

UNIVERSIDADE SANTO AMARO
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
Médico

Ariovânia Morilha Silveira Sano

**PERDA DE UMA CHANCE POR ERRO DE DIAGNÓSTICO E A
QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

São Paulo

2023

Ariovânia Morilha Silveira Sano

**PERDA DE UMA CHANCE POR ERRO DE DIAGNÓSTICO E A
QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Santo Amaro - UNISA, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Magalhães Nasser.

São Paulo

2023

S22p Sano, Ariovânia Morilha Silveira.

Perda de uma chance por erro de diagnóstico e a quantificação do dano / Ariovânia Morilha Silveira Sano. — São Paulo, 2023.

101 p.

Dissertação (Mestrado em Direito Médico) — Universidade Santo Amaro, 2023.

Orientador: Dr. Paulo Magalhães Nasser.

1. Erro médico. 2. Erro diagnóstico. 3. Indenização. I. Nasser, Paulo Magalhães, orient. II. Universidade Santo Amaro. III. Título.

Ariovânia Morilha Silveira Sano

**PERDA DE UMA CHANCE POR ERRO DE DIAGNÓSTICO E A
QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da
Universidade Santo Amaro - UNISA, como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Magalhães Nasser.

São Paulo.....de.....de.....

Banca Examinadora

.....

.....

.....

Conceito Final

.....

Ao meu amado filho Guilherme,
que é a luz da minha vida, minha maior alegria e inspiração,
espero poder lhe ensinar a importância do conhecimento e da
perseverança na busca dos seus sonhos.

Ao meu querido esposo Leandro,
por estar ao meu lado, me apoiando e encorajando
em todas as etapas dessa jornada.

A minha amada mãe Ana,
que sempre me incentivou a seguir em frente, mesmo nos
momentos mais difíceis, minha maior mentora e exemplo de
força e coragem.

Ao meu grande amigo Ronaldo Piber,
que tem sido fonte constante de apoio, encorajamento e
inspiração durante minha jornada acadêmica, você é uma
inspiração para mim.

Dedico esta dissertação a Deus e a vocês,
com todo meu amor, gratidão e admiração.

Agradeço a todos os professores do Mestrado em Direito Médico da UNISA, especialmente ao Prof. Dr. Alysson Mascaro, Prof. Dr. Antônio Morato, Prof. Dr. Ricardo Lewandowski, Prof. Dr. Georghio Tomelin, Prof. Dr. Leandro Sarcedo, Prof. Dr. Paulo Nasser, Prof. Dr. Reynaldo Mapelli Júnior, Prof. Dr. Ricardo Pae Kim, Prof. Dr. Silvio Serrano Nunes, por compartilharem seus conhecimentos e experiências e por me desafiarem a ir além do que pensava ser possível.

Ao meu orientador Prof. Dr. Paulo Magalhães Nasser, agradeço por seu tempo e dedicação em me guiar em minha pesquisa e me ajudar desenvolver minhas habilidades acadêmicas. Suas críticas construtivas e encorajamento foram fundamentais para a conclusão bem-sucedida do meu trabalho de pesquisa.

Aos meus colegas de turma, pelas discussões em sala e as colaborações que nos permitiram aprender uns com os outros, sou grata por ter tido a oportunidade de estudar com todos vocês, agradeço especialmente Angelita Rosa, Bruna Negrão, Ana Carolina Moreira, Luciana Mussa, Ronaldo Piber, Vinicius Abbud e Josimário Silva, pelo apoio, por tornarem nossa jornada mais divertida, vocês ocupam um lugar especial no meu coração e em minhas memórias.

“Uma probabilidade razoável é a única certeza”

Samuel Howe

RESUMO

O presente trabalho aborda a teoria pela perda de uma chance por erro de diagnóstico, analisada sob a perspectiva da legislação, doutrina e jurisprudência nacional. Para tanto, fornece histórico, conceitos, examina a natureza jurídica e os critérios para sua fixação e mensuração. Em decorrência dessa nova categoria de dano, a doutrina precisa tanto expandir estudos quanto especificar e adaptar certos pontos, de maneira a pacificar questões até agora divergentes, as quais têm suscitado controvérsias especialmente na forma de obtenção de seu quantum. Tal constatação determinou a escolha da temática como objeto de estudo desta dissertação, partindo-se da admissão do dano pela perda da chance, à luz do ordenamento pátrio, como dano autônomo, para tratar da análise dos parâmetros e do caráter para aferição de seu importe nos casos de erro de diagnóstico. Independentemente dos sistemas ou parâmetros utilizados na determinação do valor da chance perdida, é importante encontrar um equilíbrio que permita à vítima ser reparada ou compensada pelo prejuízo, sem que isso resulte em um empobrecimento do ofensor.

Palavras-chave: Erro médico. Teoria da perda de uma chance. Erro no diagnóstico. Quantificação da Indenização.

ABSTRACT

The present work addresses the loss of a chance due to diagnostic error, analyzed from the perspective of national legislation, doctrine and jurisprudence. To this end, it provides history, concepts, examines the legal nature, the modalities of damage, criteria for its fixation and measurement. As a result of this new category of harm, the doctrine needs both to expand studies and to specify and adapt certain points, in order to pacify hitherto divergent issues, which have raised controversies especially in the form of obtaining its quantum. This finding determined the choice of the theme as the object of study of this dissertation, starting from the admission of the damage due to the loss of chance, in the light of the country's order, as an autonomous damage, to deal with the analysis of the parameters and the character to assess its importance in cases of diagnostic error. Regardless of the systems or parameters used in determining the value of the lost chance, it is important to find a balance that allows the victim to be repaired or compensated for the damage, without this resulting in an impoverishment of the offender.

Keywords: Medical error. Theory of the loss of a chance. Error in diagnosis. Quantification of Indemnification.

Lista de Abreviaturas

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
IA	Inteligência artificial
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/BA	Tribunal de Justiça da Bahia
TJ/DFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJ/MT	Tribunal de Justiça de Mato Grosso
TJ/PR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJ/RJ	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJ/SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 Introdução	10
2 A Perda de uma Chance e a responsabilidade civil médica	12
2.1 A teoria da perda de uma chance	16
2.2 A ideia da perda de uma chance no Brasil	18
2.3 A absorção da técnica da teoria da perda de uma chance pelo direito brasileiro	23
3 O Erro de Diagnóstico	29
3.1 Erro de diagnóstico vs. tratamento	36
3.2 Comprovação do dano e nexos causal no erro de diagnóstico	40
3.3 Erro de diagnóstico: algumas hipóteses	44
3.3.1 Erros de diagnóstico no pré-natal	46
3.3.2 Diagnóstico laboratorial e radiológico errado	53
3.4 Erro de diagnóstico e consentimento informado	57
3.5 Falha do paciente no erro de diagnóstico	66
4 A Quantificação da Indenização pela Chance Perdida	69
4.1 Dano emergente e lucro cessante	74
4.2 Dano pela Perda da Chance	77
5 Conclusão	86
REFERÊNCIAS	88

1 Introdução

Com uma demanda cada vez maior no direito brasileiro, o dano pela perda da chance vem obtendo destaque doutrinária e jurisprudencial. A importância desse instituto consolida-se com o aumento do número de ações postulando indenizações pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência, especialmente em razão dos erros de diagnóstico.

Por ser uma atividade exercida por profissionais liberais, a responsabilidade do médico por danos causados ao paciente está condicionada à comprovação de culpa no exercício regular de sua atividade profissional, conforme previsto no artigo 14, §4º da Lei Federal nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Para caracterizar a responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance, é necessário que o erro de diagnóstico seja indefensável, além disso, é preciso comprovar a existência de uma ligação causal entre o erro, uma ação ou omissão do médico e o dano resultante.

Embora possa ser uma questão relativamente nova no direito brasileiro, o instituto da perda da chance é antigo e já foi amplamente estudado e discutido na doutrina estrangeira, especialmente na França e Itália. No entanto, ainda há debates na doutrina sobre a aceitação do dano decorrente da perda da chance, onde não há unanimidade.

Algumas correntes rejeitam a possibilidade de indenização pelo dano resultante da perda da chance, argumentando que é difícil mensurá-lo economicamente.

Existe discordância em relação à definição do valor da indenização, pois alguns acreditam que o juiz deve ter a liberdade de estabelecer o montante do dano material ou moral, enquanto outros defendem que ele deve considerar o nível de probabilidade, culpa e dolo do ofensor, bem como seu potencial econômico, para compensar o prejuízo causado pela perda de uma chance.

O problema em questão envolve tanto aspectos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, uma vez que a questão moral é puramente subjetiva. Além disso, cabe ao juiz a tarefa de fixar o valor da indenização, conforme o estabelecido pela lei.

Independentemente dos sistemas ou parâmetros utilizados na determinação do valor da chance perdida, é importante encontrar um equilíbrio que permita à vítima ser

reparada ou compensada pelo prejuízo, sem que isso resulte em um empobrecimento do ofensor.

O juiz deve considerar o caso concreto com prudência, ponderando a existência de danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais sob a perspectiva de quem os sofre, bem como sob a ótica do lesante, a fim de alcançar uma solução equilibrada.

O erro de diagnóstico que leva à perda de uma chance deve ser considerado um dano independente, e, portanto, o cálculo da indenização correspondente deve ser baseado em critérios probabilísticos. Deve-se levar em consideração a chance de obtenção de um resultado positivo que o paciente teria caso não tivesse ocorrido o erro de diagnóstico.

2 A Perda de uma Chance e a responsabilidade civil médica

Na lei brasileira, a responsabilidade civil é um instituto vivo e dinâmico que se renova constantemente o que significa que surgem sempre novas teses jurídicas, com o objetivo de entender e se adequar as novas realidades que vão surgindo com o decurso do tempo.

Porém cabe ponderar, que este instituto vem se desenvolvendo e sofrendo evolução pluridimensional, considerando sua história, raízes, incidência e profundidade expandida.

Esta evolução se verifica em qualquer área da responsabilidade civil, sendo possível verificar uma busca por maneiras de não deixar dano sem reparação.

Como resultado, podemos observar a dificuldade de se estabelecer o nexo de causalidade, principalmente na medicina, onde o dano¹ pode advir tanto da culpa do médico quanto da progressão da doença do enfermo.

No regramento do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, Lei nº 8.078 de 1990², podemos verificar a responsabilidade civil do médico, como subjetiva, mais especificamente, requer comprovação da culpa lato sensu.

Na área médica, conforme Fabian³ (2002, p. 134) “os deveres do médico são deveres contratuais”. Por conseguinte, temos aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil médica dentre outras coisas, é fruto de grandes divergências e problemas. Isso se deve a dificuldade de comprovação do dano como

¹ Conforme Rosevand (2013, p. 11) “Em um modelo jurídico de responsabilidade cuja única função é a de consentir a reparação do dano injusto, não apenas resta cancelada a sua função penal originária, bem como a eliminação das diferentes espécies de ilícitos e a aferição do elemento subjetivo do autor da lesão para a quantificação da reparação. O modelo herdado da *actio legis aquiliae* se estrutura no dogma da culpa - tornando-a equivalente ao dolo, dispensando a sua constatação com fins punitivos. Este corpo de regras neutras e assépticas, constante em diversos sistemas jurídicos, certamente atendeu a uma ideologia que demandava a ausência de entraves para o exercício de atividades econômicas, incluindo-se aí a mínima interferência estatal em matéria de autonomia privada, com exceção da eventual reparação de danos decorrentes do exercício de atos de comércio, obviamente filtrada a reparação pela exigência da prova diabólica da culpa, limitada a indenização ao equivalente ao dano patrimonial causado. Nada mais.” ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

² BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.”. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 12 set. 2007.

³ FABIAN, Christoph. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 134.

resultado da conduta culposa do médico, o que resulta na improcedência do pedido de indenização.

A discrepância de opiniões dos estudiosos afeta a aplicação jurídica da teoria da perda de uma chance por erros de diagnóstico⁴. Isto porque, dentre todos os elementos que precisam estar presentes para a configuração do dever de reparação, o nexo de causalidade e o dano são objeto de forte discussão.

Neste diapasão, de acordo com Rafael Peteffi (2009⁵, p. 115):

a impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance, ora como espécie típica de dano, ora como utilização pouco ortodoxa do nexo de causalidade.

Tratada teoria tem duplo viés⁶, seja justificando o dever de indenizar em razão da frustração da esperança de obtenção⁷ de vantagem ou ganho futuro, desde que a

⁴ Conforme Renato Lovato Neto (2010, p. 109) “O erro de diagnóstico carece de tratamento legislativo, sendo tão somente uma hipótese previsível no mundo real que pressupõe uma construção doutrinária e jurisprudencial para o correto socorro do paciente vitimado, quer dizer, não há um único dispositivo no ordenamento jurídico pátrio que mencione a situação, o que consiste em uma lacuna estrondosa em face da ocorrência comum de tal modalidade.”. LOVATO NETO, Renato. Do erro de diagnóstico e aplicação do código de defesa do consumidor no atendimento hospitalar. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio – ago, p. 108-123. 2010. p.109.

⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009. p. 115.

⁶ A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica). BRASIL, STJ, REsp n. 1.677.083/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201700345945> Acesso em 21 abr. 2023.

⁷ Como se nota do trecho do acórdão de relatoria do Ministro Paulo de Tarso “Responsabilidade por perda de uma chance: Reparação da chance perdida de obtenção de um determinado proveito (ou evitar uma perda). Chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Reparação da chance perdida, e não do resultado final. Doutrina e jurisprudência. BRASIL, STJ, REsp n. 1.929.450/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 27/10/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002777506&dt_publicacao=27/10/2022 Acesso em 25 mai. 2023.

possibilidade seja séria e real⁸ (perda da chance clássica⁹), ou amparando o pedido de indenização pela conduta omissiva que, se realizada a contento, poderia evitar o dano à vítima (perda de chance atípica¹⁰).

O médico precisa cumprir várias obrigações, incluindo fornecer informações, suporte e conhecimento, e a obrigação de agir com prudência, diligência, cuidado, atenção e zelo, desconsiderar essas obrigações, pode ser responsabilizado por seu comportamento negligente.

Alguns estudiosos criticaram o viés da teoria da perda de uma chance, que responsabiliza civilmente o médico, entendendo que essa teoria não deve ser usada nessas situações.

Em linhas gerais, a responsabilidade civil se mostra proativa em uma sociedade globalizada que está sempre em transformação e crescimento. Assim, acompanha a história de forma interativa, adaptando-se aos novos modelos sociais e

⁸ Nesse sentido veja o enunciado 444, referendado pela V Jornada de Direito Civil, de organização do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 927. 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”.

⁹ Com propriedade a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.254.141 do Paraná, ressaltou que “nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato”. Em última instância, o problema gira em torno do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar ab origine o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico.” A Ministra ponderou ainda que “(...) a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente”. BRASIL, REsp n. 1.254.141/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013 Acesso em 07 jan. 2023.

¹⁰ Na área da medicina, tem sido recorrente a aplicação da teoria da perda de uma chance na modalidade atípica, podendo ser destacado os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho. Programa de responsabilidade civil. – 10. Ed – São Paulo: Atlas, 2012, p. 104. “(...) 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.

às novas necessidades e riscos que acompanham as mudanças de paradigmas. Ela precisa ser flexível para servir ao seu propósito.

A ideia da perda de uma chance e sua aceitação pela jurisprudência brasileira surge nesse cenário de mudança de paradigma no instituto da culpabilidade civil e da maximização das formas de reparação do dano.

Assim, é relevante distinguir a responsabilidade civil clássica do médico da responsabilidade civil com base no conceito de perda de chance. Ambas as formas de responsabilidade são cruciais.

