

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO ERRO DE DIAGNÓSTICO

Sabrine Martins Rodrigues¹

Roberto Lins Marques²

RESUMO

O propósito do presente estudo é analisar a possível aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico de diagnóstico. Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas concernentes ao tema e análises jurisprudenciais, sendo apresentados aspectos pertinentes à aplicação da referida teoria no Direito brasileiro, bem como os parâmetros para a responsabilização civil médica e breve noção do conceito de erro de diagnóstico. Concluiu-se que, embora haja excessivo rigor na análise dos critérios para sua caracterização, há certo consenso entre a literatura e jurisprudência, que entendem ser cabível a aplicação da referida teoria nos casos provenientes de erro de diagnóstico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Erro de Diagnóstico. Perda de uma Chance.

MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY: FEASIBILITY OF APPLYING THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE TO THE DIAGNOSTIC ERROR

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the possible application of the theory of losing a chance to the medical diagnostic error. To this end, bibliographic researches were carried out concerning the theme and jurisprudential analyzes, presenting aspects pertinent to the application of that theory in Brazilian law, as well as the parameters for medical civil liability and a brief notion of the concept of diagnostic error. It was concluded that, although there is excessive rigor in the analysis of the criteria for its characterization, there is a certain consensus between the literature and jurisprudence, which believe that the application of this theory in cases arising from diagnostic errors is appropriate.

Key words: Civil responsibility. Doctor. Diagnostic Error. Loss of a Chance.

¹ Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. *E-mail:* sabrine7lagoas@gmail.com.

² Advogado, Especialista em Inovações do Direito Civil, Especialista em Direito do Consumidor, Mestre em Educação, Professor-orientador da Universidade de Uberaba. *E-mail:* roberto.marques@uniube.br

1 INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance, de origem francesa, apesar de não positivada pela legislação brasileira, é constantemente desenvolvida pelos magistrados e tribunais, que, gradualmente, tem aplicado o instituto em diferentes situações, destacando-se, dentre elas, as causas oriundas de erro médico.

Ocorre que a aplicação da referida teoria relacionada à responsabilidade civil médica suscita relevantes questionamentos, tais como quando a indenização pela perda da chance de cura ou melhora do paciente seria efetivamente devida, além de sua natureza jurídica e parâmetros para fixação do valor indenizatório.

Nesse cenário, com intuito de pacificar o tema, doutrina e jurisprudência tem se esforçado em estabelecer critérios para a aplicação da perda de uma chance à seara médica, a fim de conferir maior segurança jurídica à relação de médico e paciente. Para tanto, necessário se faz o estudo acerca da responsabilidade civil médica, seus elementos e excludentes, para, depois, desenvolver um paralelo entre o erro de diagnóstico e a responsabilização pela chance perdida.

A linha entre a responsabilidade pela perda da *chance* e a responsabilidade pelo próprio dano é tênue. Por isso, no âmbito médico, é preciso julgar caso por caso, ponderando as suas particularidades e circunstâncias, para que não seja atribuído ao médico todo e qualquer resultado danoso, e nem que seja tratada como sacra a conduta médica, admitindo-se toda espécie de erro.

Salienta-se, portanto, que a apuração da culpa médica pela perda de uma chance é questão delicada, que proporciona interessante debate no contexto jurídico atual, tendo em vista o grande número de ações judiciais interpostas por pacientes que se consideram vítimas de erros médicos que os privaram de evitar ou diminuir danos à sua saúde, motivo pelo qual se faz proveitosa a presente pesquisa.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil nasceu com o propósito de se preservar o equilíbrio jurídico e econômico das relações humanas reguladas pelo Direito. Assim, a responsabilidade civil existe quando uma pessoa, após uma conduta que gere dano a outrem, se vê obrigada a reparar o prejuízo causado.

Nesse sentido, a responsabilidade civil é a imposição da obrigação de reparação do dano à pessoa que lhe deu causa (ou responsável). A legislação brasileira trata diretamente desse instituto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, percebe-se que a reparação do dano decorrente de ato ilícito, a chamada de responsabilidade civil, é, portanto, uma obrigação – a obrigação de indenizar. Essa obrigação, no entanto, precisa estar acompanhada de quatro pressupostos para sua caracterização.

