizada no capítulo 2 desta monografia, elencando os principais elementos que compõe a doutrina clássica do instituto. Em seguida, já no capítulo 3, foi examinado de que modo ocorre a aplicação da responsabilidade civil frente à atividade médica, concluindo, ao final, que a sua natureza é majoritariamente contratual, paralela à uma responsabilidade pessoal subjetiva que necessita da efetiva comprovação de culpa para o seu estabelecimento.

A posteriori, no capítulo 4, foram feitos breves apontamentos acerca do que viria a ser o “erro médico”, com uma análise pormenorizada do erro de diagnóstico, demonstrando as suas dificuldades de provimento no cenário jurisprudencial brasileiro ao perceber a dificuldade de estabelecer nexos causal e culpa do profissional, situação que, muitas vezes, é responsável pela instalação de uma verdadeira injustiça para com os enfermos que possuem uma justa demanda frente ao desleixo profissional experimentado.

Finalmente, no capítulo 5, inicia-se a abordagem da teoria que, dentro da hipótese de pesquisa construída, seria uma alternativa para sanar as situações de impunidade que a responsabilidade civil clássica possui dificuldade em contemplar. Para tanto, foi estudado a Teoria da Perda de uma chance em sua perspectiva geral, bem como de forma específica aplicada à seara médica. Foi evidenciado, nessa análise, que desde o REsp 1.254.141/PR, o STJ entende a “chance” de cura ou sobrevivência enquanto um dano autônomo, superando maiores discussões acerca do tema. Concluindo, portanto, que o mencionado Tribunal concebe a teoria em comento como ferramenta totalmente aplicável ao campo médico, desde que cumprindo os pressupostos que lhe são cabíveis.

No capítulo 6, por meio da análise do REsp 1.622.538/MS, busca-se compreender o acolhimento da teoria da perda de uma chance frente ao erro de diagnóstico. Nesse sentido, verificou-se que o Tribunal Superior se porta rigoroso no que tange o estabelecimento da “chance” tutelada, demonstrando a necessidade de estabelecê-la de forma séria e real, desvinculando-se de meras hipóteses e especulações. A ideia principal se porta no sentido de coibir abusos no arguir dessa

teoria, uma vez que a partir dela há uma relativa facilidade na atividade de demandar a responsabilidade civil do médico frente ao judiciário.

Conclui-se, ao final do estudo, que os conceitos básicos da responsabilidade civil clássica, bem como os delineamentos acerca da teoria de uma chance, são de suma importância para a compreensão final do objetivo geral da presente pesquisa. Ademais, ao se debruçar no universo que compreende a teoria da perda de uma chance na seara médica, pode-se avaliar a aplicação da mesma enquanto uma possível, porém árdua e exigente alternativa para requerer responsabilidade aos profissionais não diligentes, observando que sua arguição é aceita pelos tribunais pátrios, desde que cautelosamente observados os requisitos imperativos para a sua concessão que, muitas vezes, são difíceis de verificar na prática, dada a natureza da atividade médica e as particularidades que a compreende. Cabe elencar ainda que, percebeu-se durante as pesquisas realizadas que ainda são escassas as doutrinas brasileiras que versam sobre a temática no contexto brasileiro, sendo necessário, por vezes, recorrer ao direito comparado para a sua melhor compreensão. A sua aplicação é subordinada ao entendimento prolatado pelo STJ, especialmente o REsp 1.254.141/PR, ora analisando.

REFERÊNCIAS

- ANDREASSA, Bianca Maria de Souza Pires. **Natureza jurídica dos danos oriundos da chance perdida de cura ou sobrevida**. Revista de Direito e Medicina. vol. 8. ano 3. São Paulo: Ed. RT, jan.-abr. 2021. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000188d97a227513547200&docguid=le021bfd0968f11eb9466f4ceb9e1cbf4&hitguid=le021bfd0968f11eb9466f4ceb9e1cbf4&spos=1&epos=1&td=7&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2023
- BRASIL. **Lei n. 8.078/1990. 11 set. 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: 10 jun. 2023
- BRASIL. Lei nº 10.406/02, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.622.538/MS. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21 mar. 2017, p. 24 mar. 2017.
- BRITTO NETO, José Gomes de; ARAGÃO, Alisson Fontes de. **O erro médico e a teoria da perda de uma chance como modalidade autônoma de indenização**. Disponível em: [<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?%20cod=a15f9896c1b92e7a>]. Acesso em: 15 jun. 2023
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. Revista dos Tribunais, v. 922. Ano 2012, p. 139-171. ago. 2012.
- COELHO, Fábio. **Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-civil-obrigacoes-responsabilidade-civil/1327376929>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555598650. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FARIA, Anneliese Gobes. **A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO MÉDICO**. Revista de Direito e Medicina. vol. 6. ano 2020. São Paulo: Ed. RT, maio.-ago. 2020. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000188d9866b9b2bc199a5&docguid=lc234e7e0c58911eaae13cf7fd903eb6f&hitguid=lc234e7e0c58911eaae13cf7fd903eb6f&spos=15&e-pos=15&td=1340&context=143&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

FILHO, Sergio C. **Programa de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

FILHO, Sergio C. **Programa de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772766. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GUIMARÃES, Vynicius Pereira. **TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE: PARÂMETROS DE APLICAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. Revista de Direito Privado, vol. 101, p. 263-291, Set-Out/2019. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000188d97a227513547200&docguid=lc6382ab0d51511e99b8101000000000&hitguid=lc6382ab0d51511e99b8101000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 jun. 2023.

HOUAISS. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Responsabilidade Civil – Direito Fundamental à Saúde**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/responsabilidade-civil-direito-fundamental-a-saude/1343466161>. Acesso em: 15 jun. 2023

KÜHN, Maria Leonor de S. **Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente**. São Paulo: Editora Manole, 2002. E-book. ISBN 9788520442104. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520442104/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994228. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da
C. Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. *E-book*. ISBN 9788530972394. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

NETO, Miguel Kfourri. **Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência**. Revista de Direito e Medicina. vol. 1. ano 2019. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2019. Disponível em:
<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc600000188d9866b9b2bc199a5&docguid=l19bd49a054ff11e99a51010000000000&hitguid=l19bd49a054ff11e99a51010000000000&spos=5&epos=5&td=1340&context=143&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 jun. 2023.

NETO, Miguel Kfourri. **Graus da culpa e redução eqüitativa da indenização**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.94, n.839, p. 47-68, set. 2005. Disponível em:
<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/33992>. Acesso em: 25 maio. 2023.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/responsabilidade-civil-do-medico/1394829964>. Acesso em: 10 jun. 2023.

NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde** - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/debates-contemporaneos-em-direito-medico-e-da-saude-ed-2023/1804175589>. Acesso em: 15 maio 2023.

PORTO, Celmo C. **Semiologia Médica, 8ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788527734998. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527734998/>. Acesso em: 04 jun. 2023

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil, 8ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530986087. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*. ISBN 9788522475360. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*. ISBN 9788522475360. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 14 jun. 2023.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida P. **Direito Médico. (Coleção Método Essencial)**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645565. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645565/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 12 jun. 2023.