Se um paciente falecer por erro de diagnóstico, o médico será responsabilizado civilmente. Isso será feito examinando o comportamento, a culpa, a causa e o dano. Se for demonstrada pela teoria da perda de uma chance, será provada pelos requisitos gerais da responsabilidade civil: ilícito, nexo de causa e efeito e dano. Também será mostrado pelo fato de que a chance era séria e real¹¹ e a quantificação da chance perdida¹². (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 138-146).

A teoria da perda de chance foi aplicada à área médica, com o conceito de “perte de chance de survie ou de guérison”, mudando o foco da teoria do dano para o da causalidade.

Em 1965, a Câmara Civil da Corte de Cassação francesa decidiu que, se um médico causar a perda de uma chance de cura ou sobrevivência do paciente, ele é

¹¹ Necessário ter um grau de segurança de que a chance é séria e real, nesse sentido veja a ementa a seguir em que não fora aplicado a teoria da perda de uma chance: “Processual civil e administrativo. contrato administrativo. rescisão unilateral e aplicação de penalidade. danos morais e materiais pela perda de uma chance. (...) 2. Ação em que o escritório de advocacia postula indenização por danos morais e materiais advindos da perda de uma chance decorrente da aplicação indevida de penalidade de proibição de licitar, em processo administrativo, após a rescisão unilateral do contrato. 3. Ao apreciar o pleito indenizatório, o Tribunal local concluiu que não havia como prever, “com algum grau de segurança”, que o escritório, ora agravante, “seria o vencedor do certame caso não tivesse sido excluído do procedimento, e, conseqüentemente, seria contratado para cuidar dos processos trabalhistas envolvendo a CEDAE”, bem com que “o escritório não comprovou que terceiros tenham tido ciência do motivo da rescisão do contrato firmado com a CEDAE, tampouco que tenha perdido clientes em razão do ocorrido, não restando, então, caracterizada lesão à sua honra objetiva e, conseqüentemente, lesão de caráter extrapatrimonial passível de compensação.” (...) 5. Agravo interno desprovido. BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 2.163.535/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 27/1/2023.” Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202202068345> Acesso em 25 mai. 2023.

¹² PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009. p. 138-146.

responsável por uma reparação parcial do dano, mesmo que não seja possível estabelecer com certeza o nexo de causalidade entre a ação culposa do médico e o resultado danoso¹³ (AKIDA, 1994. p. 263).

O próximo passo é pensar nessa teoria, que está adquirindo mais destaque e relevância reavivando debates na estrutura normativa do país, gerando conflitos entre os acadêmicos e oferecendo oportunidades de introspecção, apesar de ainda existir resistência à concepção de que ela deva ser implementada.

2.1 A teoria da perda de uma chance

Na segunda metade do século XIX e no início do século XX, a hipótese da chance perdida foi desenvolvida na França. Encontram-se autos na Corte de Cassação francesa que datam de 1889, quando foi concedida indenização a um reclamante em face da ação culposa de um oficial de justiça, que extinguiu todas as possibilidades de sucesso do demandante se a demanda seguisse sua natureza natural do procedimento.

Resumidamente, o autor teria chance de ganhar a causa se a demanda tivesse seguido seu procedimento natural, e conforme Rafael Peteffi da Silva¹⁴ (2013, p.11) esse é o exemplo mais antigo da aplicação da noção de perda de uma chance.

Quando se tratava do conceito de "perda de uma chance", o sistema jurídico mais desenvolvido e sofisticado dentro da cultura romano-germânica era o direito francês. A natureza diversificada dos casos lança luz sobre a localização realista e prática do corpo da lei.

Nesta visão, os tribunais franceses criaram um instrumento que permite um processo de tomada de decisão flexível, portanto, a perda de uma chance não tem um campo de aplicação particular. Podendo ser utilizado em responsabilidade civil, pré-contratual ou contratual, bem como em casos de danos corporais ou danos puramente patrimoniais em benefício da vítima, a fim de evitar perdas ou ganhos.

¹³ AKIDA, M. La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence. Paris: LGDJ, 1994. p. 263.

¹⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro - 3. ed. Livro digital - São Paulo: Atlas, 2013. p.11.

Além disso, pode ser usado em casos que envolvam danos corporais e danos puramente econômicos em benefício da vítima¹⁵ (CARNAÚBA, 2013, p.13).

O instituto foi absorvido pelo Common Law devido à relevância e utilidade da ideia do acaso perdido. O caso do Reino Unido *Chaplin v. Hicks*¹⁶ introduziu a teoria desse sistema em 1911. O falecido Hicks era um conhecido gerente de teatro e ator.

Ele anunciou um concurso de beleza no jornal e incentivou as mulheres a enviarem fotos de si mesmas para participar. Os leitores do jornal votariam para escolher quem receberia o prêmio.

Chaplin disputou o evento e venceu sua categoria, garantindo a ela uma vaga no grupo de finalistas, mas a carta convidando-a para a próxima fase da competição chegou tarde demais e ela não pode ser escolhida. Por isso, ela ajuizou ação de indenização, afirmando que Hicks violou o acordo por não fazer esforços razoáveis para trazer a próxima fase ao seu conhecimento e, portanto, tinha direito a uma indenização para compensar essa perda.

Hicks sustentou que, mesmo que houvesse uma quebra de contrato as perspectivas de Chaplin vencer o desafio eram impossíveis de prever, e quaisquer perdas que ela possa incorrer também são impossíveis de calcular.

Com base na "doutrina das probabilidades", os juízes de apelação deram a Chaplin uma probabilidade de 25% de receber o prêmio.

Também podemos citar o caso *Falcon versus Memorial Hospital*¹⁷. Neste caso, uma senhora grávida deu entrada no hospital para dar à luz, mas faleceu logo após o parto devido a uma embolia causada por líquido amniótico.

Como as chances de a paciente sobreviver à referida complicação foram reduzidas devido à negligência do médico responsável, os familiares do paciente decidiram entrar com uma ação judicial contra o médico e o hospital a fim de buscar uma indenização pela morte da paciente.

¹⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. p.13.

¹⁶ Disponível em '*Chaplin v Hicks - 1911*' (Lawteacher.net, March 2023) <https://www.lawteacher.net/cases/chaplin-v-hicks.php?vref=1> Acesso 20 mar 2023.

¹⁷ *Falcon v. Memorial Hosp.* Julgado em 26 de setembro de 1990. Suprema Corte de Michigan. Disponível em <https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1990/86721-5.html> Acesso 21 mar 2023.

O tribunal de primeira instância indeferiu a reclamação porque as evidências não mostraram com mais de cinquenta por cento que Nena Falcon teria sobrevivido se o procedimento não tivesse sido omitido.

O tribunal de apelações reverteu, afirmando que Falcon precisava apenas estabelecer que o tratamento ou procedimento omitido tinha o potencial de melhorar a recuperação da paciente ou prevenir a sua morte, acrescentando que embora a autora devesse mostrar alguma probabilidade de que o tratamento fosse bem-sucedido, essa probabilidade não precisaria ser mais que 50%.

A decisão do Tribunal do Estado de Michigan foi pelo deferimento da reparação, assim, o hospital foi considerado responsável pela morte da mulher.

Essa decisão foi tomada apesar de pesquisas científicas indicarem que as parturientes acometidas por esse tipo de embolia têm apenas 37% de chance de sobrevivência.

No próximo subtópico, serão discutidas com mais detalhes as peculiaridades da aplicação dessa teoria no direito brasileiro.

2.2 A ideia da perda de uma chance no Brasil

Evoluindo para um ambiente de consenso entre os estudiosos do assunto, Caio Mário da Silva Pereira¹⁸ (2001, p.112) aponta que, no caso da perda de uma chance, o conflito surge quando o réu, por sua ação ou omissão, deixa de implementar uma vantagem ou prevenir danos, que podem desenvolver diversos eventos capazes de proporcionar a chance de obter ou não o resultado. Este conflito surge quando o réu, por sua ação ou omissão, deixa de implementar uma vantagem ou impedir o resultado¹⁹.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.112.

¹⁹ Nesse sentido, veja o trecho do acórdão de relatoria do Ministro Moura Ribeiro “a teoria da perda de uma chance busca compensar o dano oriundo da violação de uma legítima expectativa que deixou de se realizar por ato de terceiro que impediu a realização do resultado final esperado pelo indivíduo ao alterar o curso natural dos fatos”. BRASIL. STJ, EDcl no AgInt no REsp n. 1.860.663/RO, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000277831&dt_publicacao=19/11/2021 Acesso em 26 mai. 2023.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Savi²⁰ (2009, p.96) o Código Civil não dificulta a recuperação de chances perdidas. Em razão da responsabilidade civil no direito pátrio, entende-se que, por meio da interpretação das regras, as chances perdidas, que são importantes, devem ser compensadas quando for demonstrado que a ação do infrator fez com que a chance fosse perdida.

No campo da medicina, Miguel Kfoury Neto²¹ (2002, p. 1-22) descreve a especificidade da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, partindo do princípio de que, na França, há uma exacerbação da responsabilidade civil médica, com indicação de culpa em determinados circunstâncias e com a punição do profissional, ainda que ausente o nexo causal, quando verificada a perda da chance de cura.

Nesse caso, se o diagnóstico está errado para uma doença difícil²² de detectar ou que ocorre com pouca frequência, é claro que a chance perdida deve ser baseada em exames complementares, estudos científicos comprovados e precisos e a chance de que o tratamento e a cura funcionem. Então, agir de forma diferente pode fazer o paciente perder essa chance. Portanto, a chance²³ deve ser real e séria.

Caso ocorra um atraso nos cuidados médicos de um paciente devido a um diagnóstico impreciso ou precipitado, é possível responsabilizar o médico pela privação de uma chance.

²⁰ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.96.

²¹ KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1-22.

²² Para impedir a aplicação indiscriminada da teoria da perda de uma chance, importante registrar que "a apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência". BRASIL, REsp nº 1.622.538/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 24/3/2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201600652704> Acesso em 10 abr. 2023.

²³ Nos dizeres de Rodrigo Augusto Soares e Clarissa Machado Felício (2022, p. 83) "quando se diz respeito à chance efetivamente perdida, à dificuldade apresentada, advém a necessidade de demonstração, que está ligada à probabilidade real da chance efetivamente, que deverá ser majoritária e, mais uma vez, não pode derivar de um risco criado". SOARES, Rodrigo Augusto ; FELÍCIO, Clarissa Machado. A perda de uma chance como indenização decorrente de erro médico. Revista Científica UNIFAGOC, [s. l.], v. II, n.1, p. 67-84, 2022, p. 83.

Conforme Gonçalves²⁴ (2018, p. 269), a perda de uma chance, consiste na interrupção, causada por um evento antijurídico específico, de um processo que ofereceria à pessoa a chance de alcançar algo vantajoso no futuro. Assim, a chance é irreparavelmente perdida.

Mas a teoria da perda de uma chance ainda está sendo discutida no ordenamento jurídico brasileiro porque a reparação arbitrada pode ser baseada em informações vagas.

Dessa forma, a aceitação da teoria passa por um processo de aperfeiçoamento que inclui o aprofundamento de estudos e pesquisas, o amadurecimento da doutrina e a pacificação do direito nos tribunais.

São favoráveis à admissão da teoria no ordenamento pátrio diversos autores tais como Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral²⁵, Daniel Amaral Carnaúba²⁶, Judith Martins Costa²⁷, Rafael Peteffi da Silva²⁸, Sérgio Cavalieri Filho²⁹, e Sílvio de Salvo Venosa³⁰, Miguel Kfourri Neto³¹, sendo possível verificar que grande parte da doutrina brasileira admite a reparação pela Perda de Uma Chance.

Rafael Peteffi da Silva³², oferece uma análise singular e aprofundada no Brasil sobre a teoria da perda de uma chance, apresentando uma síntese das posições

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil, 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.269.

²⁵ AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do. Responsabilidade Civil pela Perda da Chance: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015. p. 55-70.

²⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. p. 165-166.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. 2. p. 358-362.

²⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁹ CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77-81.

³⁰ Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. Coleção Direito Civil; 2 – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.p. 29-35 e 271-277.

³¹ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos hospitais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p.277-290.

³² Conforme pode ser verificada em sua dissertação de mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, posteriormente em sua tese de na medicina

favoráveis e desfavoráveis à aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade médico-hospitalar.³³

Conforme observado por Andressa Cristina Teixeira³⁴ (2022, p. 61-91), essa matéria apresenta um desafio significativo para o sistema judiciário, uma vez que envolve uma discussão altamente técnica sobre os procedimentos médicos. Por esse motivo, os juízes frequentemente se baseiam na doutrina e no parecer de especialistas – perícia - para esclarecer o caso. Isso ocorre devido à complexidade do assunto e à necessidade de compreender aspectos específicos relacionados aos atos médicos envolvidos.

No Recurso Especial n. 788459/BA³⁵, a cargo do ministro Fernando Gonçalves, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concordou pela primeira vez que uma pessoa deve ser indenizada por perder uma chance.

apresentada na Universidade de São Paulo, e por último em seu livro (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês. Dissertação de Mestrado orientada por Judith Martins-Costa Faculdade de Direito da UFRGS, 2001; _ Modelos alienígenas de responsabilidade civil pela perda de uma chance: aceitação sistemática pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tese de Doutorado. Fadusp, 2004; _ Responsabilidade civil pela perda de uma chance 2 ed. São Paulo : Atlas, 2009. p. 15 e ss.).

³³ "A rigor, a perda de uma chance, nos casos em que o processo aleatório foi até o seu final, sempre deveria se constituir em uma opção subsidiária, utilizando somente após esgotarem as possibilidades da utilização ortodoxa do nexos causal. Observando esses rígidos parâmetros, sem nunca olvidar da seriedade da chance perdida, a aplicação da teoria da perda de uma chance estaria de acordo com o novo paradigma solidarista. Visto por este ângulo e sob estas circunstâncias, é possível afirmar que a perda de uma chance, aplicada em hipóteses nas quais o processo aleatório chegou ao seu final, não depende de uma desvirtuação do nexos causal, mas de uma evolução desse." Conforme conclusão de PETEFFI DA SILVA, Rafael. Modelos alienígenas de responsabilidade civil pela perda de uma chance: aceitação sistemática pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tese de Doutorado. Fadusp, 2004. p. 20 e ss.

³⁴ TEIXEIRA, Andressa Cristina; GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil decorrente de erro de diagnóstico médico: breve análise do posicionamento jurisprudencial dos estados do paraná, santa catarina e rio grande do sul. *Percurso*, [S.l.], v. 3, n. 44, p. 61 - 91, jul. 2022. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/e-2696/371374344> Acesso em: 28 maio 2023. doi: <http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v3i44.2696>.

³⁵ Recurso Especial 788459/BA. Indeniza o. impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constitui o Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da presta o por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. BRASIL, REsp n. 788.459/BA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006, p. 334. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006 .Acesso em: 27 fev. 2023.

A situação envolvia um programa de perguntas e respostas na TV. Nesse caso, a última pergunta não pôde ser respondida corretamente e o candidato não teve a chance de ganhar o prêmio inteiro, que valia um milhão de reais em ouro.

Nesse caso, foi utilizada a teoria da perda de uma chance, pois não havia como ter certeza de que o réu acertaria a resposta final. Mas isso é o que se esperaria que acontecesse, mesmo que houvesse muitos fatores diferentes em jogo.

A complexidade da identificação do tipo de dano causado, aliada ao fato de o lesado poder esclarecer erroneamente sua vontade, contribui para a dificuldade de indenizar em circunstâncias que envolvem a perda de uma chance.