O primeiro deles é o ato (ação ou omissão), que deve ser, necessariamente, ilícito, ou seja, uma agressão à um direito particular. O segundo requisito é a culpa, em sentido amplo (*lato sensu*), que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência. O terceiro ponto é o nexo de causalidade, que é a ligação entre o a conduta ilícita e o efetivo dano. Por fim, o quarto pressuposto é o dano, que pode ser entendido como o prejuízo sofrido pela vítima, compreendendo tanto o que se perdeu como o que razoavelmente se deixou de lucrar (art. 402, CC).

É interessante destacar que a responsabilidade civil é uma obrigação sucessiva. Isso porque ela se manifesta em razão do dano derivado do descumprimento de outro dever jurídico, o originário. Assim explica Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.2):

a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Dessa forma, a responsabilidade civil tem como núcleo gerador o descumprimento de um dever jurídico anterior. A depender da natureza desse primeiro dever, alinhado ao aspecto subjetivo da conduta do agente, torna-se possível classificar a responsabilidade civil em diferentes formas.

2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Como explicado anteriormente, a responsabilidade civil permite a reparação de danos causados por ato ilícito. Este ato ilícito, portanto, indicará a natureza da responsabilidade civil: se contratual ou extracontratual.

A responsabilidade contratual é aquela resultante da transgressão de uma obrigação que se originou pela própria vontade das partes, ou seja, em um contrato. Nesse caso há uma relação jurídica antecedente, que é a fonte da responsabilidade. Assim, a inexecução do contrato firmado caracteriza o ilícito, que ensejará outro dever, o de reparar o dano causado.

Insta salientar que o acordo de vontades não precisa ser, obrigatoriamente, escrito. Ao dissertar sobre esse assunto, Castro (2011, p. 5) expõe que no acordo, ainda que tácito, “uma das partes fica no anseio de ver sua solicitação atendida, e a outra, por sua vez, compromete-se no cumprimento da obrigação, pois, mesmo que de forma verbal, assumiu uma obrigação, e deve cumprir o que foi acordado”.

A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, advém de um dever legal imposto pela lei ou por um preceito geral do Direito. Aqui não há um prévio acordo entre as partes, mas sim um direito subjetivo, que é independente de qualquer relação jurídica entre os agentes.

O Código Civil trata dessa diferenciação de forma vaga, sendo que, nas palavras de Castro (2011, p. 6), “ nos artigos 186 e 927 há uma abordagem, mesmo que de forma genérica, sobre a responsabilidade extracontratual, e nos artigos 389 e 395, há uma abordagem sobre a responsabilidade contratual, também de forma genérica”.

Logo, a diferença entre essas espécies de reponsabilidade civil é simples. A linha da distinção consiste na origem do dever descumprido. Se tal dever foi proveniente de um contrato, o compromisso é contratual, caso seja uma obrigação ligada ao sistema normativo em geral, a responsabilidade civil é extracontratual.

2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

O contraste da responsabilidade civil subjetiva e objetiva está no modo de abordagem da culpa do agente causador do dano. Na primeira, a responsabilidade é fundada na culpa, sendo indispensável, para a caracterização da obrigação de indenizar, a presença deste elemento. Em contrapartida, na responsabilidade subjetiva, a culpa é irrelevante, sendo necessário comprovar apenas o dano e nexo de causalidade.

Os elementos da responsabilidade civil subjetiva são a culpa, o nexo causal e o dano. Logo, a culpa é um requisito para a constatação da responsabilidade. É justamente neste elemento que reside o caráter subjetivo da responsabilidade, considerando ser a culpa, nos dizeres de Savatier (*apud* SOUZA, 2008, p. 46), “a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”.

A responsabilidade subjetiva é adotada como regra pela legislação brasileira. Isso pode ser percebido pela redação do artigo 186 do Código Civil, que carrega cada um dos elementos da responsabilidade civil subjetiva. Assim demonstra Cavalieri Filho (2012, p. 19):

Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber:

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia";
- b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e
- c) dano, revelado nas expressões "violar direito ou causar dano a outrem".

Na responsabilidade civil objetiva, no entanto, a conduta culposa ou dolosa do agente é dispensável. Para a sua configuração basta a verificação do dano e nexo de causalidade. Essa forma de responsabilidade é fundada na teoria do risco, em que toda ação causadora de risco para terceiros implica ao agente o ônus de responder por eventuais danos, ainda que não haja culpa.

