

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPÍ
BACHARELADO EM DIREITO

ANA CLARA NORONHA XIMENES
MARIA EDUARDA MENEZES MOURA
MARLY CAROLINE DA SILVA ALMEIDA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NOS ERROS DE
DIAGNÓSTICO:** uma análise da aplicação da jurisprudência atual na seara médica

TERESINA
2024

ANA CLARA NORONHA XIMENES
MARIA EDUARDA MENEZES MOURA
MARLY CAROLINE DA SILVA ALMEIDA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NOS ERROS DE
DIAGNÓSTICO:** uma análise da aplicação da jurisprudência atual na seara médica

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora do Centro
Universitário UNINOVAFAPI, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Cinthia Ayres Holanda

TERESINA

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

A447t Almeida, Marly Caroline da Silva.

A teoria da perda de uma chance de cura nos erros de diagnóstico : uma análise da aplicação da jurisprudência atual na seara médica. Marly Caroline da Silva Almeida ; Maria Eduarda Menezes Moura ; Ana Clara Noronha Ximenes. – Teresina: UNINOVAFAPI, 2024.

Orientador (a): Prof. Ma. Cinthia Ayres Holanda – UNINOVAFAPI, 2024.

29. p.; il. 23cm.

Trabalho (Graduação em Direito) – UNINOVAFAPI, Teresina, 2024.

1. Perda. 2. Chance. 3. Responsabilidade civil. Título. II. Almeida, Marly Caroline da Silva. III. Moura, Maria Eduarda Menezes. IV. Ximenes, Ana Clara Noronha.

Catálogo na publicação

Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028

ANA CLARA NORONHA XIMENES
MARIA EDUARDA MENEZES MOURA
MARLY CAROLINE DA SILVA ALMEIDA

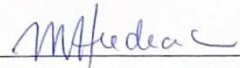
**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NOS ERROS DE
DIAGNÓSTICO: uma análise da aplicação da jurisprudência atual na seara médica**

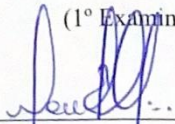
Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora do Centro
Universitário UNINOVAFAPI, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Data de Aprovação: 12 / 11 / 24

BANCA EXAMINADORA


Orientadora Prof.ª M.ª Cinthia Ayres Holanda
Centro Universitário UNINOVAFAPI
(Orientadora)


Prof.ª Dr.ª Marília Martins Soares de Andrade
Centro Universitário UNINOVAFAPI
(1º Examinador)


Prof.º Me. Marcelo Martins Eulálio
Centro Universitário UNINOVAFAPI
(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, expressamos nossa gratidão a Deus, pela força e sabedoria concedidas ao longo desta jornada.

Aos nossos pais, dirigimos nossos sinceros agradecimentos pelo apoio incondicional, amor e incentivo em todos os momentos. Vocês foram e sempre serão nossa maior fonte de inspiração.

Manifestamos também nossa profunda gratidão à Profa. Ma. Cinthia Ayres Holanda, nossa orientadora, por sua orientação, paciência e generosidade ao compartilhar conhecimento e experiência, elementos essenciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos colegas de curso, somos gratas pela amizade, pelas trocas de ideias e pelo suporte durante os períodos desafiadores. Cada um de vocês contribuiu para tornar esta trajetória mais leve e enriquecedora.

A todos, nossos mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a forma que as cortes superiores do Brasil abordaram a questão da falha médica quando relacionada a teoria da perda de uma chance. O ponto principal do presente estudo é: Quais as possibilidades e tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pelo TJ e pelo STJ, na atualidade? O objetivo geral da pesquisa é analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência brasileira em casos de falha médica. E especificamente, busca-se: verificar a atual aceitação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro; identificar os critérios utilizados pelos tribunais para aplicação da teoria, como a exigência de chance séria e real; avaliar como os tribunais determinam o valor da indenização, proporcional à probabilidade de obtenção do resultado esperado e analisar os desafios enfrentados na aplicação prática da teoria, como a dificuldade de estabelecer o nexo causal e mensurar as chances perdidas. No que tange ao percurso metodológico, trata-se de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa. A análise jurisprudencial da teoria da perda de uma chance de cura revelou a complexidade e a relevância dessa temática no campo do Direito da Saúde. A partir do estudo dos casos apresentados, ficou evidente que o reconhecimento da perda de uma chance de cura não apenas representa um avanço na proteção dos direitos dos pacientes, mas também instiga uma reflexão mais profunda sobre a responsabilidade dos profissionais de saúde.

Palavras Chaves: Perda. Chance. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present study has as its object the way that the higher courts of Brazil have addressed the issue of medical failure when related to the theory of loss of a chance. The main point of the present study is: What are the possibilities and trends of applicability of the theory of loss of a chance by the TJ and the STJ, today? The general objective of the research is to analyze the application of the theory of loss of a chance by Brazilian jurisprudence in cases of medical failure. And specifically, it seeks to: verify the current acceptance of the theory of loss of a chance in Brazilian law; identify the criteria used by the courts to apply the theory, such as the requirement of serious and real chance; evaluate how the courts determine the amount of compensation, proportional to the probability of obtaining the expected result and analyze the challenges faced in the practical application of the theory, such as the difficulty of establishing the causal link and measuring the lost chances. Regarding the methodological path, it is a bibliographic research of a qualitative nature. The jurisprudential analysis of the theory of the loss of a chance of cure revealed the complexity and relevance of this theme in the field of Health Law. From the study of the cases presented, it was evident that the recognition of the loss of a chance of cure not only represents an advance in the protection of patients' rights, but also instigates a deeper reflection on the responsibility of health professionals.

Key-words: Loss. Opportunity. Liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a forma que as Tribunais de Justiça do Brasil abordaram a questão da falha médica quando relacionada a teoria da perda de uma chance, uma vez que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem admitido a teoria da perda de uma chance como modalidade de responsabilidade civil. No entanto, a apreciação do erro médico deve ser cautelosa, especialmente quando os métodos científicos são sujeitos a dúvidas.

O ponto principal do presente estudo é: Quais as possibilidades e tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pelos Tribunais e pelo Superior Tribunal de Justiça, na atualidade?

Logo, essa questão possui várias vertentes até que se chegue a uma conclusão de tal estudo. As possibilidades e tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pelos Tribunais e pelo Superior Tribunal de Justiça podem variar de acordo com o entendimento jurisprudencial, os princípios legais e as peculiaridades de cada caso. No entanto, algumas tendências e possibilidades gerais podem ser observadas na atualidade.