Conforme ressaltado por Sérgio Savi³⁶ (2009, p. 20), a questão da reparação em casos que envolvem a perda de uma chance é complicada devido à dificuldade em caracterizar o tipo de dano envolvido.

O paciente corre o risco de ter seus direitos desrespeitados se for impossível estabelecer um nexo de causalidade entre a ação e a perda final. Isso ocorre porque existem vários outros fatores que podem afetar o resultado, e a única maneira de estabelecer uma conexão causal é entre a ação prejudicial e a eliminação da chance.

Diante das informações apresentadas acima em relação à aplicação da teoria da chance perdida, constatou-se que, apesar de a doutrina e os tribunais terem avançado na direção de sua aceitação e definição de seus parâmetros, existem desafios no processo de assimilação da técnica e aplicação da ideia da chance perdida no Brasil.

Esses desafios envolvem, por exemplo, a dificuldade em quantificar a chance perdida, a necessidade de se comprovar a existência de uma probabilidade³⁷ real e

³⁶ Isso ocorre porque a parte prejudicada pode expressar inadequadamente seu desejo, ao invés de buscar compensação pela chance perdida, ela solicita reparação pela perda da vantagem, sem levar em consideração o requisito de certeza dos danos, conforme SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.20.

³⁷ Como se nota do julgamento de relatoria da Ministra Assusete, deve ser analisado a probabilidade de dano real, atual e certo, não a mera possibilidade: “Perda de uma chance. Não há disposição legal que, de matéria explícita, se refira a indenização de quem perdeu uma chance em razão de ato ilícito, sendo o entendimento desse dever de indenizar o resultado de construção jurisprudencial, construção essa com a efetiva colaboração deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Todavia é de se exigir que haja indenização nas hipóteses em que alguém perde uma real oportunidade de conseguir um benefício concreto e perfeitamente possível. Para esse desiderato, se adota como paradigma o venerando acórdão deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp 1.540.153/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 06/06/2018. (...) Pelo confronto entre

razoável de sucesso, além de outras questões relacionadas à complexidade e subjetividade da aplicação da técnica em casos concretos.

Essas facetas serão discutidas com mais profundidade em seguida.

2.3 A absorção da técnica da teoria da perda de uma chance pelo direito brasileiro

A absorção da técnica da teoria da perda de uma chance pelo direito brasileiro representa uma evolução significativa no campo da responsabilidade civil.

Segundo Daniel Carnaúba³⁸ (2013, p.157), semelhante ao sistema jurídico da França, a lei brasileira foi obrigada a lidar com a inclusão da álea no sistema de responsabilidade civil.

Os problemas que surgem em ambas as nações não são fundamentalmente diferentes; nos Estados Unidos, os juízes são confrontados diariamente com disputas comparáveis às que surgem na França, o que justifica o desenvolvimento do método de reparação de chances (TARTUCE³⁹, 2023, p. 435-441).

Por exemplo, se o advogado de um cliente perder um prazo processual, o cliente pode processar o advogado⁴⁰ por danos resultantes da negligência do

recorrido e paradigma, verificam-se diferentes abordagens do que seria o direito à indenização pela perda de uma chance, eis que o acórdão recorrido exige dano real, atual e certo e o paradigma assegura o simples obstáculo para que alguém participe de uma disputa. Mesma matéria fática, perda de uma chance, diferente conclusão jurídica, acórdão recorrido exigindo probabilidade e acórdão paradigma referindo-se à possibilidade”. BRASIL, STJ, AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.610.544/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/10/2022, DJe de 25/10/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903258440&dt_publicacao=25/10/2022 Acesso em 25 mai. 2023.

³⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013.p. 157.

³⁹ TARTUCE, Flávio Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2 . 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 435-441.

⁴⁰ Nesse sentido o Recurso Especial 993936/RJ. “Responsabilidade Civil. Recurso Especial. dano moral. perda de prazo por advogado. teoria da perda de uma chance. decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial na questão principal que analisou as próprias razões recursais, superando a alegação de intempestividade. dano moral inexistente. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de

advogado e pedir uma compensação por esses danos; se um erro de diagnóstico impedir o paciente de receber tratamento adequado para sua doença, o que pode ter evitado a morte do paciente, a família da vítima pode mover uma ação contra o profissional negligente⁴¹ ou do hospital.

Quando se trata de casos como este, a coisa mais difícil para os magistrados lidarem é o paradoxo da certeza. Não há dúvida de que a vítima sofreu uma lesão injusta em um de seus interesses como consequência direta da perda de uma oportunidade de alcançar um resultado desejável. No entanto, devido à natureza do local em que ocorre o conflito, é impossível aplicar a norma reparatória. Isso tem um impacto direto em dois dos aspectos da responsabilidade, a saber, o prejuízo e o nexo de causalidade⁴² (PIMENTEL, 2021, p.30).

Em 1990, o Brasil começou a usar a técnica de reparação de probabilidades para resolver esses tipos de problemas. Rafael Peteffi da Silva⁴³ (2013, p. 196) diz que a lei francesa teve grande impacto nessa mudança, especialmente após uma

responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido. BRASIL, STJ, REsp n. 993.936/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 23/4/2012. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200702337574> Acesso 10 fev. 2023.

⁴¹ A esse respeito veja a decisão proferida no BRASIL, STJ, REsp n. 1.254.141/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221254141%22%29+ou+%28RESP+adj+%221254141%22%29.suce>> Acesso em: 27 fev. 2023

⁴² PIMENTEL, Raimunda Antonila Campos Mota. Utilização da teoria da perda de uma chance no direito à saúde: análise à luz da jurisprudência brasileira. 2021. Orientador Eduardo Rocha Dias. Dissertação (Mestrado) Universidade de Fortaleza UNIFOR, 2021. p.30.

⁴³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro - 3. ed. Livro digital - São Paulo: Atlas, 2013. p. 196.

palestra⁴⁴ do professor François Chabas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 23 de maio de 1990, intitulada "La perte d'une chance en droit français".⁴⁵

Pouco tempo depois da exibição, o Tribunal de Justiça daquele estado proferiu a primeira decisão brasileira que mencionou a ideia de perda de chance. Era um caso de responsabilidade médica, mas a técnica só foi mencionada e não foi realmente utilizada⁴⁶.

Logo depois, em 1991, outra ação de responsabilidade civil pela perda de uma chance foi encaminhada ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde, por acaso, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior foi novamente nomeado relator do processo. Foi um caso típico de chance perdida por descuido de um advogado⁴⁷.

A autora recorreu ao judiciário contra INPS para tentar obter uma determinada prestação pelo falecimento do marido. Acontece que os autos do processo a que se refere se perderam, e o advogado do autor não comunicou isso ao seu cliente.

Desta vez, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior deixou claro que a verdadeira causa trazida pelos autos era claramente sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que o descuido do advogado tirou da vítima a chance de o juízo julgar sua ação e o seu voto⁴⁸ foi seguido pelos demais.

⁴⁴ Ratificando o caráter pioneiro do tribunal gaúcho, Miguel Kfoury Neto cita o voto do "Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Jr., à época desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em voto que proferiu (RJTJRGS 149/459) reproduz as características da perda de uma chance, na lição de François Chabas (La perte d'une chance en droit français, palestra na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.05.1990)". KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 11. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.69.

⁴⁵ Uma seleção do que foi discutido durante a votação o Desembargador Ruy Rosado em 12 de junho de 1990 no Apelação Cível nº 589.069.996.

⁴⁶ No caso citado, venceu o entendimento do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ficando consignado no acórdão da Apelação Cível nº 589069996 o seguinte: Responsabilidade civil. médico. cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando nevoa no olho operado e hipermetropia. responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance. BRASIL, TJRS. Apelação Cível nº 589069996. Quinta Câmara Cível, Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12/06/1990. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/5309479>>. Acesso em 27 fev 2023.

⁴⁷ Alerson Henrique da Silva Marques (2023, p.5), afirma "que a teoria da perda de uma chance não possui origem através de uma irresponsabilidade advocatícia, porém, de uma atuação médica." MARQUES, Alerson Henrique da Silva. A responsabilidade civil do advogado. Research, Society and Development, v. 12, n. 2, e 10312240232, p1-18, 2023, p. 5. Disponível em <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/40232/32983>> Acesso em 24 mai. 2023.

⁴⁸ Veja a ementa do julgamento citado: responsabilidade civil. advogado. perda de uma chance. age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato á sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar á mandante pela perda da chance.

Os tribunais superiores consagraram pela primeira vez a restituição das chances 15 anos depois. A famosa decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 788.459-BA⁴⁹, conhecido como "Show do Milhão" foi proferida em 8 de novembro de 2005.

O caso em questão era sobre um programa de TV que pedia às pessoas que respondessem a perguntas e, para cada resposta correta, a pessoa ganhava uma barra de ouro como prêmio. Para cada questão respondida corretamente, o prêmio em barra de ouro aumentaria em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo a última questão no valor de R\$ 1.000.000,00. (um milhão de reais).

Quando um participante acertava a penúltima questão, ganhava R\$ 500 mil e podia escolher se queria ou não responder à última questão. No caso em tela a participante optou por não responder à pergunta que havia sido feita. No final, descobriu que não havia resposta certa para a última pergunta por causa da forma como foi feita.

A questão de um milhão de reais questionava qual a porcentagem de terra que a Constituição brasileira definia como direito dos índios: 22%, 2%, 4% ou 10% e a Constituição brasileira especifica apenas uma fração de terra indígena em seu art. 231. As alternativas da participante eram falsas.

A participante processou a BF Utilidades Domésticas LTDA, empresa do grupo "Silvio Santos", no valor de R\$ 500,00 (quinhentos mil reais) por ter perdido a recompensa final devido à formulação errônea da questão. O pedido da autora foi provido em primeiro grau, condenando a ré a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pela perda de uma oportunidade. O Tribunal de Justiça da Bahia negou provimento ao recurso de segunda instância da ré e manteve a sentença do tribunal a quo.

A ré interpôs recurso especial porque a indenização violou o art. 1.059⁵⁰ da Lei nº 3.071 de 1916 (Código Civil de 1916) e alegou que, caso a condenação fosse

(BRASIL, TJRS. Apelação Cível nº 591064837. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 29.08.1991. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/5434026> Acesso em: 27 de fev. 2023.

⁴⁹ Integra do acórdão disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=592103&tipo=0&nreg=200501724109&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060313&formato=PDF&salvar=false> Acesso em 18 abr. 2023.

⁵⁰ O artigo 1.059 do Código Civil de 1916, corresponde ao artigo 402 do atual Código Civil, estabelecido pela Lei nº 10.406 de 2002 e assim dispõe "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em

mantida, a autora teria direito a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) de indenização, pois havia quatro opções para cada questão e 25% de probabilidade de acertar (vinte e cinco por cento).

O STJ considerou a empresa ré civilmente responsável por reduzir as possibilidades de lucro da autora, mas diminuiu o valor da condenação conforme alegação da ré. Segundo o ministro Fernando Gonçalves, a autora teria 25% de chance de receber os quinhentos mil reais se a questão fosse formulada corretamente. O STJ⁵¹ reduziu o pagamento da indenização porque a chance perdida, e não a vantagem prevista, deve ser ressarcida.

Conforme observa Daniel Carnaúba⁵² (2013, p.158) a cultura jurídica nacional caracteriza-se pela abertura às influências externas, sempre disposta a incorporar inovações desenvolvidas em outros ordenamentos jurídicos. No entanto, a postura receptiva pode, por vezes, ocultar um excessivo grau de respeito por parte do nosso ordenamento jurídico em relação aos ordenamentos jurídicos de outros países.

O citado autor ainda observa que por causa disso, estamos vulneráveis a dois tipos distintos de perigo: o primeiro é a possibilidade de introduzirmos uma ideia inadequada em nossa estrutura, e o segundo é a possibilidade de aplicarmos essa ideia de maneira inconsistente, abraçando premissas que são totalmente diferentes daqueles que resultaram na criação do instituto.

A regra geral da responsabilidade civil brasileira tem por fundamento a reparação do dano definitivo sofrido pela vítima, desde que configurados os requisitos essenciais para o caso concreto, como conduta, nexos causal, dano e culpa, que, a depender da responsabilidade a ser atribuída, pode ser objetiva ou subjetiva.

lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

⁵¹ Segue a ementa do caso citado: “Recurso especial. indenização. impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 788.459/BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgamento: 08.11.2005. Órgão Julgador: Quarta Turma. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=592103&nreg=200501724109&dt=20060313&formato=PDF>> Acesso em 27 fev. 2023.

⁵² CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. p. 158.

Em outras palavras, a regra geral da responsabilidade civil brasileira é baseada na reparação da vítima pelo dano sofrido. Caso seja necessária uma compensação pela perda de uma oportunidade, os mesmos padrões também serão exigidos. No entanto, o que se exige a ser compensado é o acaso anteriormente presente, que inevitavelmente deve ser séria e real.

Como se vê, a perda da chance é motivo de compensação. Então, para descobrir até onde pode ir o acaso, verifica-se sua nomeação como dano atual. Passa-se então a uma análise da certeza do dano causado pela vítima, uma classificação da chance e, por fim, uma configuração da perda da chance.

Todo esse processo é necessário para descobrir o que deve ser pago quando uma chance é perdida, pois a teoria não pode ser alterada para que danos hipotéticos⁵³ sejam garantidos e adicionados ao rol de danos recuperáveis, nem pode ser alterada para que as perdas das chances que não se enquadram na linha tênue que separa esse tipo de dano dos outros não podem ser compensadas.

Seguimos então para o elemento específico do estudo, que envolve responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance, especificamente no erro de diagnóstico para posteriormente analisarmos a quantificação da indenização pela chance perdida.

⁵³ É necessário que exista um prejuízo, que não pode ser hipotético. Kfoury Neto (2018, apud Mazeaud e Mazeaud, p. 266) abordam, em suas lições que: “São numerosos os casos em que uma pessoa se queixa de haver perdido uma chance (probabilidade) por culpa de outra. Encarregado de conduzir ao hipódromo um cavalo de corridas ou a seu jóquei, o transportador se atrasa, fazendo com que cheguem depois do início da corrida; por isso, o proprietário perde a chance de ganhar o prêmio. Notário, negligente no cumprimento do mandato que lhe havia sido conferido pelo cliente, faz com que este perca a probabilidade de adquirir uma propriedade. Auxiliar de escritório de advocacia, encarregado de protocolar apelação, ou advogado, que deveria recorrer, perdem os prazos; seus clientes perdem a chance de que se modifique a decisão contrária. (...) Todas essas espécies e muitas outras surgem na jurisprudência. Os tribunais não têm vacilado em conceder reparação. Sem dúvida, não era certo que o cavalo ganharia a corrida, ou que o recurso seria provido (...). Mas é inegável que havia uma chance. E esta chance se perdeu. Existe aí um prejuízo, que não é hipotético (...)”. KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos hospitais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 266.

3 O Erro de Diagnóstico

Apesar dos grandes avanços da medicina⁵⁴, o erro de diagnóstico ainda ocorre na prática médica.

Normalmente, existem vários estágios na interação médico-paciente. Começa com o primeiro contato e continua até o estabelecimento de um diagnóstico, que normalmente é a base das informações sobre a melhor forma de tratar a condição do paciente.

O diagnóstico é conceituado como um procedimento minucioso no qual o médico analisa diversos dados, como os sintomas e sinais apresentados pelo paciente, seu histórico clínico e familiar, além de realizar exames físicos e complementares, como os de laboratório e de imagem. Essa análise detalhada permite a identificação de uma doença específica, fornecendo informações sobre seu prognóstico e as opções de tratamento adequadas⁵⁵. (SCHAEFER, 2012, p. 64-66).