Há, ainda, a responsabilidade objetiva imprópria, em que o elemento culpa estará presente, no entanto, será presumido por lei. Nesse caso, o ônus da prova é invertido, e a vítima do evento danoso precisará provar apenas o dano e nexo causal, cabendo ao agente causador demonstrar alguma excludente. A título de exemplo, Kfouri Neto (2019, p. 81) escreveu: “exemplifica-se com o art. 936 do CC atual, que trata da culpa do dono de animal

que cause dano a outrem. Se o réu não provar nenhuma excludente – culpa exclusiva da vítima ou força maior –, será obrigado a indenizar. A responsabilidade aqui, a rigor, tornou-se objetiva”.

Superado, assim, o conceito de responsabilidade civil e suas formas, é possível passar para a análise da responsabilidade civil própria aos médicos.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, importa dizer que a medicina é uma ciência em que o campo do absoluto é quase vazio. Lidar com o organismo humano e todas as suas complexidades envolve uma incerteza que, ainda que ínfima, sempre estará presente. Por causa disso, o legislador brasileiro buscou trabalhar a responsabilidade civil médica unida ao elemento culpa.

Assim estabelecia o Código Civil de 1916: “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Nessa mesma linha, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor instituiu que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é apurada mediante a verificação de culpa (art.14, §4º, CDC). Por último, o Código Civil de 2002 deu continuidade à essa premissa, conferindo aos profissionais da saúde a obrigação de indenizar seus pacientes apenas quando constatada conduta culposa.

Resta evidente, portanto, que a responsabilidade civil médica no direito brasileiro é subjetiva. Como estudado anteriormente, essa forma de responsabilidade carrega três pressupostos: dano, culpa e nexo causal.

A atividade médica, em regra, trata-se de obrigação de meio. Por essa razão, não seria razoável responsabilizar o médico que, após empregar corretamente as técnicas adequadas em um tratamento, não alcança a cura ou sobrevivência do paciente. Para tanto, se faz necessário comprovar a culpa, caracterizada pelo erro grosseiro de diagnóstico, medicação ministrada ou tratamento, além da omissão nos cuidados necessários ao paciente, entre outros. Assim explica Kfoury Neto (2019, p. 51):

A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber.

No entanto, há situações em que essa responsabilidade se torna objetiva imprópria. Nos casos em que a atividade médica for de resultado, como nas cirurgias estéticas, o médico se compromete a entregar exatamente o que foi prometido, ao passo que o resultado danoso acarreta a obrigação de reparar o prejuízo, uma vez que a culpa é presumida. Do mesmo modo, tratando-se de serviço médico na forma empresarial (hospitais, clínicas etc.) a responsabilidade é objetiva, não havendo que se falar em culpa.

3.1 A responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor

O artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) define a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, vejamos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
§4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Para maior esclarecimento, cumpre apresentar o conceito de profissional liberal. Este é, em síntese, aquele que possui “ausência de subordinação com o tomador do serviço ou com terceira pessoa, e que realiza na atividade o exercício permanente de uma profissão, em geral vinculada a conhecimentos técnicos especializados, inclusive com formação específica” (MIRAGEM, 2003, p. 627).

A responsabilidade civil subjetiva é adotada pelo CDC também em razão do caráter, em regra, personalíssimo dos serviços prestados pelos profissionais liberais. Um médico, em geral, é procurado por apresentar características especiais, que as destacam dos demais. A fidúcia, portanto, está na pessoa do médico. Além disso, a atividade médica é uma obrigação de meio, não havendo razão para responsabilizar esse profissional em razão de resultados negativos não relacionados à conduta culposa do agente.

Na responsabilidade subjetiva, a culpa se apresenta de duas formas: culpa (*strictu senso*) e dolo. O dolo é a vontade livre e consciente de praticar a conduta danosa, ou seja, é a intenção de prejudicar o paciente, algo raro no domínio da culpa médica. A culpa *strictu senso* é a falta de cautela, revelada pela imperícia, imprudência ou negligência.

Imperícia é a ausência de habilidade na execução de atividade técnica, algo que se exigiria cuidados específicos, exemplificado pelo erro médico grosseiro. Imprudência é a falta de cuidado por uma conduta positiva, por ação, como seria o caso da alta prematura de um paciente. A negligência, por sua vez, é o descuido pela omissão, comportamento negativo, como o médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente.