O reconhecimento da teoria tem crescido em decisões judiciais sobre erro médico. Os tribunais buscam estabelecer critérios claros para sua aplicação, considerando fatores como a probabilidade de sucesso perdida e as circunstâncias de cada caso. Porém, há no entanto, também divergências entre os tribunais quanto à indenização e à comprovação da probabilidade perdida.

A pesquisa visa examinar a aceitação da teoria no direito brasileiro, os critérios para sua aplicação e os desafios na prática, como a dificuldade de estabelecer nexo causal. Assim, a importância do estudo reside em garantir compensação às vítimas de erro médico, mesmo na incerteza causal, promovendo uma abordagem mais justa.

No que tange ao percurso metodológico, trata-se de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, estando voltada para o lado social e tendo sua base estrutural no estudo de diversos doutrinadores. O método de abordagem foi o dedutivo, partindo a pesquisa de uma premissa geral para uma específica, até se chegar à análise do tema. O método jurídico de interpretação foi o sociológico, considerando o Direito como objeto e conteúdo da cultura.

Convém salientar a utilização no desenvolvimento das argumentações do método

dedutivo, através de uma pesquisa bibliográfica em livros, artigos e revistas científicas, tendo como aporte teórico dando ênfase a temática através dos aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais.

O presente estudo está disposto em cinco seções. A primeira constitui-se da introdução, que enfatiza o delineamento da pesquisa. Na segunda foi explanado responsabilidade civil por erro médico. Na terceira evidencia a teoria da perda de uma chance de cura. Na quarta a responsabilidade civil do médico pela aplicação da teoria da perda de uma chance no erro de diagnóstico médico e por fim as considerações finais.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Há divergência doutrinária quanto a natureza jurídica da responsabilidade civil do médico, alguns acreditam ser contratual e outros extracontratual. Com isso, faz-se necessário a definição da origem da responsabilidade civil, já que a reparação do dano causado pode advir tanto da violação de um contrato, quanto da violação de norma legal.

A maioria dos doutrinadores acredita que a responsabilidade do médico é contratual. No contrato existe norma jurídica que vincula as partes, de modo, que se o descumprimento da obrigação contratual gerar o dano, conseqüentemente haverá reparação do dano causado (Gangliano; Pamplona, 2022).

O entendimento de Irany Novah Moraes (2021), ensina que: "[...] muito é exigido do médico, mas, neste contexto, pouco é referido acerca de seus direitos. Até mesmo é esquecido o mais elementar direito de exercer com a liberdade a sua profissão". O Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09) é o diploma responsável por trazer à baila alguns dos direitos médicos, os quais veremos a seguir:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II- Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III- Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

[...]

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X - Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

É importante o estudo dos direitos deveres da conduta médica, visto que para analisar a responsabilidade do médico e seus atos é necessário levar em consideração seus deveres de conduta. Os deveres do médico destacados pelo referido autor, são: Dever de informação; Dever

de atualização; Dever de vigilância e de cuidados e Dever de abstenção de abuso. O Dever de informação “são todos os esclarecimentos na relação médico-paciente que se consideram como incondicionais e obrigatórios.” (França, 2014, p.45).

A Informação ao paciente está relacionada ao fato de o profissional prestar as devidas informações e esclarecimentos sobre suas condutas ou intervenções e ainda sobre os prováveis riscos de seu paciente e as consequências.

O Dever de atualização está relacionado ao fato de o médico buscar sempre o aprimoramento de sua profissão, adquirindo conhecimentos e práticas mais recentes de sua área, isso por meio de cursos, congressos dentre outros meios. Portanto, o profissional deve buscar, continuamente, acompanhar os avanços de sua profissão para que não tenha que prestar esclarecimentos se sua conduta está nos moldes das técnicas aceitas pela sociedade (França, 2014).

Já no que tange a responsabilidade civil do médico que atua como servidor público esta não é considerada contratual, mas sim extracontratual (ou aquiliana), pois ele não possui um contrato direto com o paciente. Nesse caso, o vínculo é com o Estado, e o atendimento ao paciente decorre de uma obrigação legal ou funcional, não de um contrato firmado entre as partes (médico e paciente).

Em situações de responsabilidade civil extracontratual, a obrigação do médico é com o serviço público, e ele responde civilmente em razão do dever de cuidado e da relação de confiança inerente ao exercício da profissão, conforme o estabelecido pelo Código Civil e pela Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, é o Estado quem responde diretamente por eventuais danos causados a pacientes, conforme o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, cabendo ação regressiva contra o servidor em caso de dolo ou culpa.

Em conclusão, os médicos têm deveres éticos que incluem evitar abusos, garantindo ao paciente o melhor tratamento possível. Se um médico exceder os limites da prática, configurando um desvio de poder, ele não poderá se eximir de responsabilidade em caso de dano.

Assim, após considerar a natureza da responsabilidade civil do médico, é importante discutir se essa responsabilidade é de meio ou de resultado.

2.2 Conceitos fundamentais de responsabilidade civil- elementos e tipos

A responsabilidade civil é um instituto consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo retratada pelo Código Civil de 2002 como o dever de indenizar ou compensar os danos sofridos pela vítima, como elucidado por Tartuce (2021). Para Theodoro Junior

(2020), a responsabilidade civil compreende a obrigação de indenizar decorrente da prática de um ilícito danoso, na esfera civil.

A responsabilidade civil, por sua vez, é a consequência legal decorrente da violação de um dever jurídico, ou seja, se ocorrer algum dano, aquele que o causou deve repará-lo. O instituto da responsabilidade civil proporciona proteção jurídica à vítima, garantindo que ela não suporte o prejuízo sozinha, sendo devidamente ressarcida. Além disso, assegura que o agressor não fique impune, obrigando-o a reparar o dano causado.

Os danos passíveis de reparação são aqueles de natureza jurídica, embora também possam envolver aspectos de natureza moral, religiosa, social, ética e outros. A responsabilidade civil é composta por duas ordens de deveres: a primeira, de natureza primária, que demanda do agente o cumprimento de um dever específico; e a segunda, de natureza secundária, que surge quando a agente falha em cumprir esse dever, resultando em danos ao patrimônio ou à pessoa, os quais devem ser reparados através de indenização pecuniária. (Nader, 2016).

Na responsabilidade civil, o indivíduo que cometeu o ato ilícito tem o dever de reparar o dano tanto patrimonial quanto moral causado, com o objetivo de restabelecer a situação anterior ao ocorrido (*status quo ante*). Se a restauração não for viável, essa obrigação é convertida em pagamento de indenização, quando é possível avaliar o dano em termos monetários, ou compensação, quando não é possível quantificar o prejuízo financeiramente (Gangliano; Pamplona Filho, 2022).