Um diagnóstico preciso é o primeiro passo no processo de cura⁵⁶. Permite observar os sintomas do doente por meio de métodos científicos e técnicos, levando a um diagnóstico da saúde do paciente. Com o diagnóstico, o profissional pode determinar o melhor tratamento. Como resultado, se fizer o diagnóstico errado, ele também pode administrar o tratamento errado.

⁵⁴ Conforme Elias Farah “Há, pois, diagnósticos que estipulam obrigações, em face do avanço da ciência médica. O diagnóstico constitui, também, em casos específicos, uma obrigação de resultado. Existe já a *medicina diagnóstica*, que habilita o médico, com equipamentos de muita eficiência, a diagnosticar com segurança inúmeras doenças. Existem exames laboratoriais ou radiográficos que detectam enganadamente moléstias graves, algumas chamadas *morte anunciada*, e que, embora depois desmentidas, causam ao paciente profunda angústia, danos à saúde física e até prejuízos familiares e profissionais, como no caso da AIDS e da depressão.” FARAH, Elias. Erro médico e iatrogenia: considerações sobre seus efeitos. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 26-2010, n. Jul - Dez, p. 56–97, 2010. p.71.

⁵⁵ SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2012. p.64-66.

⁵⁶ É esperado pelo paciente/consumidor é que não apenas o médico ofereça o serviço contratado com presteza, mas que perceba e conheça o que lhe aflige, identifique as causas e acerte precisamente o diagnóstico, prescreva, sem equívocos, a solução técnica para seu problema de saúde e acompanhe todo o desenrolar das fases do tratamento, tudo isso de maneira próxima e empática. CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio; SÁ, Inácia Maria de Paulo. Dos danos existenciais na relação paciente-médico-hospital-laboratório. Global Health Law Journal, Santos-Brazil, v. 01, n. 01, p. 137-166, 2023, p. 142-143 available at: <https://ojs.unisant.br/index.php/GHL/index> Acesso em 25 mai 2023.

José Fragata⁵⁷ e Luís Martins (2014, p.43-62) afirmam que, os processos mentais são os culpados pelo erro humano. Quando alguém está distraído, indiferente ou desmotivado, é mais provável que ocorram erros como esses. Em segundo lugar, para ser claro, uma abordagem sistêmica assume que o dano ao paciente é o resultado de uma reação em cadeia de causas. Sugere que mudanças podem ser feitas nos ambientes laborais das pessoas, apesar da estabilidade inerente à natureza humana

O erro de diagnóstico é problema sério, os resultados de tal falha podem ser catastróficos, desde o sofrimento do paciente até, na pior das hipóteses, a morte do paciente.

A jurisprudência vem decidindo que um diagnóstico errado, que resulta em tratamento inadequado, constitui uma perda da chance de cura ou sobrevivência. Essa decisão possibilita que o paciente ou os membros da sua família busquem reparação, mas apenas na medida em que a perda da chance o justifique.

No processo de diagnóstico, tudo começou quando os profissionais médicos reconheceram a necessidade de implementar um método para obter uma compreensão mais precisa da doença que estavam tratando. Os médicos teriam mais chances de sucesso no tratamento, se tivessem uma compreensão mais profunda de seus mecanismos.

O diagnóstico é o resultado do exame aprofundado dos sintomas do paciente pelo profissional, respaldado na vasta formação e experiência, bem como nas tecnologias disponíveis.

Por isso, é fundamental o profissional da medicina fazer anamnese com enfermo no primeiro contato, momento que os sintomas serão estudados brevemente. Essa normalmente é a primeira coisa que os médicos fazem ao tentar descobrir o que há de errado, conforme esclarecido por Fabrício Zamprogna Matiello⁵⁸ (2014, p.73-75).

⁵⁷ FRAGATA, José; MARTINS, Luís. O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra: Almedina, 2014, p.43-62.

⁵⁸ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: LTr, 2014, p. 73-75

A argumentação do doente é o primeiro passo na análise diagnóstica, que é um dos aspectos mais importantes para determinar o curso do tratamento mais eficaz, ou seja, primeiro é necessário investigar o que precisa ser tratado.

Costales⁵⁹ (1987, p. 115-135), explica que para obter certeza diagnóstica, medidas preliminares são necessárias. Essas medidas podem ser divididas em duas categorias: a) levantamento dos dados, com visão panorâmica de todos os sintomas pelos quais se manifestam pela doença, e sua devida interpretação; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, usando todos os meios à sua disposição, procedimentos e instrumentos (exames laboratoriais, radiografias, eletrocardiogramas, etc.); b) interpretação dos dados previamente obtidos, coordenando-os e relacionando-os entre si bem como comparando-os com as diversas condições do quadro de referência; Portanto, o diagnóstico consiste em determinar o estado de saúde do paciente, após todas as avaliações terem sido concluídas e o vínculo estabelecido.

Contudo, existem algumas doenças que são difíceis de diagnosticar porque requerem muitos testes diferentes e complexos. Pode haver informações erradas do doente informada por ele mesmo, ou deixado alguma informação de fora.

Nesses casos se faz necessário análise minuciosa do problema, juntamente com uma avaliação das ferramentas à disposição do profissional.

O diagnóstico vai definir a doença para selecionar o curso de terapia mais eficaz, todavia jamais será um cálculo simples. É preciso um certo nível de habilidades de observação aguda que nem todos os médicos possuem para chegar ao diagnóstico preciso.

A infalibilidade médica não permite reconhecer em termos absolutos, tornando extremamente desafiador para os juízes estabelecer a culpabilidade civil por erros de diagnóstico na seara médica. No entanto, tais erros também podem depender das especificidades da situação de cada paciente⁶⁰.

⁵⁹ COSTALES, Javier Fernandez. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. La Ley. 1987. p. 114-135

⁶⁰ Conforme Elias Farah (2010, p. 76) "A perda de uma chance ocorre, por exemplo, no diagnóstico retardatário ou moroso de médico, que acarreta desfecho fatal, ou não permitindo que a cura da doença fosse realizada ou fosse prolongada a vida do paciente. A teoria é cabível e mais plausível nos casos de procedimentos médicos com obrigações de resultados, e que o resultado da chance seja justo e

Em geral, o erro de diagnóstico é escusável⁶¹, a menos que seja, por completo grosseiro⁶² (COSTALES, 1987, p.172).

Portanto, se o profissional da medicina prudente não cometeu o mesmo erro de avaliação diagnóstica, operando sob as mesmas condições externas do médico réu, pode haver responsabilização do profissional médico pelo equívoco na avaliação do diagnóstico.⁶³

Não dá para transformar qualquer erro no diagnóstico em dever de indenização. Tratado dever só poder ser apreciado se tiver dano causado por culpa do médico, se o profissional da medicina não fez o que deveria fazer, ou se foi descuidado ou fez algo errado.

É considerado erro de diagnóstico se a conclusão do médico não condiz com a real condição do paciente e geralmente é reconhecido como uma preocupação relevante.

razoável.” FARAH, Elias. Erro médico e iatrogenia: considerações sobre seus efeitos. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 26-2010, n. Jul - Dez, p. 56–97, 2010. p.76.

⁶¹ Nessa toada é possível verificar o julgamento do REsp n. 1.662.338/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ, julgado em 12/12/2017, DJe de 2/2/2018, disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654017&num_registro=201503075580&data=20180202&formato=PDF> Acesso em 08 abr. 2023.

⁶² COSTALES, Javier Fernandez. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. La Ley. 1987. p. 172.

⁶³ Como se depreende do entendimento jurisprudencial que segue ementado “apelação cível. responsabilidade civil. ação indenizatória por danos morais. erro médico. alegação de negligência no atendimento prestado à filha dos autores que veio a falecer. demanda contra o nosocômio. ausência de prova de erro. conjunto probatório que não aponta defeito do serviço. sentença de improcedência mantida. - Responsabilidade civil dos hospitais. as instituições hospitalares, quando demandadas em virtude de seus serviços, assumem responsabilidade objetiva por força do art. 14 do CDC, motivo pelo qual basta a comprovação de nexo de causalidade entre a conduta e o dano, de modo que só afastada em havendo demonstração da ocorrência de alguma excludente legal (art. 14, § 3º, do CDC). necessário, no entanto, para que sejam responsabilizadas por alegado erro de diagnóstico, cirurgia e condução de um determinado tratamento, que reste comprovada a conduta desidiosa, negligente ou imperita do profissional que atendeu o paciente. - Erro médico. caso dos autos em que restou demonstrado pelo contexto probatório que o diagnóstico da apendicite não é simples, podendo ser dificultado em determinadas circunstâncias, não tendo havido, no caso da filha dos autores, negligência ou imperícia. o quadro da pequena paciente, inicialmente, não era conclusivo ou sugestivo de apendicite aguda. exames clínico, de sangue, de urina e de imagem que não indicavam probabilidade de apendicite quando buscado o serviço de emergência do réu. durante a internação, a menina foi acompanhada com afincos pela equipe médica que a reavaliou e examinou diversas vezes, inclusive iniciando antibioticoterapia antes mesmo da confirmação do diagnóstico e já com cirurgia diagnóstica e terapêutica agendada. paciente acometida por fatalidade de rápida evolução a despeito de todos os esforços médicos. apelação desprovida. (BRASIL, TJ/RS. Apelação Cível, Nº 50019210520158210039, 9ª Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 24-08-2022. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php Acesso em 08 abr. 2023.

Tendo interpretado mal a apresentação clínica do doente, o diagnóstico pretendido foi perdido e o tratamento pretendido foi ineficaz. Erros médicos, especialmente aqueles relacionados a diagnósticos incorretos, podem ter consequências de longo alcance para o paciente e podem ser fatais.

O erro de diagnóstico nos ensinamentos de Fernanda Shaefer⁶⁴ (2012, p.66) pode ser dividido entre aqueles evitável⁶⁵ e aqueles não evitável⁶⁶. Elas serão inevitáveis quando causadas pelos limites da própria medicina. Por exemplo, ainda existem muitas doenças que não foram nomeadas e muitas outras cujas causas não são conhecidas. Às vezes, os avanços tecnológicos não são suficientes para fazer um diagnóstico correto.

A tecnologia auxilia o profissional da medicina, ela ainda desempenha um papel crucial e essencial, mas a tecnologia ainda depende de pessoas para praticá-la. Esse avanço tecnológico ainda requer supervisão médica para funcionar.

O avanço da tecnologia é benéfico para o campo da medicina. O risco de cometer um erro foi significativamente reduzido devido ao aumento da sofisticação e avanço tecnológico das ferramentas usadas para auxiliar os profissionais, reduzindo as chances de erro no diagnóstico, conforme se verifica no artigo publicado pela Dell healthcare.⁶⁷

A tecnologia tem tornado os exames de imagem cada vez mais nítidos e eletronicamente acessíveis, dando aos médicos condições de diagnosticar problemas de saúde com muito mais precisão e rapidez. Uma dessas inovações, a chamada tierização, consiste em direcionar e armazenar dados recentes e, portanto, acessados com frequência, a servidores mais rápidos

⁶⁴ SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66.

⁶⁵ Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da Medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves, portanto, não são puníveis. Maior atenção, deve-se dar aos erros de diagnóstico evitáveis, pois estes sim, envolvem a responsabilidade civil e/ou penal do médico. São erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos, etc.) tivessem sido tomadas. SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66.

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

⁶⁷ HEALTHCARE, Dell. Tecnologia Reduz Riscos de Erro Médico. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/tecnologia-reduz-riscos-de-erro-medico/> Acesso em: 12 de abril de 2023.

O avanço da tecnologia é tão importante que em 5 de maio de 2022, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 22.314 de 2022⁶⁸, que define e regulamente a telemedicina, como forma de serviços médicos por tecnologias de comunicação.

Para Vilas Boas⁶⁹ (2022, p. 296) dentre as preocupações e desvantagens advindos da utilização e regulamentação da telemedicina enfatiza o temor das associações médicas de que a demanda por médicos seja reduzida, gerando uma onda de desemprego no setor e um aumento no número de diagnósticos equivocados, uma vez que a telemedicina impossibilita a realização de exames físicos.

A pesquisa realizada pela Associação Paulista de Medicina em fevereiro de 2020 constatou que “90% dos médicos acreditam que as novas tecnologias digitais, que possuam alto padrão de segurança e ética, podem ajudar a melhorar a assistência em saúde à população”.⁷⁰

Conforme Araújo⁷¹ e Hornung (2022, p.114), é fundamental ressaltar que apenas os médicos devidamente registrados no Conselho Federal de Medicina têm autoridade para realizar diagnósticos de doenças. Portanto, em casos de erros de diagnóstico, a responsabilidade recai sobre o médico. Por essa razão, os resultados fornecidos pelos sistemas de inteligência artificial devem ser avaliados e confirmados pela equipe médica antes de se chegar ao diagnóstico final do paciente.

⁶⁸ Veja a íntegra da Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.314/2022, que define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. BRASIL. Publicada no D.O.U. de 05 de maio de 2022, Seção I, p. 227, disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2314> Acesso em 12 de abril de 2023.

⁶⁹ VILAS BOAS, Ana Luiza Machado; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. Responsabilidade civil dos médicos no exercício da telemedicina. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 271–301, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i1.3783. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/3783>. Acesso em: 28 maio. 2023.

⁷⁰ APM Associação Paulista de Medicina, 9 em 10 médicos aprovam uso de tecnologias digitais na Saúde. Notícias em destaque do dia 11/03/2020. Disponível em <https://www.apm.org.br/noticias-em-destaque/9-em-10-medicos-aprovam-uso-de-tecnologias-digitais-na-saude/> Acesso em 12 de abril de 2023.

⁷¹ ARAÚJO, Jaílson Souza; HORNUNG, Jociane Aparecida. Inteligência artificial no diagnóstico de doenças: a responsabilidade civil do médico em caso de erro de diagnóstico, *R. Themis, Fortaleza*, v. 20, n. 1, p.113-145, jan-jun. 2022. p.114.

No contexto atual, é importante enfatizar que o uso da inteligência artificial no diagnóstico de doenças deve ser considerado apenas como um suporte à tomada de decisão médica, e não como um substituto do profissional.

Nitidamente podemos observar que o campo da saúde está passando por um período de avanço tecnológico, e o setor como um todo tem trabalhado em direção ao objetivo de melhorar os resultados do tratamento para pacientes e profissionais da medicina.

As inovações no campo da medicina incluem desde processos digitais até a aplicação da robótica em procedimentos cirúrgicos, telemedicina, com receitas eletrônicas, registros médicos eletrônicos e uma variedade de outras tecnologias.

Também é importante ter em mente que um nível mais alto de sofisticação da tecnologia resulta em expectativas mais altas quando se trata de diagnóstico.

Conforme bem observado por Osvaldo Landri Jr⁷², à medida que a análise médica melhora, torna-se mais fácil e rápido encontrar doenças, o que torna possível tratá-las melhor. Além disso, o diagnóstico precoce permite que os médicos prevejam como será a saúde do paciente e tomem medidas preventivas, afirmando que:

A grande responsável por toda essa evolução é a tecnologia, que permitiu, por exemplo, o avanço nos exames de diagnóstico por imagem, o que agilizou a identificação de patologias em fase inicial, otimizando tratamentos e aumentando as chances de cura.

A informática e os aparelhos modernos melhoraram a detecção e o tratamento de doenças na saúde. A tecnologia moderna, construída por humanos para humanos, resolveu muitos problemas anteriormente intratáveis e pode melhorar a vida e a saúde das pessoas⁷³.