3.2 Espécies de danos expressamente previstos em lei – danos emergentes e lucros cessantes

O dano é fato gerador da responsabilidade civil. Para a configuração da obrigação de reparar é indispensável que haja um dano, um prejuízo a se consertar. De maneira inspirada, Cavalieri Filho (2012, p. 77) afirma que “sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil”.

O dano pode ser moral ou patrimonial, sendo este subdividido em dano emergente e lucro cessante. Sobre isso, assim dispõe o art. 402 do Código Civil: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. O artigo revela, portanto, duas hipóteses de reparação do dano.

Primeiramente, é apresentado o conceito de dano emergente, sendo aquilo que a vítima “efetivamente perdeu”, ou seja, o seu prejuízo imediato. Em geral, o dano emergente é aferido sem maiores dificuldades, sendo equivalente à efetiva desvantagem patrimonial sofrida pela vítima. Assim sendo, a indenização relativa ao dano emergente pretende restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava.

O lucro cessante, todavia, descrito na parte final do art. 402/CC, se relaciona com a perda do ganho esperável, o impedimento de lucro. Essa espécie de dano material trata das consequências futuras do ato ilícito, sendo necessária maior cautela em sua quantificação. Por essa razão, a lei estabelece a razoabilidade como seu critério norteador, conforme explica o jurista Cavalieri Filho (2012, p. 79):

O nosso Código Civil, no já citado art. 402, consagrou o princípio da razoabilidade ao caracterizar o lucro cessante, dizendo ser aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar. Razoável é tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional; é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta.

Nesse contexto, é possível ao paciente vítima de conduta médica culposa, que fique impossibilitado para o trabalho por vários meses, a indenização pelo que deixou de ganhar durante esse período, isto é, pelos lucros cessantes.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ERRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO

No Brasil, não há dispositivo de lei específico a respeito da teoria da perda de uma chance, no entanto, nas causas provenientes de erro médico, tal teoria tem sido aplicada com alguma frequência pelos tribunais.

Em julgado recente (REsp. n. 1.662.338-SP/2017), a ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma do STJ, prudentemente destacou que “a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente”

Posto isto, primeiramente é necessário entender do que se trata o erro de diagnóstico, bem como o que envolve a teoria da perda de uma chance para, depois, traçar um paralelo entre os dois.

4.1 Conceito de erro de diagnóstico

Assim como todas as profissões, a atividade médica está sujeita à falibilidade humana. Por isso, para que seja caracterizada culpa, o erro médico não pode ser visto como qualquer deslize comum, mas sim como uma falha grosseira, incompatível com a atuação de um bom profissional. Esse é o entendimento da maior parte dos julgadores, que tratam o assunto com excessiva cautela. O erro médico pode se manifestar de diferentes formas, dentre elas, como erro de diagnóstico.

O diagnóstico consiste em precisar e indicar o mal que acomete o paciente, sendo que dele decorre a escolha do tratamento apropriado e medicamentos convenientes. O professor Kfoury Neto (2019, p. 110) explica que o primeiro ato da análise diagnóstica é a arguição do paciente. Após, com a obtenção de todos os dados possíveis a respeito da saúde do doente, é necessário interpretar as informações coletadas, comparando-as com as inúmeras patologias existentes, a fim de se emitir um juízo sobre sua saúde.

O erro de diagnóstico é, portanto, a incorreção na identificação da moléstia acometida pelo paciente. A princípio, o erro de diagnóstico é escusável, isto é, não enseja reparação civil. Contudo, tratando-se de erro crasso, o médico responde pelos danos decorrentes do equívoco. Exemplificando, Kfoury Neto (2019, p. 112) apresenta dois casos elucidativos:

Encontra-se, na jurisprudência, caso do paciente que compareceu cinco vezes ao hospital, sendo sempre atendido, sem que o médico identificasse uma apendicite. O retardamento da cirurgia resultou na supuração do apêndice, infecção e morte. Os julgadores entenderam inoportunidade ou negligência do hospital e médicos, decretando a improcedência do pleito indenizatório. Houve voto vencido. (RJTJSP – Lex 120/178)

(...)