A responsabilidade civil é composta por quatro elementos fundamentais, conforme estabelecido no artigo 186 do Código Civil: Conduta, Dano, Nexo de Causalidade e Culpa/Dolo. A Conduta refere-se a um ato ou uma atitude humana, seja ela espontânea, omissiva ou comissiva, trata-se da ação ou omissão praticada pelo agente, contrária à lei (ato ilícito), que resulta em um dano (Cavalho, 2023).

Para Diniz (2020) a ação, como elemento essencial da responsabilidade, é o ato humano, seja comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente impelido pelo próprio agente ou por terceiros, ou ainda o resultado de ações de animais ou objetos inanimados, que resulta em dano a outra pessoa, criando assim a obrigação de reparar os direitos do prejudicado.

Por outro lado, o dano ou prejuízo refere-se à lesão a um interesse jurídico protegido por lei, ocasionada pelo ato ilícito praticado pelo agente, podendo manifestar-se tanto de forma material quanto imaterial ou moral, logo sem a presença do dano, não há espaço para a reparação. É fundamental que o dano seja concreto e efetivo, conforme Cavalieri Filho (2022).

O autor ressalta que o ato ilícito jamais se restringirá ao que os penalistas denominam de crime de mera conduta, sempre será um delito material, resultando em dano.

Uma indenização sem danos implicaria em enriquecimento ilícito para quem a recebe e penalidade para quem a paga, uma vez que o propósito da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela vítima e reintegrá-la ao estado anterior ao ato ilícito. Se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, não há motivo para ressarcimento. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano não é apenas o fato constitutivo, mas também o determinante do dever de indenizar.

O nexo de causalidade, por sua vez, refere-se à conexão de causa entre o ato ilícito e o dano. A reparação somente é cabível se o dano foi ocasionado pela conduta praticada pelo agente. Em outras palavras, é a ligação entre o ato lesivo e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Como menciona Stoco (2014), independentemente da teoria adotada, cabe ao juiz, na análise do caso concreto, ponderar as provas, interpretá-las em conjunto e determinar se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja prejudicial, e se existe um nexo causal entre o comportamento do agente e o dano observado.

Segundo Carvalho (2023) a culpa ou dolo refere-se à responsabilidade subjetiva, que investiga a intenção do agente causador, ou seja, se agiu deliberadamente para causar o dano (dolo) ou se agiu sem a intenção de causar o dano (culpa), mas sem observar os deveres gerais e legais de cautela (imprudência, imperícia ou negligência).

De acordo com a teoria subjetiva, a vítima deve comprovar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente, sendo o ônus da prova incumbido à vítima. Vale ressaltar que na responsabilidade objetiva, o agente é responsável independentemente da presença do elemento culpa ou dolo, de acordo com a teoria do risco.

Tal responsabilidade está condicionada à verificação de dolo ou culpa por parte do agente. O dever de indenizar surge em decorrência de um ato ilícito, seja doloso ou culposos, praticado pelo agente. O ato doloso ocorre quando o agente age intencionalmente buscando o resultado danoso, enquanto o ato culposos acontece quando o agente, sem buscar o resultado, age com imperícia, imprudência ou negligência (Carvalho, 2023). Portanto, além dos requisitos gerais da responsabilidade civil (ato ilícito, dano e nexo de causalidade), é necessário que esteja presente o dolo ou culpa.

2.3 Responsabilidade civil no contexto médico

Para a responsabilização do médico é preciso a comprovação de culpa *lato sensu*, sendo o erro médico a derivação da conduta culposa ou dolosa do médico. A princípio, cumpre destacar a distinção entre erro escusável e inescusável. Schaefer (2012, p.62) dispõe que:

[...] erro escusável é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria. Já o erro inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável.

Destaca-se, que o erro médico comporta o erro de diagnóstico, erro tratamento e erro cirúrgico, porém, cabe tecer explicações mais detalhadas a respeito do erro de diagnóstico. A princípio, é necessário entender o que vem a ser diagnóstico. Na definição de Kfoury (2019, p. 111): “o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia do paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado”.

Portanto, é necessário que o médico seja calmo e cauteloso na hora de diagnosticar seu paciente, uma vez que “a pressa e a desídia no atendimento ao paciente pode levar ao erro e, portanto, à responsabilização” (Schaefer, 2012, p.67). A autora supracitada, cita alguns exemplos de erro de diagnóstico, dentre eles: “a operação de cesariana realizada em gravidez psicológica; [...] diagnosticar de forma leviana ou inexata, quando os exames indicam claramente a existência de outra moléstia” (Schaefer, 2012, p.68).

Para determinar a responsabilidade civil médica, em casos de erro de diagnóstico, não é tarefa fácil, por se tratar de um campo muito técnico, de modo que dificulta a apreciação judicial. Por mais difícil que seja apreciar tal causa, cabe ao juiz examinar se o médico agiu com culpa na realização do diagnóstico, utilizando-se de todos os meios necessários para a investigação do mal. De modo que a inobservância dos cuidados necessários no diagnóstico, resultará na responsabilidade civil (Kfoury Neto, 2019).

No ordenamento jurídico para que o médico seja responsabilizado é indispensável a presença do elemento culpa. Sendo, portanto, subjetiva a responsabilidade do médico. Segundo entendimento do autor Kfoury Neto (2019, p.99):

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores de atribuição da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos – risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos na lei. A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência).

O Código Civil, art. 951 diz: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. Isto significa que é subjetiva a responsabilidade civil do médico prevista, devendo o médico previsto que ser responsabilizado caso durante o

exercício de sua atividade tenha agido com negligência, imprudência e imperícia, causando lesão, agravo do mal ou morte do paciente em questão.

O Código de Defesa do Consumidor também menciona no 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 [...]”, no qual o § 4º, que a responsabilidade do médico será verificada mediante culpa.

Segundo o disposto no Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/2009, a respeito da ação ou omissão do médico que ocasionar dano ao paciente. O art. 1º, do Capítulo III, dispõe: “É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

Portanto, a ênfase na responsabilidade pessoal do médico ressalta que cada profissional deve agir com ética e compromisso, uma vez que suas ações têm consequências diretas na vida e na saúde dos pacientes.

2.4 Caracterização do erro médico e suas consequências jurídicas

Destarte, percebe-se a necessidade do médico agir com o máximo de cuidado possível e cautela, observando os deveres inerentes a sua profissão, para que não incorra em responsabilização por eventuais danos causados aos seus pacientes.