A tecnologia causa maiores expectativas em relação ao diagnóstico sem dúvida, a ideia de que a doença é um mau funcionamento de uma parte, órgão ou sistema do corpo, com uma única ou múltiplas causas, assumiu o controle. Isso fez com que os médicos olhassem para o indivíduo (para a parte de seu corpo que foi

⁷² Osvaldo Landi Jr. médico radiologista e Gerente de Inovação e Dados da Fundação Instituto de Pesquisa e Estudo de Diagnóstico por Imagem (FIDI). Artigo: Como a tecnologia tem aprimorado o diagnóstico por imagem. Publicado na Medicina SA em 25/07/2022. Disponível em <https://medicinasa.com.br/tecnologia-diagnostico-imagem/> Acesso em 12 de abril de 2023.

⁷³ Paim JS. Vigilância da saúde: tendências de reorientação de modelos assistenciais para a promoção da saúde. In: Czeresnia D, Freitas CM. Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro (RJ): Fiocruz; 2005. p.519-530

ferida) para encontrar o "mal" e tratá-lo, usando o hospital como um espaço de cuidado privilegiado. A medicina fez muito progresso em hospitais e clínicas, onde médicos e enfermeiros usam métodos e tecnologias cada vez mais avançados para diagnosticar e tratar doenças.⁷⁴

Se espera que o número de casos de erros de diagnóstico diminua como resultado da interação que existe entre a tecnologia e a medicina. Isso porque o profissional treinado será capaz de realizar suas funções equipado com o auxílio de diversas tecnologias.

No caso de um erro diagnóstico, as restrições práticas a que o profissional foi submetido também devem ser investigadas, devendo ser analisado se o profissional da medicina ofereceu o melhor atendimento possível ao paciente, para que ele não seja responsabilizado injustamente.

Os médicos têm a obrigação de oferecer aos pacientes o melhor tratamento possível, e isso inclui diagnóstico correto e tratamento adequado, assim se faz necessário a abordagem do próximo tópico.

3.1 Erro de diagnóstico vs. tratamento

É importante abordar a diferença entre erro de diagnóstico e erro de tratamento nos casos de perda de uma chance por erro de diagnóstico porque esses dois conceitos são distintos e têm implicações diferentes no cuidado médico.

O erro de diagnóstico ocorre quando um profissional de saúde não consegue identificar corretamente a condição de saúde de um paciente, levando a um diagnóstico incorreto, atrasado ou perdido.

Isso pode resultar em uma perda de oportunidade para iniciar o tratamento adequado no momento certo. Por exemplo, se um paciente apresenta sintomas de uma doença grave, mas é diagnosticado erroneamente com uma condição menos grave, o tratamento adequado pode ser atrasado ou até mesmo não realizado, o que pode comprometer as chances da sua recuperação.

⁷⁴ LORENZETTI; Leticia de Lima Trindade; Denise Elvira Pires de Pires; Flávia Regina Souza Ramos. Tecnologia, inovação tecnológica e saúde: uma reflexão necessária. Reflexão. Texto contexto - enferm. 21 (2). Jun 2012. <https://doi.org/10.1590/S0104-07072012000200023> Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/63hZ64xJVrMf5fwsBh7dnnq/?lang=pt> Acesso em 17 abr. 2023.

Por outro lado, o erro de tratamento ocorre quando um profissional de saúde escolhe um tratamento inadequado ou realiza um procedimento de forma inadequada, mesmo que o diagnóstico seja correto. Nesses casos, o paciente pode receber um tratamento ineficaz, desnecessário ou prejudicial, o que também pode resultar na perda de uma chance.

Podemos citar a título de exemplo o AgInt no AREsp n. 1.814.217/DF⁷⁵, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, em que fora aplicado a teoria da perda de uma chance no caso de erro de tratamento envolvendo o Distrito Federal. A ação buscava indenização por danos morais devido à alegada omissão na rede de saúde pública, resultando em tratamento inadequado e no subsequente falecimento de um recém-nascido.

Inicialmente, o pedido foi julgado improcedente em primeira instância. No entanto, a parte autora apelou e o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, condenando o réu ao pagamento de uma indenização de R\$ 50.000,00 para cada autor (pai e mãe do recém-nascido).

O Superior Tribunal de Justiça analisou o acórdão do Tribunal local e constatou que, ao examinar as provas do processo, não foi concluído que o falecimento do recém-nascido foi exclusivamente causado pela omissão do réu.

Embora o pleito inicial fosse de indenização por dano moral. O Tribunal local entendeu que, caso não tivesse ocorrido a falha na prestação do serviço, os eventos poderiam ter tomado um rumo diferente, alterando a cadeia causal dos

⁷⁵ Conforme se verifica da ementa: "(...) no caso dos autos, conforme se extrai do acórdão recorrido, cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada em face do Distrito Federal, sob a alegação de existência de omissão de sua rede de saúde pública, por insuficiência do tratamento fornecido e posterior falecimento de recém-nascido. Em primeira instância, foi julgado improcedente o pedido e interposta apelação pela parte autora, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, para condenar o Distrito Federal ao pagamento de indenização de R\$ 50.000,00 para cada autor.2. Não há falar em omissão pelo Tribunal de origem e violação do artigo 1.022 do CPC, pois é possível perceber da leitura do acórdão recorrido que o Tribunal local, analisando as provas dos autos, não concluiu que a ocorrência do dano - falecimento do recém-nascido - decorreu somente da conduta omissiva do ente público, mas que "acaso a falha na prestação do serviço não tivesse ocorrido, a cadeia causal seria diretamente impactada e os acontecimentos poderiam ter tomado outro curso", de modo que aplicou a teoria da perda de uma chance ao caso em análise. 3. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao artigo 1.022 do CPC/2015, pois não há que se confundir decisão contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional.(...): BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 1.814.217/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9/8/2021, DJe de 13/8/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003467113&dt_publicacao=13/08/2021 Acesso em 26 mai. 2023.

acontecimentos. Diante disso, aplicou a teoria da perda de uma chance ao caso em questão.

Assim, é evidente que, embora o pedido inicial tenha sido de indenização por danos morais em razão do erro no tratamento, o Tribunal local condenou com base na perda de uma chance, e não por dano moral, e a decisão foi validada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao abordar a diferença entre erro de diagnóstico e erro de tratamento nos casos de perda de uma chance, é possível avaliar a conduta do profissional de saúde, determinar a responsabilidade pelos danos causados ao paciente e buscar as medidas adequadas para garantir a prestação de cuidados médicos adequados e a devida compensação, se necessário.

Como já vimos, existem diferentes etapas na relação entre um médico e um paciente, desde o primeiro encontro no consultório até o tratamento e, dependendo da hipótese, a cura.

Portanto, há limites éticos, morais e legais para essa relação, que tem duas grandes etapas: o diagnóstico e o tratamento. Um diagnóstico errado pode levar a um tratamento errado. Esse fato pode tornar a responsabilidade do médico ainda maior⁷⁶ (SHAEFER, 2012, p. 59-78).

Durante a fase terapêutica, é necessário lançar mão de todas as ferramentas disponíveis para a cura, ou, se esta não for uma opção, o médico tem a responsabilidade de envidar todos os esforços, de acordo com as normas científicas e éticas, para aliviar o sofrimento do paciente causado pela doença que está tratando.

Caso o diagnóstico seja preciso e ocorra uma piora no estado clínico do paciente devido a uma reação imprevisível ou intrínseca ao paciente, o médico não será responsabilizado legalmente pela deterioração da saúde do paciente durante ou após o tratamento. Isso ocorre porque o médico não tem controle sobre esses fatores e tomou as medidas necessárias para tratar o paciente com base no seu diagnóstico preciso.

⁷⁶ SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2012, p. 59-78.

No entanto, se o médico não obteve um consentimento⁷⁷ informado adequado do paciente antes do tratamento, ele pode ser considerado responsável legalmente por não ter informado corretamente o paciente sobre os riscos envolvidos no procedimento.

Nesse sentido Fabrício Zamprogna Matiello⁷⁸ (2014, p.78-80), esclarece que embora o tratamento inadequado seja uma causa comum de complicações que levam a um resultado desastroso, mesmo um tratamento correto dentro dos padrões científicos pode causar o mesmo mal.

Embora as reações corporais variem, é razoável prever uma reação semelhante a um tratamento e, ocasionalmente, uma evolução diferente. Caso o profissional siga os padrões tecnológicos vigentes, a reação do paciente ao tratamento correto não será de responsabilidade do profissional.

Ainda segundo Matiello⁷⁹ (2014, p.78-80), é considerado mais tolerável cometer um erro no diagnóstico do que no tratamento. Há coisas importantes em jogo aqui. Por exemplo, o médico deve observar se o corpo do paciente reage bem a um determinado medicamento. Como o profissional já sabe que doença é, tem menos margem para erro.

Por outro lado, equívocos no diagnóstico podem ocasionalmente resultar em falhas no tratamento. Em outros casos, os erros podem ser causados pela falta de habilidade do médico, como quando ele prescreve um tratamento que não é de sua especialidade ou campo de atuação.

Portanto, mesmo que o diagnóstico esteja correto, pode haver encaminhamento para um tratamento que não seja eficaz, o que provavelmente terá

⁷⁷ O consentimento válido emitido pelo paciente resulta da informação prestada de maneira clara, compreensível e completa. A liberdade de se autodeterminar do paciente jamais será possível sem a informação necessária para se fazer uma escolha própria, autêntica, íntegra. Além disso, a informação prestada também promove o reequilíbrio das posições do médico e paciente. Evidente que a informação deve ser qualitativamente modulada para que todos os pacientes tenham iguais possibilidades decisórias sobre o procedimento médico. Deve-se olhar para o paciente em concreto, e não para um padrão do “homem médio”. CRIVILIM, beatriz Vieira Muchon; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Scientia Iuris, Londrina, v. 27, n. 1, p. 164-177, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164.

⁷⁸ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: LTr, 2014, p. 78-80.

⁷⁹ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: LTr, 2014, p. 78-80

efeitos prejudiciais para o paciente, podendo o médico ser responsabilizado pela perda de uma chance no tratamento a depender do caso concreto.

Em conclusão, discutir a diferença entre erro de diagnóstico e erro de tratamento nos casos de perda de uma chance é fundamental para entender as nuances e implicações dessas situações no cuidado médico.

O erro de diagnóstico envolve a falha em identificar corretamente a condição de saúde do paciente, resultando em um diagnóstico incorreto, atrasado ou perdido. Já o erro de tratamento ocorre quando o tratamento escolhido ou executado é inadequado, mesmo com o diagnóstico correto.

Assim é necessário o abordar a comprovação do dano e do nexos causal no erro de diagnóstico, que é o objeto de estudo, pois é necessário que haja uma relação entre o erro de diagnóstico e a perda de chance de tratamento eficaz para que o paciente possa buscar uma reparação pelos danos sofridos, conforme veremos no próximo tópico.

3.2 Comprovação do dano e nexos causal no erro de diagnóstico

Como já mencionado, não necessariamente todo erro de diagnóstico levará o médico a ser responsabilizado pelo dano causado, mesmo que se verifique que não foi a escolha mais adequada para aquelas circunstâncias específicas. O profissional somente será considerado responsável se for comprovado que não adotou a prudência exigida de acordo com os padrões científicos.

Quando o juiz apurar a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, deverá analisar todos os cuidados prestados ao paciente lesado, como atendimento, tipo de exame e possibilidades de investigação científica à época, tendo em vista que que desatenção e negligência são suficientes para considerar o médico culpado⁸⁰ (BORGES, 2014, 286).

⁸⁰ BORGES, Gustavo. Erro médico nas cirurgias plásticas. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 286.

Portanto, mesmo que um erro de diagnóstico cause danos, é necessário que o erro seja inescusável para que exista a obrigação de indenizar. O erro deve ter sido resultado da falta de cuidados básicos.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o médico não solicita os exames complementares necessários para o diagnóstico ou quando não se constata que o paciente está recebendo o tratamento inapropriado para sua condição. No último caso, pode se tratar de um dos possíveis diagnósticos previstos pela ciência para aquele caso, mas que acabou não sendo o mais eficiente.

Se o médico der um diagnóstico que nada tenha a ver com os sintomas do paciente, aí surge a responsabilidade civil do médico, mas o caso é diferente quando se trata de um paciente que foi erroneamente informado que era portador do vírus HIV durante um simples exame de rotina, que ele mesmo decidiu realizar, sem ser solicitado por um médico. Embora este seja um erro grave, o dano causado pode variar dependendo de como a notícia é comunicada⁸¹. (SOUSA, 2016, p. 89).

Embora o tratamento tenha avançado muito, a AIDS ainda não tem cura e o paciente deve tomar remédios pelo resto da vida. No coração do paciente, a falsa notícia com certeza vai causar uma reação bem diferente do primeiro exemplo, onde o diagnóstico errado não teve grandes consequências. Se um médico cometer um erro e disser que alguém tem HIV quando não tem, esse médico terá que pagar pelo dano, uma vez que tenha sido provado que o erro causou o dano.

No campo médico, a causalidade é a ligação entre um diagnóstico errado inaceitável e o dano causado ao paciente como resultado. Na maioria das vezes, o dano é mostrado. Mas não há ligação entre o comportamento do médico, se foi útil ou não, e o dano que aconteceu. Mesmo com exames de laboratório, se o laboratório cometer um grande erro, o médico que solicitou o exame não pode ser responsabilizado.

Portanto, é importante ter certeza de que, do ponto de vista médico, apenas aquele exame não foi suficiente para fazer o diagnóstico. Nesse caso, o responsável

⁸¹ SOUSA, Leila Cristiani Correia de Frestas e. Responsabilidade do médico por erro de diagnóstico. Dissertação Mestrado Acadêmico em Ciências Jurídicas. Universidade de Lisboa, 2016, p.89

pelo resultado do exame errado terá que responder, assim como o médico que solicitou o exame, mas não teve os cuidados necessários para fazer o diagnóstico.

Na responsabilidade civil médica, como em qualquer outro tipo de responsabilidade, independentemente de ser objetiva ou subjetiva, a primeira coisa a verificar é se houve ou não dano.

Mesmo que o diagnóstico errado seja usado como motivo de responsabilidade, não há como receber indenização do médico que cometeu o erro, mas não prejudicou o paciente de forma alguma. Portanto, mesmo que o dano seja confirmado, a ligação entre os dois precisa ser confirmada. Isso permite mostrar um vínculo entre as ações do médico, seja ela comissivas ou omissiva, e o dano causado ao paciente.

A responsabilidade médica geralmente envolve culpabilidade. A relação entre a ação culposa e o dano que possa ferir outrem deve ser examinada posteriormente, embora necessária, a relação causal geralmente não pode ser percebida isoladamente, principalmente quando muitas variáveis causam danos⁸² (MATIELLO, 2014, p.57-59).

O autor acrescenta que a culpabilidade não exige indenização. As ações do médico podem ter causado os ferimentos da vítima. A negligência do médico pode não causar a lesão. No entanto, o paciente pode recusar a terapia, causando isso.

Em termos de responsabilidade por um diagnóstico errado, há momentos em que fica comprovado que o erro do médico prejudicou o paciente. Mas também há casos que não há ligação entre o erro e o dano causado ao paciente, sendo necessário analisar o caso concreto.

Como já exposto, o nexos de causalidade é importante para definir a responsabilidade do médico e, por extensão, o dever de indenizar.

O dano que precisa ser reparado deve ser causado pelo comportamento ou risco que a lei prevê e esta afirmação é sobre a ideia de que existe uma ligação entre as duas coisas, nesse sentido os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira⁸³ (1990, p. 83):

⁸² MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: LTr, 2014, p.57-59.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.83

Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um 'erro de conduta'; não basta que a vítima sofra um 'dano', que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.