A vítima apresentava quadro infeccioso claro, a exigir uso de antibiótico, que só lhe foi ministrado no oitavo dia de internamento, quando seu estado crítico já era irreversível. Aqui, tendo sido considerado grosseiro o erro de diagnóstico, dispensou-se até mesmo perícia. (RJTJSP – Lex 134/143)

No primeiro caso, a maioria dos julgadores não reconheceu a conduta do médico como erro evidente, contrária à atuação de qualquer outro profissional prudente – por isso, inexistiu o dever de indenizar. Por outro lado, no segundo exemplo, o erro, de tão claro, foi constatado próprio julgador, guiando-se pelo senso comum e dispensando a perícia.

Em suma, o erro de diagnóstico deve ser analisado considerando se, nas mesmas circunstâncias e meios disponíveis, era ou não possível ao médico chegar ao diagnóstico correto.

O principal dano decorrente do erro de diagnóstico é o tratamento inadequado da patologia, permitindo-se o avanço da doença e a conseqüente diminuição das chances de cura ou maior sobrevivência da vítima.

4.2. Conceito de responsabilidade civil pela perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) tem origem na doutrina francesa, por volta da década de 1960. Esse instituto visa atribuir responsabilidade civil aos atos ilícitos que, embora não causem danos concretos, tiram da vítima a oportunidade de se obter uma situação futura mais benéfica (perda da chance clássica) ou de se evitar um prejuízo (perda da chance atípica).

Nessa teoria, portanto, o dano não é propriamente a perda do benefício estimado pela vítima, mas sim a frustração de uma expectativa, a perda da chance de consegui-lo. Como exemplifica Cavalieri Filho (2012, p. 82):

No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. O que deve ser objeto da indenização, repita-se, é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal.

A chance nada mais é do que a probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. Assim, para ser digna de reparação, a chance perdida deve ser séria e real, não sendo permitida meras possibilidades ou simples esperanças subjetivas.

Deste modo, é preciso verificar no caso concreto se o resultado favorável teria chances razoáveis de se consumir ou se era algo improvável. Nesse sentido, ensina Caio Mário (2018, p. 42) que: “se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. A reparação da perda de uma chance fundamenta-se em uma probabilidade e uma certeza. Probabilidade de que haveria um ganho e certeza de que da vantagem perdida restou um prejuízo”.

A fixação do valor da indenização pela de uma chance deve ser proporcional ao grau de afastamento da oportunidade. Em outras palavras, quanto mais provável o alcance do resultado ou afastamento do prejuízo, maior o valor indenizatório.

Sendo assim, o juiz deve avaliar em cada caso as reais probabilidades que o sujeito tinha de alcançar o resultado pretendido, e a indenização será devida somente se houver chance séria e real. Alguns autores, como Savi (2012, p. 33), sustentam ainda que a chance será indenizável somente se houver chance de êxito superior a cinquenta por cento.

Na jurisprudência brasileira, a reparação pela perda de uma chance ora é concedida a título de danos morais, ora como lucros cessantes. Isso porque tal indenização pode ser

aplicada tanto aos danos materiais quanto aos morais, sem necessidade de restrição, consoante ao enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil, que assim dispõe:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Desse modo, percebe-se que, independente do título que lhe é concedida, o critério norteador da aplicação da referida teoria será sempre a probabilidade de sucesso, que deve ser genuína e fidedigna.

4.3 Aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro de diagnóstico

Em algumas situações, contrariando a finalidade da medicina, a conduta culposa do médico pode diminuir a possibilidade de cura do paciente, ou maior sobrevivência. Nesses casos, doutrina e jurisprudência entendem ser viável a aplicação da teoria da perda de uma chance, a fim de responsabilizar o médico pela oportunidade de cura tirada do paciente. Assim ensina Cavalieri Filho (2012, p. 86):

Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência.

Primeiro, é preciso ressaltar que a atuação médica não é o fato gerador da doença ou da morte do paciente. Caso fosse, não estaria diante da responsabilização pela perda de uma chance de cura, mas sim pela própria origem da moléstia. Indeniza-se, portanto, a *chance de cura ou melhora*, que fora subtraída em virtude do tratamento inadequado, e não o prejuízo final.

Assim sendo, o entendimento prevalecente nos tribunais brasileiros é de que o erro de diagnóstico que leve ao tratamento inapropriado configura a reponsabilidade pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Todavia, como observado nas linhas acima, a chance deve ser séria e real, não podendo ser considerado o mero desejo ou expectativa de

cura. Além disso, o erro de diagnóstico deve ser grosseiro, isto é, uma conduta completamente oposta à esperada de um bom profissional.