Cabe mencionar que a responsabilidade do médico se distingue da responsabilidade dos hospitais. Como já visto, a responsabilidade pessoal do médico é subjetiva, precisando ser comprovada a culpa do médico para a responsabilização, diferente das Instituições Privadas. De modo que, a falha do hospital na prestação de um serviço, segundo o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, independe de comprovação de culpa (Venosa, 2019). O Código de Defesa do Consumidor tem como regra, nas relações de consumo, a responsabilidade objetiva, sendo que o § 4º da art. 14, trata-se de uma ressalva, reafirmando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, em que se encontram os médicos (Gagliano; Pamplona, 2022).

Ao entender que os hospitais são os prestadores de serviços, em caso de danos causados aos pacientes, esses também respondem objetivamente pelos danos, seja em função de serviços decorrentes de sua atividade como empresa ou ainda de serviços técnico-profissionais prestados por médicos contratados ou conveniados que neles atuam (Cavaliere, 2022).

É evidente que a relação entre o médico e o paciente, é uma relação de consumo, independentemente se o médico é contratado de maneira particular, empresa médica ou entidade hospitalar (Farias; Netto; Rosenvald, 2019). Para os autores existem dois grupos de danos que o paciente pode sofrer em hospitais. O primeiro está relacionado ao dano sofrido por erro médico, ou ainda por omissão e o segundo está relacionado ao dano sofrido em decorrência da estrutura hospitalar.

No primeiro caso, o dano estaria ligado a conduta médica. De modo que se o dano for em decorrência de uma conduta médica *stricto sensu* o hospital irá responder objetivamente, porém é preciso provar a culpa do médico, uma vez que a responsabilidade do médico é subjetiva. Portanto, o hospital responde solidariamente e objetivamente pelas ações ou omissões dos médicos que nele trabalham, com a ressalva de que precisa ser comprovada a culpa do médico. No segundo caso, trata-se da própria estrutura dos hospitais, o autor exemplifica que medicamentos fora da validade, a falta de equipamentos ou equipamentos danificados, más condições de higiene, entre outras situações, são danos que o hospital responde objetivamente (Farias; Netto; Rosenvald, 2019).

Dessa forma, é crucial que tanto médicos quanto hospitais estejam cientes de suas responsabilidades legais e éticas.

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO SERVIÇO MÉDICO

3.1 Origem e evolução da teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance surgiu no século XIX, na França. O caso mais antigo da aplicação da teoria se deu em 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial, de modo que utilizou de todos os meios dentro do normal procedimento (Silva, 2013).

A aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro demorou a acontecer, já que alguns doutrinadores não aceitavam tal teoria, porém, atualmente a teoria está tomando maior proporção, frente a grande quantidade de demandas que surgem (Silva, 2013). Ainda, temos doutrinadores que preferem não tratar da teoria da perda de uma chance, isso porque a consideram incerta, sendo difícil de comprovar que a conduta do médico ocasionou o dano, por isso, o atraso no aprofundamento dos estudos no Brasil.

Para se chegar as características da teoria da perda de uma chance, faz-se necessário conceituar a chance, segundo o entendimento de Silva (2013):

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato

imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza (Silva, 2013, p.13).

Existe algumas diferenças entre a responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil clássica. Por exemplo, a primeira busca reparação da chance perdida, já a segunda busca a reparação do dano. Por isso, a teoria da perda de uma chance dispensa a *conditio sine qua non* da conduta do agente, já que se busca a indenização da chance perdida e não do dano, inexistindo “condição sem a qual” não teria ocorrido o dano (Silva, 2013).

Outra diferença a ser destacada é a questão do nexo de causalidade, elemento indispensável na responsabilidade civil clássica, porém pode ser flexibilizado na responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance.

Para a aplicação da teoria da perda de uma chance é necessário respeitar tanto os requisitos previstos na responsabilidade civil, conduta, culpa, nexo de causalidade e dano, quanto seus próprios pressupostos, a chance séria e real. Kfoury Neto (2019, p. 85) afirma ser “necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado”. Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar um prejuízo que veio acontecer (Noronha, 2013).

Assim, ao reconhecer a importância das chances perdidas, o ordenamento jurídico brasileiro dá um passo significativo em direção à proteção dos direitos dos indivíduos, promovendo uma compreensão mais abrangente da responsabilidade civil e seus efeitos na vida dos indivíduos.

3.2 Aplicação da teoria na jurisprudência brasileira

A responsabilidade civil depreende alguns elementos para sua configuração, quais sejam, conduta, culpa, nexo de causalidade e danos. Dessa forma, percebe-se a grande dificuldade em comprovar o nexo de causalidade, mais, ainda, na seara médica, podendo ocorrer o dano tanto da conduta culposa do médico quanto da possível evolução da doença do paciente.

A previsão no Código de Defesa do Consumidor é que a responsabilidade civil do médico será subjetiva, como já mencionado, necessitando da comprovação de culpa *lato sensu*. Sabe-se que na seara médica é difícil a comprovação de que a conduta do médico ocasionou o dano ao paciente. Diante da dificuldade de reparação do dano ocasionado pela conduta do médico, faz-se necessário a utilização da teoria da perda de uma chance. Os estudos a respeito dessa teoria, afirmam que a vítima tem direito de uma indenização pela chance perdida, seja de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Destarte, em casos em que for dificultoso comprovar o nexo causal que liga a conduta culposa do médico ao dano suportado pelo paciente, surge, com isso, a possibilidade de indenização pela chance perdida.

3.3 Critérios e condições para sua aplicação, com ênfase em casos médicos

Ao profissional médico incumbe a realização do tratamento observando todas as condições éticas, utilizando todos os meios disponíveis para alcançar a cura do paciente. Conforme ressalta Thomaz Júnior (2024), o médico tem a obrigação de exercer a medicina visando elevar e dignificar a vida humana, respeitando os valores éticos, morais, religiosos, costumes e princípios fundamentais da humanidade, especialmente o direito indisponível do homem a vida como um bem maior.

No entanto, as atividades dos profissionais de saúde são frequentemente suscetíveis a danos morais e materiais, violando os direitos da personalidade ou patrimoniais dos pacientes (Nader, 2016). Em situações onde ocorre dano causado pelo médico, decorrente de atos extracontratuais inerentes à atividade médica, como ausência de socorro, atestados falsos ou informações equivocadas, verifica-se a responsabilidade civil do médico (Tepedino, Terra e Guedes, 2022).

Afirma-se que a responsabilidade do médico (assim como a responsabilidade de todos os profissionais liberais de forma geral) é de natureza subjetiva, o que significa que é necessário comprovar a intenção de causar dano ou a conduta negligente, imprudente ou imperita do agente (em resumo, a culpa *lato sensu* do agente) para que surja o dever de indenizar.