Conforme os ensinamentos de Rute Teixeira Pedro⁸⁴ (2008, p.148-151), o nexo de causalidade possui uma qualidade única no domínio da responsabilidade civil por ser um dos pressupostos primordiais para a determinação da culpabilidade neste âmbito. Esse nexo é o ponto de medida para determinar se o alcance da responsabilidade de indenizar é maior ou menor.

Indo à causa raiz Vera Lúcia Raposo⁸⁵ (2014, p. 40-60), diz que a teoria do nexo causal mudou muito no pensamento jurídico, que a teoria da causalidade natural (*conditio sine qua non*) foi substituída pela teoria da causalidade adequada. No entanto, a teoria da conexão de risco em sedes criminais tem sido utilizada para fazer correções.

Com base nessas teorias, nem todos que contribuíram de alguma forma para determinado resultado terão que responder. Em vez disso, só terá de responder quem, em termos gerais e abstratos e com base nas regras da vida, pode ser visto como a causa de um determinado resultado.

Para descobrir o que causou o quê, deve ser analisado se a causa pode ter levado ao resultado. Ou, por outro lado, se foi causado por algo fora do comum. Portanto, é difícil dizer se o resultado teria sido diferente se uma abordagem diferente tivesse sido adotada.

Devido à complexidade⁸⁶ e imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano, é difícil definir as regras do nexo causal com base nessa variável no campo

⁸⁴ PEDRO, Rute Teixeira. A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 148-151.

⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 49-60

⁸⁶ Conforme citado por Santos Neto (1997, p.44) "estudos baseados em auditoria de prontuários indicam que a taxa de erros, na etapa do diagnóstico, é de cerca de 3,7%, com um intervalo de confiança de 95% entre 3,2 a 4,2%. A análise das suas causas mostra que a participação do erro diagnóstico ou terapêutico, em paciente não-cirúrgico, pode chegar a 0,5% das altas. Esses achados sugerem que o fator determinante mais importante é a complexidade da doença ou do tratamento." Diz ainda que "no estudo de Goldman, o erro esteve associado à implantação de algum novo método de

dos erros médicos. Às vezes, a causa começa a acontecer antes que o médico intervenha.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no AgInt no REsp n. 1.923.907/PR⁸⁷, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, “à luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final”.

A responsabilidade por um erro médico ocorre quando há uma relação causal entre a conduta do médico, seja ela omissiva ou comissiva, e a efetiva redução da chance de um diagnóstico e tratamento bem-sucedidos da patologia do paciente, o que justifica a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Assim, para melhor compreensão do tema é importante o estudo e algumas hipóteses de erro de diagnóstico, conforme veremos a seguir.

3.3 Erro de diagnóstico: algumas hipóteses

Erros nos diagnósticos podem levar a uma série de resultados ruins, o doente pode não conseguir o tratamento certo, seu estado piora, podendo inclusive e levar a morte.

diagnóstico por imagem (ultrassonografia ou tomografia computadorizada).”, e que o autor McPhee “concluiu que os erros diagnósticos são eventos muito comuns, mesmo para um clínico experiente e assinalou que muitos desses erros poderiam ter sido evitados.” SANTOS NETO, Leopoldo dos. O erro diagnóstico. Brasília Médica, v. 34, p. 44-46, 1997. p.44. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/2628> Acesso em 27 mai. 2023

⁸⁷ A esse propósito veja o trecho do valor de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino "(...) “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, [...] 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' (...)”, e da ementa “3. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. Precedente. 4. No erro médico, o nexos causal que autoriza a responsabilidade pela aplicação da teoria da perda de uma chance decorre da relação entre a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de um diagnóstico e tratamento da patologia do paciente. Precedentes do STJ.” BRASIL, AgInt no REsp n. 1.923.907/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202100525628> Acesso em 21 abr. 2023.

Há muitas coisas que tornam difícil encontrar a verdadeira causa de uma doença. Em todas as possíveis doenças, existem algumas que são muito difíceis de serem detectadas.

A maioria das pessoas que não se sente bem tende a subestimar seus sintomas e tenta ignorar os primeiros indicadores usando analgésicos ou outros medicamentos com os quais está familiarizado. Visitar um médico normalmente é uma ocorrência rara e alguns sintomas podem se tornar difíceis de distinguir.

Quando atendido por um médico, o doente geralmente explica o que dói ou lhe causa desconforto incomum. Porém, muitas vezes não consegue explicar os sintomas que não possuem no momento, apesar do fato de que isso não significa que eles desapareceram completamente e o médico baseia suas decisões nos dados que coleta.

O diagnóstico é a aplicação da ciência por um profissional da medicina, que passa anos estudando para poder exercer a profissão, embora tenha domínio da arte médica o profissional conta com as ferramentas à sua disposição e com as informações dadas pelo paciente e seus familiares, para entender o problema e orientar o doente no tratamento.

Deve-se notar que às vezes é muito difícil provar que o diagnóstico estava errado. Mesmo assim, cresce o número de casos de profissionais de saúde sendo responsabilizados por erro de diagnóstico⁸⁸.

Conforme apontado por Fernanda Shaefer⁸⁹ (2012, p.64-67) existem dois tipos de erros que podem ocorrer na área médica: os que estão associados às responsabilidades que advêm da escolha da profissão, como deixar de prestar assistência ou quebrar o sigilo profissional, e os que estão associados a falhas técnicas, como diagnóstico incorreto ou tratamento inadequado.

⁸⁸ Há pouco tempo, o assunto foi destacado pelo enunciado 444, referendado pela V Jornada de Direito Civil, de organização do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 927. 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”.

⁸⁹ SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 64-67 .

As situações mais comuns em que a teoria da perda de uma chance é aplicada na responsabilidade civil médica (e, por extensão, em relação a outros profissionais de saúde) são diagnóstico falho (diagnósticos tardios, errôneos ou inexistentes); falta de obtenção de consentimento (falha em obter um consentimento livre, informado e esclarecido); ausência de exames pré-operatórios ou cuidados pós-operatórios adequados; falta de exames complementares; e atraso na transferência do paciente para um hospital com equipamentos adequados, conforme os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto⁹⁰ (2019, p.2).

Para um diagnóstico preciso, é importante examinar cuidadosamente, todos os sintomas descritos pelo paciente, além de solicitar e analisar os exames complementares, se necessários.

A seguir, alguns exemplos de diagnósticos incorretos serão discutidos com mais detalhes.

3.3.1 Erros de diagnóstico no pré-natal

O termo "erro de diagnóstico" refere-se a uma situação em que um paciente recebe um tratamento que não é ideal para sua condição como resultado de um diagnóstico errôneo fornecido por um especialista médico.

Esta circunstância pode ser vista como uma causa distinta de lesão. Esse tipo de erro tem o potencial de piorar muito a condição do paciente ou levar ao desenvolvimento de uma nova doença física.

Necessário analisar se o diagnóstico incorreto resultou em algum tipo de consequência negativa para o paciente. Assim, se não fosse aquela ação médica equivocada, ele teria mais chances de ser tratado ou não teria sido obrigado a fazer tratamento para uma doença que não existia, por exemplo.

Cabe esclarecer que, com o advento da ciência e da tecnologia, erros desse tipo são, em geral, facilmente identificáveis e, conseqüentemente, evitados.

⁹⁰ KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 1, n. jan.-mar., p. 1–9, 2019. p.2.

No entanto, apesar do progresso da ciência, tem aumentado o número de situações em que as pessoas estão processando por danos com base em um diagnóstico errôneo.

A pergunta não é fácil de responder porque pode ser tomada de várias maneiras, principalmente quando se trata de provar a culpa do profissional de saúde. Nessa situação, é importante estabelecer critérios para apurar a responsabilidade do médico.

O Código Civil Brasileiro não possui uma seção específica sobre o assunto, portanto os erros médicos se enquadram nas regras gerais de responsabilidade civil. Esta é uma lacuna triste, considerando o quão específico é o problema e quão importante é para a sociedade.

A detecção intrauterina é feita desde o momento da concepção, quando o feto ainda está crescendo no útero da mãe. Quando se trata desse tipo de diagnóstico, as leis brasileira e portuguesa são bem diferentes. A principal diferença baseia-se nos efeitos de um diagnóstico errado ou insuficiente das anomalias e doenças fetais presentes ao nascimento.

No entanto, é possível verificar no direito brasileiro a aplicação da teoria da perda de uma chance, especialmente quando a falha de atendimento no pré-natal, tira da autora a chance de receber diagnóstico preciso de sua gravidez. Nesse caso o dever de reparar não é pelo resultado, mas pelo descuido do diagnóstico.

Conforme Rambo⁹¹ (2022, p. 62), se a mãe informar diretamente ao médico responsável pelo pré-natal sobre sua vontade de interromper uma gravidez inviável e o médico, ao realizar os exames, deixar de cumprir o dever de informá-la sobre a condição de deficiências do feto que tornam a vida inviável, isso pode criar um precedente para responsabilizar o médico pela perda da chance de realizar o aborto.

Essa situação destaca a importância da comunicação adequada entre médico e paciente, especialmente em casos sensíveis como esse.

A falha em fornecer informações relevantes à mãe pode resultar em consequências significativas, como a impossibilidade de fazer uma escolha informada

⁹¹ RAMBO, Cristiane Schmitz; DILL, Edmundo Felipe. A responsabilidade civil do médico nos casos de wrongful birth e wrongful life. *Revista UNITAS* [s. l.], n. 7, p. 51-64, 2022. p.63

sobre a continuidade da gestação. Portanto, o médico pode ser responsabilizado pela perda dessa chance de aborto.

Nesse sentido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 0000035-95.2006.8.26.0083⁹² em que pela falta de cuidado no diagnóstico, a autora foi impedida de ter ciência da macrossomia que contribuiu para a histerectomia. Como feto era microssômico, não houve contração uterina durante o parto, o que causou a hemorragia que exigiu a remoção do útero.

Foi constatado pelo laudo pericial, que o peso da gestante dificultou a auscultação dos batimentos cardíacos do feto. Por isso o médico especialista deveria ter sugerido uma ultrassonografia, que poderia mostrar como estavam o líquido amniótico e o feto.

Esses exames deveriam ter sido feitos durante o pré-natal, principalmente na última consulta. Eles poderiam ter ajudado a determinar o melhor momento para o parto e o procedimento a ser usado nesse caso, pois o médico sabia (ou deveria saber) sobre a macrossomia fetal e o risco de gravidez que a acompanha.

Como os exames não foram realizados no pré-natal da autora, pode-se dizer que ela não teve a chance de obter um diagnóstico preciso de sua gravidez, com conhecimento da macrossomia da criança e, conseqüentemente, dos procedimentos médicos adequados para preparar o parto.

⁹² Veja a ementa: “Responsabilidade civil. indenização por danos morais. feto macrossômico. óbito fetal. histerectomia. perda de uma chance. falta de correto diagnóstico durante o pré-natal. 1. A obesidade da parturiente, como se viu dos esclarecimentos prestados no laudo pericial, dificultava a ausculta fetal e, por isso, recomendável a realização de exame ultrassonográfico, que poderia indicar a condição do líquido amniótico e do feto. Estes exames, que deveriam ter sido realizados no pré-natal, notadamente na última consulta realizada com o réu, poderiam precisar adequadamente o melhor momento para o parto e o procedimento a ser seguido no caso, sabido que era (ou deveria ser) pelo médico da macrossomia do feto e do respectivo risco da gravidez. 2. Pode-se afirmar que o erro profissional do réu, atinente à falha de atendimento no pré-natal, tirou da autora a chance de receber diagnóstico preciso de sua gravidez, com ciência prévia da macrossomia da criança e, por consequência, adoção de condutas médicas adequadas, com eventual antecipação do parto, através de cesariana, como o próprio corréu aventou. 3. Assim, concede-se a reparação não pela morte da criança, mas sim pela falta de cuidado no diagnóstico, que impediu a ciência da macrossomia do feto e favoreceu a histerectomia. Indenização fixada no valor de R\$ 200.000,00 4. Recurso parcialmente provido para julgar procedente o pedido em relação ao médico responsável pelo pré-natal e o Hospital. Improcedente o pedido em relação ao médico que fez o parto. (BRASIL, TJSP; Apelação Cível 0000035-95.2006.8.26.0083; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Aguaí - Vara Única; Data do Julgamento: 23/06/2015; Data de Registro: 25/06/2015). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8575229&cdForo=0> Acesso em 08 mar 2023.

No julgamento citado acima fora concedido a reparação não pela morte da criança, mas sim pela falta de cuidado no diagnóstico⁹³, que impediu a ciência da macrossomia e contribuiu a histerectomia. Foi constatado pela perícia que como feto era microssômico, não houve contração uterina durante o parto, o que causou a hemorragia que exigiu a remoção do útero.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu a reparação no valor de R\$ 200.000,00 pela perda de uma chance para salvar a criança e evitar a histerectomia, reformando a decisão de improcedência do pedido de indenização por danos morais e concedendo indenização pela chance perdida.

Data máxima vênia, na visão da autora a decisão do Tribunal não foi acertada, se o autor faz pedido expresso de condenação por danos morais e o julgador condena o réu ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, profere decisão com objeto diverso do que lhe foi demandado, extrapolando a causa de pedir e pedido constante da inicial.

De acordo com o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da terceira turma do STJ, relator do AgInt no REsp n. 1.923.907/PR⁹⁴ no caso em que o agravante

⁹³ Segundo o Ministro Moura Ribeiro, relator AgInt no AREsp n. 1.984.882/DF, não ocorre violação ao princípio da não-surpresa, conforme estabelecido no artigo 10 do Código de Processo Civil (CPC), quando o tribunal atribui uma classificação jurídica aos fatos em disputa que seja contrária à pretensão da parte, utilizando a lei de acordo com os fatos descritos nos autos. (BRASIL. STJ. AgInt no AREsp n. 2.079.926/MG, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102945970&dt_publicacao=19/04/2022 Acesso em 24 mai. 2023.

⁹⁴ Conforme ementa “Agravado interno no recurso especial. direito civil e processual civil. responsabilidade civil. erro médico. morte da paciente. ação de indenização. danos morais. princípio da não surpresa. aplicação do direito à causa. art. 10 do cpc. violação. não ocorrência. (...) perda de uma chance. nexos causal. relação entre conduta médica e comprometimento real da possibilidade de diagnóstico e cura. precedentes. 1. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito. (...). 3. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. Precedente. 4. No erro médico, o nexos causal que autoriza a responsabilidade pela aplicação da teoria da perda de uma chance decorre da relação entre a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de um diagnóstico e tratamento da patologia do paciente. Precedentes do STJ. Agravado interno conhecido e desprovido”. (BRASIL. STJ, AgInt no REsp n. 1.923.907/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023.). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100525628&dt_publicacao=23/03/2023 Acesso em 24 mai. 2023.

argumentou que o Tribunal de origem desrespeitou o princípio da não-surpresa, uma vez que a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto extrapolou os limites da causa de pedir e do pedido expresso na petição inicial.

Conforme mencionado na decisão objeto de recurso, de acordo com a jurisprudência estabelecida pelo STJ, não se configura uma decisão surpresa quando o juiz, dentro dos limites da causa de pedir, do pedido e dos fatos apresentados nos autos, realiza a classificação jurídica da pretensão com base na legislação vigente, encontrando uma solução apropriada para o conflito.

Do acórdão se extrai que de fato, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não é cabível alegar surpresa se, havendo o contraditório e sendo oportunizada a manifestação sobre os fatos e pedidos expostos na petição inicial, o juiz aplica fundamentos jurídicos que considera coerentes para o caso, ainda que diferentes dos argumentados pelas partes.

Neste caso em particular, o Tribunal de origem adotou a teoria da perda de uma chance, considerando-a como a classificação jurídica adequada para resolver os fatos em disputa⁹⁵. O Tribunal deixou claro em sua decisão que considerou o conjunto de alegações apresentadas pelas partes e aplicou a teoria da perda de uma chance, levando em conta as circunstâncias narradas e discutidas durante o contraditório⁹⁶.