O *quantum* indenizatório é calculado de forma proporcional ao prejuízo da vítima. A chance, no entanto, não pode alcançar o valor do bem perdido em si, devendo ser fixada conforme os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp. 1.677.083/SP, que tratava de uma paciente que, sentindo-se mal, foi até o hospital, sendo liberada antes mesmo do resultado de seus exames, com apenas um atestado médico de dois dias. No entanto, o exame, que ficou pronto algumas horas depois, constatou que a mulher apresentava quadro gravíssimo de Leucose Aguda. No dia seguinte, a paciente sofreu uma convulsão em casa, caiu da escada e teve traumatismo craniano, morrendo logo em seguida.

Em seu voto, o relator, ministro Ricardo Villas Boas Cueva, destacou que “a atuação negligente dos médicos retirou da paciente uma *chance concreta e real* de ter um diagnóstico correto e de alcançar as consequências normais que dele se poderia esperar”, fixando a indenização em R\$50.000,00 a favor do marido da vítima.

À parte disso, alguns autores apresentam críticas a esse entendimento, como é o caso de Tartuce (2018, p. 892):

Reitero mais uma vez minhas ressalvas a respeito da teoria da perda de uma chance, diante das dificuldades de se comprovar que a chance perdida era séria e real. Não desconheço que as situações descritas são reparáveis, mas muito ao contrário. Contudo, penso ser melhor enquadrá-las nas categorias dos danos materiais, morais e estéticos, até pelas dificuldades que a vítima terá em comprovar a probabilidade da chance. Ademais, a perda de uma chance, assim como ocorre com os advogados, parece transformar a obrigação do profissional da área da saúde em obrigação de resultado, trazendo, implicitamente, a ideia de que o resultado de cura deve ser obrigatoriamente atingido, o que não se pode admitir.

Com o devido respeito, este trabalho entende como mais acertada a posição majoritária, concluindo ser plenamente viável, com a prudência que se faz necessária, a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico de diagnóstico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, a presente pesquisa tratou da responsabilização do médico pela perda de uma chance ao incorrer em erro de diagnóstico. Inicialmente,

discutiu-se a respeito do instituto da responsabilidade civil, bem como o caráter subjetivo da responsabilidade do médico. Em seguida, foi examinado o conceito de erro de diagnóstico e o instituto da teoria da perda de uma chance.

Assim, é possível inferir que a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência é perfeitamente cabível no ordenamento brasileiro, sendo, inclusive, reconhecida pelos tribunais em relevantes julgados.

O ponto chave reside na ideia de que o erro de diagnóstico que enseja tratamento ineficaz retira do paciente a chance de lutar contra o mal que lhe acomete. Diante desse erro, não seria justo com o profissional médico o responsabilizar como aquele que provocou o mal propriamente dito. Seria ainda mais injusto, porém, deixar a vítima a mercê de todo e qualquer diagnóstico equivocado, exigindo-se, para a pretensão da reparação do dano, provas inquestionáveis acerca da causalidade entre a conduta médica e o dano sofrido.

Assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance surge como alternativa completamente viável e acertada, desde que presentes os critérios para sua caracterização.

Por fim, depreende-se que a teoria da perda de uma chance de cura busca conceder amparo jurisdicional à vítima que, após receber diagnóstico incorreto e enfrentar tratamento totalmente aleatório e ineficaz, vier, ao final, descobrir o seu dano: a morte ou menor tempo de vida.

REFERÊNCIAS

ARANHA DE CASTRO, A. **Responsabilidade civil do médico no tocante à culpa médica e à liquidação dos danos.** Tese (mestrado em Direito) – Unimar – Marília, Brasil. 72 p. 2011.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 613 p.

MÁRIO, Caio. **Responsabilidade Civil.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 450 p.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 938 p.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil Do Médico.** 10ª ed. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2019. 413 p.

REsp n. 1.662.338-SP, rel. min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 12/12/2017, DJe 02/02/2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549823032/recurso-especial-resp-1662338-sp-2015-0307558-0/inteiro-teor-549823060?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2 out. 2020.

REsp. 1.677.083/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.11.2017, DJe 20.11.2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916234/recurso-especial-resp-1677083-sp-2017-0034594-5/inteiro-teor-523916243>>. Acesso em 14 out. 2020.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 152 p.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico.** 3ª ed. Campinas, SP: SERVANDA, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1115 p.