Assim, a violação aos deveres médicos legais dispostos, sobretudo, no Código de Ética Médica, resulta na responsabilização civil do agente, ou seja, do profissional médico que praticou determinada conduta. Conforme observado por Stoco (2014), a responsabilidade surge da inobservância de determinado dever, exigindo a imposição de sanções para o agente que descumpriu a ordem. Neste cenário, insere-se a responsabilização civil, visando

restabelecer o equilíbrio moral ou econômico que a vítima sofreu em decorrência do dano que lhe foi causado.

Na verdade, dada a própria natureza da atividade, a responsabilidade do médico parece inseparável do conceito de culpa. No entanto, embora a doutrina rejeite a responsabilidade sem culpa, na prática jurisprudencial, não é incomum observar a aplicação de uma verdadeira responsabilidade objetiva em algumas situações em que se considera que o médico tem a obrigação de alcançar um resultado específico.

De fato, embora sejam conceitos completamente diferentes (um relacionado à identificação do próprio dano, isto é, à verificação ou não do inadimplemento, e outro associado ao fundamento da imputação de responsabilidade ao agente), a obrigação de resultados tem sido aplicada como uma forma de responsabilidade sem culpa, e não como simples inversão do ônus probatório.

Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça, apenas em 2017, foram registrados 27 mil novos processos relacionados a erros médicos, resultando em mais de 70 novos casos por dia no Brasil. De acordo com o Anuário de Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil, divulgado pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), em 2017, foram registradas 54.076 mortes devido à má conduta profissional (Caligari, 2018).

Segundo os dados do documento, a cada hora, seis pessoas são vítimas de eventos adversos causados por erro de diagnóstico ou negligência médica no Brasil. Além disso, dados do Superior Tribunal de Justiça revelam que, de acordo com uma pesquisa realizada em 2020, o número de ações por erro médico triplicou nos últimos anos.

Uma das teorias fundamentais na responsabilidade dos profissionais de saúde é que sua obrigação é de "meios", não de "resultados". Isso significa que eles não estão obrigados a garantir a cura do paciente, mas sim a utilizar os melhores métodos disponíveis para proporcionar uma chance razoável de recuperação. Nesse contexto, a responsabilidade do médico surge quando é comprovada uma das formas de negligência, imprudência ou imperícia, especialmente em casos de erros grosseiros que resultam em sequelas ou danos significativos ao paciente.

3.4 Aceitação da teoria pela doutrina e tribunais no Brasil

Importa, também, definir se a responsabilidade civil do médico é de meio ou de resultado. Na obrigação de meio o profissional buscará utilizar seu conhecimento e técnica para alcançar o resultado pretendido. Já na obrigação de resultado o profissional assume o

cumprimento do resultado pactuado, estando obrigado a entregar ou conseguir o resultado acertado (Rizzardo, 2019). Reforçando o que foi dito, Aguiar Jr. (2015) afirma que que:

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios. A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será de garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). [...] Na obrigação de meios, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato (Aguiar Júnior, 2015, p. 511).

O exemplo de obrigação de meio é a prestação de um serviço médico, surgindo um contrato entre médico e paciente, “não comporta o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina” (Diniz, 2020). Em regra, a responsabilidade civil do médico é de meio, porém a casos que a obrigação será de resultado. Como exemplo, tem-se os casos de cirurgias estéticas rejuvenescedoras e anestесias (Schaefer, 2012).

Assim, a obrigação por erro no diagnóstico, foco do presente trabalho, será de obrigação de meio, visto que o médico não está obrigado a curar o paciente, e sim de utilizar os meios adequados para alcançar o resultado esperado.

A responsabilidade médica é um tema complexo, que envolve aspectos éticos, legais e técnicos. No Brasil, a responsabilidade dos médicos é, em geral, considerada uma responsabilidade civil, que pode ser subjetiva ou objetiva, dependendo das circunstâncias do caso, conforme exposto acima.

Logo, os médicos têm a obrigação de informar adequadamente os pacientes sobre os riscos e benefícios dos tratamentos, o que impacta diretamente na responsabilização em casos de insucesso ou complicações, bem como, o não cumprimento dessa obrigação pode levar à responsabilização, especialmente se o paciente não foi adequadamente informado e consentiu sem entender os riscos envolvidos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se posicionado em diversas decisões sobre a responsabilidade médica, ressaltando. De início tem-se a necessidade de provas, ou seja, para a configuração da responsabilidade civil, é fundamental que se prove a culpa do médico, seja pela falta de cuidado (dolo ou culpa) ou pelo não cumprimento da obrigação.

Ademais, encontra-se a Teoria do Causalismo, pois o Superior Tribunal de Justiça também enfatiza a importância da relação de causalidade entre a conduta do médico e o dano

sofrido pelo paciente. O médico não pode ser responsabilizado se o resultado negativo não for diretamente ligado à sua atuação.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça leciona ainda, o cuidado com a judicialização, uma vez que o tribunal tem alertado para os riscos da judicialização excessiva da medicina, defendendo que a atividade médica deve ser analisada com critérios técnicos e não meramente legais. Em resumo, a obrigação na responsabilidade médica é um elemento central que influencia a análise dos casos de litígios na área da saúde, e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça reflete a necessidade de um equilíbrio entre o dever do médico e a proteção dos direitos dos pacientes.

3.5 Exigência de uma chance séria e real para aplicação da teoria

Como para haver comprovação da culpa do médico é necessário uma série de provas, a responsabilidade inerente ao profissional é subjetiva, e se dá quando um médico, no exercício de sua função, ocasiona dano ou prejuízo ao paciente por conta de ações omissas, ou seja, é necessário que haja prova da culpa por negligência, imperícia ou imprudência pelo profissional. Tal responsabilidade encontra fundamento legal na norma do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor (lei n.º 8.078/90), que assim dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Em casos de cirurgias com intuitos estéticos, ou seja, onde o objetivo do paciente é melhorar a aparência ou corrigir algo que considere imperfeito, compreende-se como doutrina, que o médico assumirá a obrigação de resultado esperado, uma vez que se compromete a proporcionar o resultado pretendido. Nestas hipóteses, inverte-se o ônus da prova quanto à culpa; entretanto, a responsabilidade do médico continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida (Portilho; Costa, 2018).

No meio médico, tema da presente pesquisa, a perda de uma chance pode ser entendida como o erro de diagnóstico ou pelo tratamento inadequado aplicado ao paciente, o que, consequentemente, causa danos ou prejuízos à saúde do paciente, e até mesmo a morte, em casos isolados. Entretanto, importante ressaltar que são visíveis as incertezas que imperam na área médica, motivo pelo qual deverá ser comprovada a culpa do profissional. Para Nunes, tal profissão é baseada na confiança que a sociedade deposita em determinado profissional, pelo seu estudo, técnica, conhecimentos e experiência, e é diante da quebra dessa confiança, que deve ser imputada a responsabilidade ao mesmo. Nas palavras do autor:

[...] a legítima expectativa do cliente, no entanto, é de que o médico, profissional perito em seu ofício, adote todas as condutas-padrão que lhe ofereçam as melhores condições de segurança, conforme o estado da arte e as condições fáticas do

atendimento (Portilho; Costa, 2018, p.12).