Além do exposto acima, destacou que as questões relacionadas ao tratamento recebido pela paciente foram descritas explicitamente na petição inicial, garantindo

⁹⁵ Nesse sentido segue trecho da ementa do agravo interno no agravo em recurso especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da terceira turma do STJ, em que também fora aplicada a teoria da perda de uma chance, considerando-a como a classificação adequada para resolver o caso: “É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que não há ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte. Precedentes.” BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 2.206.933/RO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 22/3/2023. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202780818&dt_publicacao=22/03/2023 Acesso em 25 mai. 2023.

⁹⁶ No mesmo sentido segue parte do acórdão de relatoria do Ministro Paulo de Tarso “Ainda que a aplicação da teoria da perda de uma chance tenha sido suscitada apenas em sede de apelação, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não resta caracterizado julgamento extra petita quando a questão analisada requer adoção de tese jurídica distinta da defendida pela parte.” BRASIL, STJ, AgInt no REsp n. 1.891.977/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/10/2021, DJe de 3/11/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802221263&dt_publicacao=03/11/2021 Acesso 26 mai. 2023.

assim à parte requerida a oportunidade de se manifestar sobre o assunto na contestação e em todas as demais peças de defesa ao longo do processo.

No julgamento do AgInt no AREsp n. 2.000.328/DF⁹⁷, de relatoria do Ministro Raul Araújo a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que “na hipótese de o pedido formulado na inicial se referir somente a indenização por danos materiais com fundamento em lucros cessantes, não é possível ser reconhecida a teoria da perda de uma chance, por dano moral, sob pena de julgamento extra petita”.

É possível verificar que nesse caso, a reivindicação de compensação por danos materiais específicos e claramente estabelecidos no documento inicial possui uma fundamentação completamente diferente da perda de uma chance.

Portanto, na visão da autora correta a decisão acima, há um julgamento além do que foi requerido (dano material) na petição inicial, se o autor apresenta um pedido preciso de indenização por danos materiais perfeitamente identificados no documento inicial e o acórdão, com base na teoria da perda de uma chance, condena o réu ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, o acórdão recorrido não utiliza apenas a fundamentação diversa, mas condena o réu em pedido diverso do realizado pelo autor.

Nesse sentido, podemos verificar a importância de ressaltar na causa de pedir e no pedido a aplicação da teoria da perda de uma chance.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁹⁸ o requisito de nexo de causalidade necessário para responsabilizar alguém pela teoria

⁹⁷ Como se extrai da ementa a seguir: “Agravio interno no agravo em recurso especial. ação de cobrança c/c indenizatória por danos morais. contrato de prestação de serviços advocatícios. teoria da perda de uma chance. aplicação. impossibilidade. causa de pedir e pedido. inexistência. julgamento extra petita. reconhecido na origem. consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta corte. incidência da súmula 83/stj. agravo interno improvido. 1. A jurisprudência é no sentido de que, na hipótese de o pedido formulado na inicial se referir somente a indenização por danos materiais com fundamento em lucros cessantes, não é possível ser reconhecida a teoria da perda de uma chance, sob pena de julgamento extra petita. Precedentes. 2. O entendimento adotado no acórdão recorrido coincide com a jurisprudência assente desta Corte Superior, circunstância que atrai a incidência da Súmula 83/STJ.3. Agravo interno a que se nega provimento.” BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 2.000.328/DF, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 24/2/2023. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103236996&dt_publicacao=24/02/2023 Acesso em 25 mai. 2023.

⁹⁸ BRASIL. STJ, AgInt no REsp n. 1.923.907/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100525628&dt_publicacao=23/03/2023 Acesso em 24 mai. 2023.

da perda de uma chance decorre da ligação entre a conduta ilícita do médico, seja por omissão ou ação, e a efetiva diminuição da possibilidade de um diagnóstico correto e do paciente desfrutar das consequências normais que poderiam advir desse diagnóstico⁹⁹.

Os erros de diagnóstico no pré-natal podem ser considerados casos potenciais de perda de uma chance na teoria jurídica. Tratada teoria se preocupa com as situações em que um indivíduo perde a oportunidade de alcançar um resultado desejado devido à negligência de outra pessoa.

No caso de erros de diagnóstico no pré-natal, se um profissional de saúde negligenciar sua avaliação e não diagnosticar corretamente uma condição médica, a mãe e o feto podem perder a oportunidade de receber o tratamento adequado e de ter um resultado positivo.

Por exemplo, se um médico não diagnosticar corretamente uma anomalia fetal durante o pré-natal, o feto pode perder a oportunidade de receber o tratamento adequado, o que pode afetar negativamente sua saúde após o nascimento.

Nesse caso, a mãe e o feto podem buscar reparação por perda de uma chance, alegando que o erro de diagnóstico do médico lhes privou da chance de receber o tratamento adequado e de ter um resultado positivo.

No entanto, para que uma ação judicial por perda de uma chance seja bem-sucedida, é necessário provar que o erro de diagnóstico do médico foi a causa direta da perda da chance de ter um resultado positivo. Isso pode ser difícil de provar em casos de erros de diagnóstico no pré-natal, onde existem muitos fatores que podem afetar a saúde da mãe e do feto, sendo necessário produção de prova técnica pericial.

⁹⁹ Realmente, "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, [...] 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" BRASIL, STJ, REsp n. 1.254.141/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013. <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221254141%22%29+ou+%28RESP+adj+%221254141%22%29.suce>. Acesso em 28 mar. 2023.

3.3.2 Diagnóstico laboratorial e radiológico errado

Um diagnóstico laboratorial ou radiológico errado pode levar a um tratamento inadequado ou à falta de tratamento, o que pode resultar em uma perda de chance de cura ou sobrevivência. Por exemplo, se um paciente tiver um câncer diagnosticado erroneamente como benigno¹⁰⁰, ele pode perder a chance de receber um tratamento adequado e, portanto, perder a chance de cura ou sobrevivência.

Além disso, um diagnóstico laboratorial ou radiológico errado pode levar a tratamentos desnecessários ou invasivos, o que pode afetar negativamente a saúde do paciente.

Por exemplo, se um paciente for diagnosticado erroneamente com uma condição médica que exige um tratamento invasivo, como uma cirurgia desnecessária, isso pode aumentar o risco de complicações e problemas de saúde para o paciente.

Diante um diagnóstico laboratorial e radiológico errado, o médico irá utilizar o resultado de exame que nada tem a ver com a situação clínica do paciente.

Se houver um erro em um teste laboratorial ou radiológico, pode haver uma série de efeitos e a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada para buscar reparação legal para o paciente que perdeu a chance de cura ou sobrevivência.

Se o médico foi enganado pelo exame, ele normalmente não responde civilmente. No entanto, ele não estará imune à obrigação de reparação, se ficar demonstrado que o resultado exigia investigação mais aprofundada¹⁰¹, tais como a realização de exames adicionais para confirmar o diagnóstico.

¹⁰⁰ Nesse sentido é possível verificar o julgamento da Apelação cível 1090139-45.2018.8.26.0100 do tribunal de Justiça de São Paulo, que segue ementado: “Erro médico – Perda de uma chance – Laudo pericial que apontou falha em exame que retardou diagnóstico e consequente tratamento adequado de neoplasia maligna, entretanto não afirmou o nexo causal em relação ao óbito - Sentença que condenou o plano de saúde contratado e o laboratório responsável pelo exame mantida – Danos morais – Valor majorado para R\$ 150.000,00, distribuídos igualmente entre a viúva e os dois filhos do paciente – Danos materiais sob a forma de pensionamento indevidos – Honorários majorados – desprovido o recurso do laboratório requerido – parcialmente provido o recurso dos autores.” (BRASIL, TJSP; Apelação Cível 1090139-45.2018.8.26.0100; Relator (a): Fernando Reverendo Vidal Akaoui; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/04/2023; Data de Registro: 03/04/2023). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16629533&cdForo=0> Acesso em 20 abr. 2023.

¹⁰¹ A corroborar o exposto, insta transcrever a seguinte ementa: “Responsabilidade civil Indenização por danos morais Autora vítima de negligência médica Sentença de procedência da demanda Prova

Sobre o tema podemos citar o julgamento proferido na Apelação Cível nº 0648047-50.2000.8.26.0100¹⁰² do Tribunal de Justiça de São Paulo em uma ação de indenização movida pela autora, que busca ser compensada por danos morais decorrentes da conduta negligente do médico ginecologista responsável pelo atendimento de sua mãe, bem como da conduta imperita do laboratório que realizou o exame de mamografia e emitiu um laudo atestando a normalidade nos exames, apesar de a mãe da autora já possuir microcalcificações que evidenciavam a presença de câncer de mama, alegando que posteriormente foi a causa de seu falecimento.

De acordo com a autora, sua mãe, que era beneficiária de um plano de saúde contratado com a ré, começou a sentir dores e ardência na região das mamas, o que levou o médico ginecologista a solicitar exames de Papanicolau e Mamografia.

O exame de mamografia foi realizado em um instituto de radiologia, que emitiu um laudo concluindo pela ausência de microcalcificações ou sinais de neoplasias malignas, diagnóstico que foi confirmado pelo médico ginecologista em consulta de retorno.

Diante da constatação posterior do câncer de mama e do falecimento da mãe da autora, a ação buscou responsabilizar o médico ginecologista, o plano de saúde e o laboratório pelo erro na realização e interpretação dos exames, bem como pela falta de tratamento adequado, que teria agravado a condição de saúde da paciente e resultando em sua morte.

pericial e oral que autorizam reconhecer a negligência no tratamento médico da autora, que apresentava quadro clínico determinante de investigação mais aprofundada acerca de possível apendicite que a acometia Prescrição médica de Buscopan que indica a presença da dor abdominal, embora ausente o registro correspondente na ficha de atendimento Evolução do quadro de saúde que culminou com intervenção cirúrgica emergencial, devido à apendicite aguda complicada (perfurativa), e ulterior necessidade de novo ato cirúrgico para peritonite fecal e necrose das alças intestinais Sequelas gravosas evidenciadas caracterizadoras de dano moral "Quantum" arbitrado com razoabilidade e proporcionalidade Juros e correção monetária fixados em conformidade com a lei e Súmulas do Superior Tribunal de Justiça Sentença mantida Recursos voluntários e reexame necessário não providos. (BRASIL, TJSP; Apelação Cível 0025620-55.2010.8.26.0554; Relator (a): Manoel Ribeiro; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/11/2014; Data de Registro: 19/11/2014). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8029580&cdForo=0> Acesso em 17 abr. 2023.

¹⁰² BRASIL, TJSP; Apelação Cível 0648047-50.2000.8.26.0100; Relator (a): José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 30/06/2016). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9567255&cdForo=0> Acesso em 20 abr. 2023.

A autora afirmou que, alguns meses depois, sua mãe descobriu um nódulo em sua mama esquerda e procurou o mesmo ginecologista que havia consultado anteriormente. Esse profissional solicitou uma nova mamografia, realizada no mesmo instituto de radiologia que detectou um "aspecto radiológico sugestivo de nódulo mamário (Tumaligno)".

O médico mastologista que começou a tratar a mãe da autora confirmou que a doença foi detectada em um estágio avançado, o que exigiu a remoção da mama para impedir que o câncer se espalhasse ainda mais.

A autora também afirmou que o câncer se espalhou para outros órgãos, incluindo sua axila esquerda, pulmões, ossos e, finalmente, cérebro, o que resultou na morte de sua mãe.

O instituto de radiologia, em sua defesa, negou ter cometido algum erro ao emitir seu parecer após a primeira mamografia.

O plano de saúde argumentou que várias outras complicações podem ter levado à rápida evolução da doença e à morte da paciente, incluindo condições orgânicas e fisiológicas, entre outras possibilidades, que diferem das acusações de negligência e imperícia feitas pela autora.

O médico ginecologista contestou a ação, afirmando que não foi negligente por não ter levado a sério a queixa de dor, já que o câncer de mama geralmente não causa dor, e ressaltou que a dor na mama é uma queixa comum entre as mulheres. Ele argumentou que sua conduta no acompanhamento da paciente foi adequada ao caso e que não há evidências que provem sua culpa e que possa ter causado a fatalidade ocorrida.

Durante a instrução probatória, foi realizada uma prova pericial que consistiu na análise do prontuário médico da paciente e nas radiografias realizadas, com a elaboração de um laudo técnico. Além disso, o mastologista que passou a atender a genitora da autora foi ouvido.

A sentença foi proferida, julgando improcedente a ação em relação ao médico ginecologista corréu e procedente em relação aos corréus plano de saúde e instituto de radiologia, condenando os réus a pagar R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais), além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Tanto a autora quanto os réus interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a responsabilidade solidária do médico ginecologista e reduziu o valor da indenização para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), considerando que os valores estabelecidos na sentença eram excessivos.

O tribunal reconheceu o direito da autora à indenização por danos morais, pois, embora não se possa afirmar com certeza que, se a doença tivesse sido diagnosticada precocemente, a morte teria sido evitada, é claro que o tratamento adequado teria sido um fator importante para melhorar os sintomas e possivelmente aumentar o tempo de sobrevivência ou até mesmo as chances de cura. Por isso, o tribunal aplicou a teoria da "perda de uma chance".¹⁰³

O caso descrito exemplifica a possibilidade de ocorrência de erros de diagnóstico em exames laboratoriais e radiológicos, o que pode levar à perda de uma chance¹⁰⁴ de tratamento adequado e aumento das chances de cura de uma doença grave, como o câncer de mama.

¹⁰³ Veja a ementa: APELAÇÃO – Ação de Indenização por Danos Morais – Pretensão da autora em receber indenização por danos morais, fundada em erro de diagnóstico – Sentença de improcedência com relação ao réu EDSON, e de procedência com relação aos réus instituto de radiologia e Interclínicas – Inconformismo do réu instituto de radiologia que alega que as radiografias apresentadas pela autora não possuem qualquer identificação que indique o nome da paciente ou da instituição onde foi realizada e que não houve qualquer defeito na prestação dos serviços de exames complementares – Inconformismo da ré Interclínicas que alega que não é lícito dizer que a sua conduta tenha sido a causa exclusiva ou determinante da morte da genitora da autora e que o suposto erro médico não consistiu na ausência de diagnóstico precoce do câncer de mama, mas na não indicação de investigação mais aprofundada para se diagnosticar a doença – Inconformismo da autora que alega que o corréu Edson deixou de cumprir minimamente com o dever precípua da profissão médica, onde era dever realizar exame clínico e proceder a leitura das radiografias apresentadas - Laudo elaborado pelo IMESC aponta a presença de microcalcificações suspeitas que impunham ao médico a obrigação de aprofundar a investigação por meio da realização de outros exames, caracterizando a negligência do réu Edson - A imperícia na feitura do laudo pelo instituto de radiologia, que concluiu pela normalidade da mamografia realizada na genitora da autora resultou no erro de diagnóstico cometido pelo réu Edson – Operadora de saúde é responsável, objetiva e solidariamente, por eventuais falhas nos serviços prestados por profissionais médicos ou laboratórios que integram a sua rede credenciada – (...) – Danos morais caracterizados em virtude da perda de uma chance decorrente do erro de diagnóstico – Indenização reduzida pra R\$ 100.000,00 – Recurso da autora provido e provido em parte o recurso das rés. (BRASIL, TJSP; Apelação Cível 0648047-50.2000.8.26.0100; Relator (a): José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 30/06/2016). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9567255&cdForo=0> Acesso em 20 abr. 2023.