A ideia de proteção à vítima é tida com a aplicação da teoria da perda de uma chance no meio médico, pois oferece a amenização do dano causado pelo profissional, tendo em vista que o médico é e deve ser o responsável pelo tratamento correto, a fim de diminuir ao máximo o agravamento do caso.

Dessa maneira, a comprovação da culpa é imprescindível a comprovação para que haja a responsabilidade civil do médico, tendo como consequência a não ocorrência do processo judicial, caso não haja as provas suficientes para a conclusão do caso. O dever do profissional de informar os riscos e todas as informações necessárias é prevista no Código de Defesa do Consumidor, e, também, na resolução CFM 1,931 do artigo 34 (17 de set. de 2009) do Código de Ética Médica.

Também é dever de todo profissional disponibilizar informações acerca do serviço prestado, tornando-as claras para o consumidor. A perda de uma chance, em casos onde há erro de diagnóstico, é responsabilidade civil do médico e para que haja a responsabilização, de fato, é preciso que seja obedecido tanto os pressupostos da responsabilidade, quanto os da teoria referida.

A aplicação da teoria é importante para que a parte não fique sem reparação do prejuízo. De modo que o paciente que perdeu sua chance de sobrevivência que adveio pelo erro no diagnóstico cometido, seja indenizado, segundo o percentual de chance perdida. A aplicação da teoria é para respaldar que a vítima que perdeu sua chance de cura ou sobrevivência poderá ser indenizada, se presente os requisitos já mencionados, flexibilizando, assim, o nexo de causalidade, por meio da causalidade parcial.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

4.1 Aplicação prática da teoria em casos de erro diagnóstico

Nos tribunais brasileiros, como no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a aplicação dessa teoria foi decisiva para condenar o médico e o plano de saúde por erro no diagnóstico. O caso demonstra que o erro do diagnóstico fechado pelo médico comprometeu consideravelmente as chances de cura da vítima, pois esta só teve acesso ao tratamento correto tardiamente. Esta decisão revela diversos pontos importantes sobre a responsabilidade civil em casos de erro de diagnóstico médico e a fixação de indenizações por danos morais, vejamos:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - APELAÇÃO: APL 0011918-92.2020.8.19.0002 202300106444 APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO DAS PARTES. RÉUS QUE AFIRMAM NÃO TER EXISTIDO ERRO NA CONDUÇÃO DO TRATAMENTO. RECURSO DOS AUTORES PRETENDENDO A MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA POR DANO MORAL. LAUDO PERICIAL CONCLUIU QUE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO MÉDICO NÃO FOI O ADEQUADO. ERRO MÉDICO CARACTERIZADO. NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO ENTRE O ERRO DE DIAGNÓSTICO E A PERDA DA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA DO PACIENTE. SENTENÇA QUE CONDENOU OS RÉUS, DE FORMA SOLIDÁRIA, A PAGAR A CADA UM DOS AUTORES O VALOR DE R\$ 50.000,00, A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 343 DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DANO MORAL IN RE IPSA. SENTENÇA QUE MERECE REPARO PARA MAJORAR O QUANTUM ARBITRADO PARA R\$ 100.000,00 PARA CADA AUTOR, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, BEM COMO AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DOS RÉUS E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES.

Neste caso, os autores são companheiro e filho da vítima e alegaram ter sofrido danos devido a um erro de diagnóstico por parte dos réus, pois o 2º réu, um médico ortopedista credenciado, fechou o diagnóstico da vítima como “Cisto de Baker com sinais de extravasamento”. Entretanto, não houve melhora com o tratamento indicado pelo médico, e foi realizada uma artroscopia, que não resolveu o problema. Mesmo com a piora, o médico insistiu no diagnóstico e tratamento já adotados, o que levou os autores a procurarem outro médico que constatou, após uma ressonância magnética e uma biópsia, que não se tratava de um mero cisto, mas de um Sarcoma Sinovial, um tumor maligno que se origina em tecidos moles. Em razão do diagnóstico errado, a vítima iniciou os tratamentos adequados tardiamente, o que diminuiu drasticamente suas chances de cura, e faleceu em decorrência do avanço do câncer no seu organismo.

O laudo pericial constatou que o procedimento realizado não foi o adequado, caracterizando o erro médico e estabelecendo um nexo de causalidade entre esse erro e a perda da chance de cura ou de sobrevivência do paciente. O laudo pericial foi crucial para a decisão, pois comprovou a inadequação do tratamento. Isso reforça a importância da prova pericial em casos de responsabilidade médica, onde a avaliação técnica é essencial para determinar a conduta do médico. Além disso, o tribunal reconheceu a relação direta entre o erro diagnóstico e a perda da chance de cura, um conceito que é frequentemente utilizado em casos de responsabilidade médica, conforme exposto ao decorrer do presente artigo. Essa conexão é fundamental para que haja a responsabilização. A decisão também aborda o conceito de dano moral "in re ipsa", que significa que o dano é autoevidente e não necessita de provas adicionais. A dor e o sofrimento causados pela perda de uma chance de cura são considerados danos morais que justificam a

indenização. A sentença original fixou ainda a indenização em R\$ 50.000,00, mas o tribunal considerou que este valor deveria ser majorado para R\$ 100.000,00, em função dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Essa mudança reflete uma tendência de reconhecimento do impacto emocional e psicológico que erros médicos podem ter sobre os pacientes e suas famílias. Acerca da solidariedade na responsabilidade a condenação solidária dos réus implica que todos são igualmente responsáveis pela reparação do dano, o que é uma prática comum em casos de responsabilidade médica quando mais de um profissional ou instituição está envolvido.

Assim, a decisão do Tribunal de Justiça do RJ exposta acima reafirma princípios importantes na responsabilidade civil médica, como a necessidade de comprovação de erro e a conexão entre a conduta inadequada e o dano sofrido pelo paciente. A majoração da indenização por danos morais também evidencia uma crescente sensibilidade dos tribunais em reconhecer o sofrimento decorrente de erros médicos, alinhando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Essa jurisprudência pode servir como um precedente importante para futuros casos semelhantes, enfatizando a proteção dos direitos dos pacientes e a responsabilidade dos profissionais de saúde

4.2 Análise jurisprudencial sobre a perda de uma chance em casos médicos

Ao realizar uma pesquisa jurisprudencial abrangente nos Tribunais Nacionais, por meio da plataforma digital JusBrasil, com o objetivo de analisar a aplicação do direito em relação à teoria da perda de uma chance nos casos concretos, foram considerados acórdãos do período de 2019 a 2024, bem como precedentes relevantes. Os critérios de inclusão compreenderam acórdãos publicados entre os anos de 2019 a 2024, oriundos dos Tribunais de Justiça Estaduais, cujo teor abordasse a Teoria da Perda de uma Chance de Cura em casos de erro de diagnóstico. Foram excluídos dos resultados, após aplicação dos filtros disponíveis no sítio eletrônico Jusbrasil, os acórdãos que não possuíam relação com o tema central, cujos conteúdos não abordavam a Teoria estudada, bem como as decisões que tratavam de outros tipos de erro médico que não o erro de diagnóstico.

A pesquisa teve o propósito de entender as interpretações e tendências atuais da jurisprudência, considerando a quantidade de processos analisados e os resultados obtidos. Ao total, foram analisados 58 processos, distribuídos entre os tribunais conforme a seguinte quantidade de decisões encontradas:

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP): 14 processos;

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ): 15 processos;

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS): 8 processos;
Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR): 3 processos;
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT): 10 processos;
Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC): 3 processos;
Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR): 1 processo;
Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM): 1 processo.

Dentre os resultados analisados, observa-se que a quantidade de processos procedentes no que concerne à aplicabilidade da teoria supera o total de processos improcedentes, totalizando 47 casos de procedência, enquanto o total de decisões pela improcedência da teoria é de 11.

A análise dos 58 processos revelou que a teoria da perda de uma chance foi amplamente aceita, com 47 casos em que a aplicação da teoria resultou em decisão favorável ao autor. Esse cenário demonstra uma tendência favorável dos tribunais em reconhecer a validade da teoria nos casos em que se comprova a possibilidade de obtenção de um resultado favorável que foi perdido devido à conduta de terceiros.

Por outro lado, 11 processos foram julgados improcedentes. As razões para a improcedência variam e podem incluir a falta de comprovação da chance perdida ou a inadequação da teoria aos casos específicos, dependendo das particularidades de cada caso concreto.

As informações coletadas sugerem que a teoria da perda de uma chance tem encontrado espaço nas decisões dos tribunais, refletindo uma evolução na forma como os juízes interpretam e aplicam o direito.

Dessa forma, conforme exposto ao longo do presente artigo, a aplicação dessa teoria é particularmente relevante em casos que envolvem responsabilidade civil, em que a comprovação da possibilidade de um resultado positivo perdido é essencial.

Além da análise jurisprudencial realizada pelos Tribunais, a base do presente artigo trata principalmente do entendimento e da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance perante o Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a teoria da perda de uma chance, que se aplica quando o agente frustra a vítima de uma oportunidade de ganho. Com isso, as jurisprudências citadas ressaltam que, apesar de incertezas, a possibilidade de indenização pela chance perdida é plenamente válida, desde que a chance seja reconhecida como um bem autônomo.

Abaixo um exemplo crucial de entendimento do Superior Tribunal de Justiça da teoria abordada:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a) Relator (a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

O acórdão em análise aborda a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance em um caso de erro médico, especificamente relacionado ao tratamento inadequado de um paciente com câncer que resultou em óbito. A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) destaca a complexidade da responsabilidade civil em casos em que a incerteza não reside no dano experimentado, mas sim na contribuição do médico para o resultado fatal. Além disso, o acórdão reflete a necessidade de uma abordagem cautelosa na aplicação da teoria, onde a indenização deve ser calculada de forma proporcional ao prejuízo final sofrido pela vítima, consoante jurisprudência REsp 1.254.141-PR também abordada no presente artigo, a qual estabelece a fixação da indenização pela perda de uma chance.

Logo, essa abordagem torna-se intrinsecamente essencial para evitar que a indenização pela chance perdida alcance o valor total do bem (neste caso, a vida ou a cura do paciente), o que seria desproporcional e inadequado.

A decisão em questão marca um passo significativo na forma como o direito brasileiro lida com erros médicos e a responsabilidade civil. O reconhecimento da chance como um bem

autônomo sugere uma evolução no entendimento jurídico, alinhando-se a práticas adotadas em outras jurisdições, como a americana. Isso pode levar a uma maior proteção dos direitos dos pacientes e um incentivo para que os médicos e instituições de saúde adotem práticas mais diligentes.

Assim, o acórdão em apreço, ao admitir a possibilidade de indenização pela perda de uma chance em casos de erro médico, estabelece um precedente importante na responsabilidade civil. A decisão enfatiza a necessidade de avaliar a contribuição do agente para o resultado danoso, promovendo uma análise mais justa e equilibrada das circunstâncias que envolvem a saúde do paciente. A redução proporcional da indenização, conforme previsto, reflete uma tentativa de compensar a vítima de forma adequada, sem desconsiderar as complexidades do dano e da responsabilidade.

Essa jurisprudência, portanto, pode influenciar futuros casos e promover um debate mais profundo sobre a responsabilidade civil no âmbito da medicina, buscando sempre a justiça para as partes envolvidas.

4.3 Determinação do valor da indenização proporcional à chance perdida

Importa destacar que não basta que a chance seja séria e real é preciso que se faça a quantificação das chances. De modo que “a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima” (Silva, 2013, p. 143). Portanto, não se trata de uma reparação integral da chance perdida, pois não se repara o dano final e sim a chance (Silva, 2013). A principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento do *quantum* indenizatório.

Por sua vez, Kfoury Neto (2019) define os parâmetros para fixação do *quantum* da indenização decorrente da perda de uma chance na seara médica:

Na estipulação do *quantum*, deve ser levada em conta a probabilidade de qual sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada da vítima, ou seja, ‘o juiz apreciará, então, não o valor global dos ganhos ou perdas, mas a proporção deste valor que em concreto representa a frustração da chance, que é atribuível ao agente segundo as circunstâncias do caso’ (Kfoury Neto, 2019, p.67).

Assim, temos que o *quantum* indenizatório deverá corresponder a uma estimativa, não a totalidade do valor máximo que se deixou de auferir, conquanto o que se repara, nesta teoria, é a perda da chance tolhida, não um valor específico.

A regra fundamental a ser obedecida na teoria da perda de uma chance é de que a reparação da chance tolhida deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima (Silva, 2017).

A quantificação do dano recebido pela vítima, deverá ser feita de maneira equitativa

pelo juiz responsável pelo caso, que deverá partir do dano, incidindo sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Assim, para fixação do *quantum* indenizatório, o juiz deverá partir do valor do resultado útil esperado e sobre este fazer incidir o percentual de chances que a vítima possuía antes do ato do ofensor.

4.4 Desafios e dificuldades práticas, como a prova do nexo causal e mensuração das chances perdidas

A natureza jurídica da responsabilidade civil, no que diz respeito a Teoria da perda de uma chance (nos casos em que o médico erra o diagnóstico), é uma questão bastante discutida, uma vez que o dano e o nexo de causalidade são elementos fundamentais e controvertidos nessa teoria.

Por isso, é necessário que haja análise de aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico, nos casos em que ocorre erro no diagnóstico do paciente, como causalidade parcial, que flexibiliza o nexo causal.

É necessário que se entenda a existência de duas situações para a aplicação da teoria citada. Em primeiro, os casos onde o processo aleatório chega ao final e, em segundo, os casos onde o processo aleatório é interrompido antes de chegar ao final, sendo que a flexibilização do nexo causal no primeiro caso, ocorre por meio da aplicação da causalidade parcial. Segundo entendimento de Kfoury Neto (2019, p.107), “a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo”.

Com isso, faz-se parecer mais ideal o modelo da doutrina francesa de entendimento, o qual é defendido por Jacques Bore e John Makdisi, que afirma que os casos de responsabilidade civil na área médica, ocorre por meio da causalidade parcial (Silva, 2013).

Finaliza-se que, para que se busque a aplicação da referida teoria na responsabilização do médico, em casos de erros de diagnósticos, é imprescindível que haja flexibilização do nexo causal, uma vez que o processo aleatório, ocasionou o dano final. Assim, com a aplicação da teoria, há melhores oportunidades de reparo da chance perdida pela vítima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão do trabalho destaca a importância da responsabilidade civil no contexto médico, especialmente à luz da teoria da perda de uma chance, bem como ressalta a relevância da aplicação da teoria da perda de uma chance no contexto jurídico, especialmente à luz das jurisprudências analisadas.

A análise jurisprudencial revela que a aplicação dessa teoria não apenas avança na proteção dos direitos dos pacientes, mas também provoca uma reflexão crítica sobre a responsabilidade dos profissionais de saúde. Observou-se também que a aceitação crescente dessa teoria pelos tribunais reflete um avanço significativo na proteção dos direitos dos pacientes, permitindo que sejam compensados não apenas pela perda de um resultado final, mas também pela frustração de expectativas legítimas.

Além disso, a análise das decisões judiciais evidencia a necessidade de critérios mais claros e uniformes na aplicação da teoria, visando aumentar a previsibilidade e a segurança jurídica nas relações entre pacientes e profissionais de saúde. A consolidação desses critérios pode incentivar uma prática médica mais responsável e diligente, promovendo um sistema de justiça mais humanizado.

Os tribunais têm mostrado uma tendência crescente em reconhecer a perda de uma chance como um bem jurídico a ser protegido, permitindo que os pacientes sejam compensados não apenas pelo resultado final, mas também pela expectativa legítima de cura.

Entretanto, a falta de uniformidade nas decisões judiciais ainda representa um desafio significativo. A necessidade de critérios objetivos para a aplicação da teoria é evidente e pode contribuir para maior segurança jurídica nas relações entre pacientes e médicos. O fortalecimento dessa teoria é crucial, pois não apenas assegura reparação pelos danos sofridos, mas também incentiva melhorias na qualidade dos serviços de saúde, promovendo um sistema mais justo e humanizado.

Assim, o estudo da responsabilidade civil e da teoria da perda de uma chance se mostra fundamental para o desenvolvimento do Direito da Saúde e para a proteção efetiva dos direitos dos pacientes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**, São Paulo, V, n. 17, p.507-540, 2015.

ALVIM, M. Com três ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros. **BBC News Brasil**. São Paulo, 19 de set. de 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/amp/brasil-45492337>>. Acesso em: 02 de jul. de 2020

BRUNO, Gabriela Cruvinel; SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel. Teoria da perda de uma chance: possibilidades de aplicação (ou não) aos casos de erro médico. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v. 8, n. 1, 2023.

CALIGARI, R. **Erro médico causa seis mortes por hora no Brasil**. 2018 Disponível em: <<https://pebmed.com.br/author/roberto-caligari/page/26/>>. Acesso em: 27 mar. 2024.

CARVALHO, Gabriel Elias Callado de. **Responsabilidade civil médica**. 2023. <https://dspace.mackenzie.br/items/a5221e82-bf52-43ae-a0a6-37ab0cc1aeb2>

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

EUFRÁSIO, J. Polícia apura se erro médico levou a morte de paciente com COVID-19. **Correio Braziliense**. Brasília, DF, 12 de jun. de 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/06/12/interna_cidadesdf,863350/policia-apura-se-houve-erro-medico-em-morte-de-paciente-com-covid-19.shtml. Acesso em: 02 de jul. de 2024

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Responsabilidade civil**. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo, Saraiva jur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. Volume 4. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Irany Novah **Erro médico e a justiça**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, Vol. 3: Contratos. 8^a edição revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES, S. **A eventual Responsabilidade Civil do "Dr. Bumbum"**. JUSBRASIL, 2018. Disponível em: <<https://sergiopontes.jusbrasil.com.br/artigos/603296388/a-eventual-responsabilidade-civil-do-dr-bumbum>> Acesso em: 03 de jul. de 2024

PORTILHO, S. A. A; COSTA, N. C. S. A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda da chance. **Jus Navigandi**, maio de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-da-chance>>. Acesso em: 03 de jul. de 2024

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2019.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do Médico & Erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed.. São Paulo, Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. - 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O erro médico e a responsabilidade civil**. 2020. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/erro-medico-responsabilidade-civil/>

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli Thomaz. Responsabilidade civil do médico. **Revista Jurídica**, v. 4, 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ANEXO**DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA**

Eu, Lauriene Maria da Silva Cunha, graduado(a) em Língua Portuguesa pela Universidade Estadual do Piauí, declaro para o Centro Universitário UNINOVAFAPI que revisei o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado **(A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NOS ERROS DE DIAGNÓSTICO: uma análise da aplicação da jurisprudência atual na seara médica)**, das alunas Ana Clara Noronha Ximenes, Maria Eduarda Menezes Moura, Marly Caroline da Silva Almeida. Declaro ainda que o presente trabalho encontra-se de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

Teresina, 18 de 11 de 2024.

Lauriene Maria da Silva Cunha / 615.546.183-04

Nome completo e Registro do Conselho Letras ou Português/ ou
CPF/RG