¹⁰⁴ É possível verificar que não são raras as vezes que embora o autor faça pedido de indenização por danos morais ou danos materiais é concedido a indenização pela perda de uma chance, mesmo quando não consta na inicial causa de pedir e pedido com base na perda de uma chance e embora não seja o objeto de estudo, no entendimento da autora esse julgamento é extra petita, conforme já exposto. Nesse sentido a fim de não se tornar repetitivo, é importante esclarecer que os casos citados possuem o objetivo de demonstrar a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo judiciário.

A aplicação da teoria sobre a "perda de uma chance" é relevante nesses casos, pois busca-se reparar o dano causado pela perda da oportunidade de tratamento adequado, mesmo que não seja possível afirmar com certeza que o desfecho teria sido diferente caso o diagnóstico tivesse sido feito corretamente.

Nesse contexto, é importante destacar a responsabilidade dos profissionais envolvidos no processo de diagnóstico e tratamento, bem como a necessidade de uma atuação diligente e criteriosa para garantir a saúde e a vida dos pacientes.

Além disso, a realização de perícias técnicas e a análise de prontuários médicos podem ser fundamentais para a comprovação dos fatos e a tomada de decisões judiciais adequadas.

Como vimos a perda de uma chance está relacionada à possibilidade de reparação de danos causados pela falha no diagnóstico. Em casos em que a falha no diagnóstico prejudica o prognóstico do paciente, a perda de uma chance pode ser aplicada, ou seja, a responsabilidade do profissional de saúde pode ser reconhecida não pelo resultado final, mas pela chance perdida de cura ou melhoria do quadro clínico do paciente.

Os pacientes têm o direito de serem informados sobre os riscos, benefícios e alternativas dos tratamentos, bem como de consentirem ou não com o procedimento proposto, assim se faz necessário o estudo proposto no próximo tópico.

3.4 Erro de diagnóstico e consentimento informado

Necessário o estudo sobre o erro de diagnóstico e o consentimento informado tendo em vista que a teoria da perda de uma chance é uma área do direito que se preocupa com situações em que um indivíduo sofreu uma perda de oportunidade devido a uma ação ou omissão de outra pessoa, no caso do erro de diagnóstico, geralmente é praticado por um profissional de saúde.

Essa teoria é particularmente relevante em casos de erro de diagnóstico, onde o paciente perde a chance de um tratamento mais eficaz ou de uma recuperação completa devido ao diagnóstico incorreto.

No contexto de erro de diagnóstico, a discussão sobre o consentimento informado se torna relevante porque nesses casos, o paciente pode não ter tido a oportunidade de ser informado sobre opções de exames específicos, ou de tratamento e procedimentos específicos que poderiam ter melhorado suas chances de recuperação ou de controle da doença, por exemplo.

O consentimento informado é fundamental para a autonomia do paciente e para a relação médico-paciente. Os pacientes têm o direito de estar plenamente informados sobre sua condição de saúde, bem como sobre as opções de tratamento disponíveis, os possíveis riscos e os benefícios associados a cada opção¹⁰⁵.

Anteriormente, havia uma hierarquia clara entre médico e paciente na relação médico-paciente. No entanto, nos dias de hoje, essa dinâmica mudou significativamente, resultando em uma situação em que ambos estão em pé de igualdade, conforme Nascimento¹⁰⁶ (2023, p. 175) “hoje ambos estão equiparados, o paciente se encontra no centro, visto que pode analisar suas opções, e, legitimamente exercer a soberania sobre o próprio corpo.”

Quando não cumprido o dever de informação, o paciente pode se sentir enganado, desrespeitado ou privado de tomar decisões importantes que afetam sua saúde.

¹⁰⁵ Nesse sentido veja passagem da ementa a seguir “(...) Hipótese em que restou evidenciado o agir culposo do médico, não pela má técnica na realização das cirurgias, mas porque deixou de riscos dos procedimentos a serem realizados, resultando em imediata piora do quadro clínico e invalidez permanente da paciente. 3. Diagnóstico de doença degenerativa progressiva que não afasta o dever de informação, especialmente porque, no caso, houve imediato agravamento do quadro clínico (invalidez – perda dos movimentos de uma das pernas) já após a realização do primeiro procedimento cirúrgico. (...) 6. A situação posta nos autos permite a aplicação analógica da teoria da perda de uma chance, pois é possível concluir que caso cumprido o dever de informação, teria o paciente a possibilidade de não realizar o tratamento e prosseguir com os poucos sintomas (dor nas costas) ao invés da invalidez constatada já após a realização do primeiro procedimento cirúrgico. Destarte, o dano que o demandado causou ao autor consubstancia a perda da chance de, eventualmente, ter permanecido com os movimentos dos membros inferiores por tempo indeterminado, caso o dever de informação fosse eficazmente atendido. (...). Recurso parcialmente provido, por maioria.” BRASIL, TJ/RS, Apelação Cível, Nº 70084872910, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 11-06-2021. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php Acesso em 28 mai 2023.

¹⁰⁶ NASCIMENTO, J. G.; ESPOLADOR, R. de C. R. T.; CRIVILIM, B. V. M. A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido. *Scientia Iuris*, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 164–177, 2023. p.175. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/46310>. Acesso em: 28 maio. 2023.

Ademais, entender o erro de diagnóstico e o consentimento informado é fundamental para identificar e prevenir erros médicos na área da saúde.

O consentimento informado é uma parte essencial do processo médico, e os pacientes têm o direito de serem informados sobre os riscos e benefícios de um tratamento antes de concordarem com ele.

Quando esse consentimento não é dado de forma adequada, pode haver consequências legais para os profissionais de saúde.

Ao compreender como os erros de diagnóstico e o consentimento informado podem afetar os pacientes, os profissionais de saúde podem trabalhar para garantir que seus pacientes recebam o diagnóstico correto e o melhor tratamento possível e sejam informados adequadamente sobre suas opções de tratamento.

O dever de informar¹⁰⁷ é uma obrigação do médico, como se depreende do artigo 34, Capítulo V, do Código de Ética Médica¹⁰⁸:

É vedado ao médico:

Art. 34: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Uma das responsabilidades do profissional é informar o paciente sobre todos os procedimentos aos quais será submetido, esclarecendo detalhes sobre o tratamento, o caminho que será adotado caso seja necessária a realização de uma cirurgia, os possíveis riscos envolvidos.

De acordo com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, artigo 6º, 1, Unesco, 2006:

Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa

¹⁰⁷ Conforme os ensinamentos de Flaviana Rampazzo Soares. Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba. SP: Editora Foco, 2021. p. 168. “as informações abrangem essencialmente o diagnóstico (obtenção e resultado), os meios empregados (tanto no diagnóstico quanto no prognóstico); os tratamentos disponíveis ou propostos e suas respectivas finalidades; o prognóstico; os efeitos dos tratamentos ou consequências do não tratamento; os riscos e benefícios dos caminhos que podem ser adotados; os custos e as alternativas terapêuticas.”

¹⁰⁸ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. CFM. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index6/?numero=24&edicao=4631> Acesso em 17 de abr. 2023.

pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo¹⁰⁹.

Não é suficiente que o consentimento seja expresso por meio de uma simples assinatura em documento, muitas vezes obtida em momentos de sofrimento e angústia por parte do paciente.

A condição de "informado" do consentimento implica a necessidade de uma prévia, detalhada e transparente explicação dos riscos e do procedimento relacionados a todo o tratamento. É fundamental que a informação seja transmitida de forma imparcial, sem influências inadequadas, como primeiro passo para se obter um consentimento válido, de acordo com Rabelo Junior¹¹⁰ (2023, p. 1342).

É essencial que o paciente esteja ciente de todas as informações¹¹¹ relevantes antes de qualquer procedimento, garantindo que ele possa tomar decisões informadas sobre sua própria saúde e bem-estar, mas essa regra não é absoluta¹¹².

Além disso, é importante ressaltar que não basta apenas informar o paciente, o médico também precisa se certificar de que o paciente entenda o que está sendo explicado, ademais a informação precisa ser correta.

¹⁰⁹ Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, artigo 6º, 1, Unesco, 2006. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por Acesso em 18 abr. 2023.

¹¹⁰ RABELO JUNIOR, M. da S. F. ., & Goulart, L. K. . (2023). Prescrição de medicamentos "off label": uma análise da (ir) responsabilidade civil médica sob o prisma do consentimento informado. *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação*, 9(1), 1328–1347. 2023, p. 1342. <https://doi.org/10.51891/rease.v9i1.8348> Disponível em <https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/8348/3287> Acesso em 27 mai 2023.

¹¹¹ As informações abrangem essencialmente o diagnóstico (obtenção e resultado), os meios empregados (tanto no diagnóstico quanto no prognóstico); os tratamentos disponíveis ou propostos e suas respectivas finalidades; o prognóstico; os efeitos dos tratamentos ou consequências do não tratamento; os riscos e benefícios dos caminhos que podem ser adotados; os custos e as alternativas terapêuticas, conforme os ensinamentos de Flaviana Rampazzo Soares. *Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 202. p. 168.

¹¹² O que será repassado, pelo menos ao paciente, deve ser apreciado pelo médico. Utilizando-se de sua sensibilidade, a este cabe o dever de avaliar até que ponto existe condição do próprio paciente receber a notícia. Isso é importante por duas razões: na primeira, o nível cultural do paciente pode impedir o completo entendimento das informações e este fato pode causar problemas não somente para o paciente, mas também para terceiros; na segunda, a depender da gravidade do que será transmitido, poderá ocasionar desespero e depressão grave ao paciente, o que pode agravar ainda mais a situação, com repulsa ao tratamento, isolamento de amigos e familiares e até suicídio. Conforme os ensinamentos de Barros Júnior, Edmilson de Almeida. *Código de ética médica: comentado e interpretado* / Edmilson de Almeida Barros Júnior. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019. p. 435.

Conforme Ronaldo de Souza Piber¹¹³ (2022, p.138) cabe aos profissionais da saúde, “interpretar e comunicar conteúdos, utilizando meios gráficos e linguagem acessível para que os pacientes entendam as informações transmitidas e as utilizem para tomar sua decisão”.

Nos dizeres de Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral¹¹⁴ (2018, p. 107):

A informação incorreta é tão lesiva, ou até mais, quanto o descumprimento do dever de informar, podendo, em alguns casos, trazer consequências gravosas como o tratamento equivocado em razão de falha no diagnóstico - o que pode acarretar responsabilidade civil decorrente da perda da chance de cura.

Ao considerar o direito ou interesse que se pretende proteger ao observar o direito à informação, é essencial levar em conta a finalidade dessa informação para o tomador de decisão e os riscos envolvidos¹¹⁵.

É necessário que o paciente tenha todas as informações relevantes para tomar decisões informadas sobre sua própria saúde e bem-estar. Por isso, é importante que o profissional de saúde forneça informações claras e precisas sobre as opções de tratamento disponíveis, seus benefícios e riscos associados, permitindo que o paciente faça uma escolha informada e consciente.

O dever de informação do médico, também tem origem no respeito à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal¹¹⁶, e no princípio da boa-fé objetiva¹¹⁷.

¹¹³ BARBOSA, Maria da Glória Virginio; BARBOSA, Regina Cláudia Virginio. Direito médico e da saúde [recurso eletrônico], organizadoras; coautores: Andressa Pasqualini ... [et al.]. Dados eletrônicos. - João Pessoa: Ideia, 2022. p.138.

¹¹⁴ CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar direito e medicina. 2. ed. - Curitiba: Appris, 2018. p. 107.

¹¹⁵ Nesse sentido “é imprescindível que os profissionais e estudantes da área da saúde, dentre todas as suas competências, tenha como prioridade a transmissão de forma eficaz das informações relevantes ao paciente, utilizando mecanismos que sejam de fato efetivos à compreensão da situação que esteja passando e consequente boa adesão ao tratamento”. PENHALBER, E. ; TEIXEIRA, M. A. ; PIBER, L. S. ; PIBER, R. S. . Evidências científicas sobre Letramento em Saúde. Bios papers, v. 1, p. 1-13, 2022. p.7.

¹¹⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;(...)” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.) Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 19 abr. 2023

¹¹⁷ Conforme se verifica do “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. (BRASIL, Lei Federal nº 10.406,

Além disso, o médico está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor no que se refere ao dever de informação, liberdade de escolha e riscos relacionados aos procedimentos e tratamentos propostos.

O direito à informação é um aspecto crucial do atendimento médico, pois permite que os pacientes tenham controle sobre suas próprias decisões e participem ativamente de seu próprio cuidado de saúde, “por isso, o nível informativo exigível é maior quando envolver um diagnóstico grave, como um tumor maligno, se comparado a um singelo, v.g. uma virose simples”¹¹⁸. (SOARES, 2021, p. 164).

A relação entre médico e paciente deve ser pautada pela confiança e segurança, sendo essencial que o paciente tenha a certeza de que o médico está agindo com honestidade e transparência.

Conforme Rosenthal¹¹⁹ (2007, p. 102), essa relação deve seguir as novas perspectivas dos direitos da personalidade, sendo construída sobre uma base sólida de proteção, lealdade e esclarecimento, que são funções dos deveres de conduta da boa-fé objetiva.

Além disso, é importante ressaltar que, de acordo com o artigo 15¹²⁰ do Código Civil Brasileiro, o consentimento do paciente é indispensável para a atuação na sua esfera pessoal.

É responsabilidade do médico garantir que o paciente esteja completamente informado¹²¹ sobre as opções de tratamento disponíveis e os riscos associados a

de 10 de janeiro de 2022, que institui o Código Civil, publicado no DOU de 11.1.2002.). Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 19 abr. 2023.

¹¹⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba. SP: Editora Foco, 2021. p. 164.

¹¹⁹ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 102

¹²⁰ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022, que institui o Código Civil, publicado no DOU de 11.1.2002.). Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 19 abr. 2023.

¹²¹ Nesse contexto, importante observação do STJ “O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e

cada uma delas. Além disso, é crucial que o paciente seja informado sobre a existência de centros especializados ou instalações mais adequadas para o atendimento, especialmente quando há risco de morte ou sequelas graves.

É importante que o paciente saiba que esses centros especializados possuem a capacidade de oferecer tratamentos mais eficazes e fazem a diferença em sua recuperação.

A informação completa sobre essas opções pode permitir que o paciente possa buscar os cuidados médicos mais adequados para suas necessidades.¹²²

preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado. 6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente. 7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos. 8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes. 9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º). 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação”. (BRASIL, REsp n. 1.540.580/DF, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018.). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501551749&dt_publicacao=04/09/2018 Acesso em 17 de abr 2023.

¹²² Como se nota no julgado que segue ementado: “Responsabilidade civil. Médico. Paciente com lesão no hemitórax. facada. diagnóstico. lesão cardíaca não constatada. recursos técnicos não disponíveis na localidade. falha no dever de informar aos efetivos responsáveis sobre a carência e riscos da lesão não evidenciada a nível clínico, em que pese possível. solicitação dos familiares a respeito de remoção. negativa de necessidade. (...). teoria da perda de uma chance. danos morais tipificados. No caso dos autos, em que pese, não se possa tributar o evento morte diretamente à atuação do demandado, tenho que este se houve com negligência, pecando, ainda, pela ausência de informação adequada aos familiares, encargo que lhe era exigível, omitindo informações técnicas importantes que poderiam ter dirigido à livre opção desses de demandar atendimento médico em centros com maiores recursos, não apenas de diagnóstico, como de tratamento, o que quiçá, teria evitado a morte do paciente, em que pese a gravidade da lesão, ou no mínimo mitigado o sofrimento posterior do pai ante o sentimento de que tudo que estava a seu alcance realizou na busca de salvar a vida de seu filho. Por certo que a dor da perda, se adviesse, não seria possível de evitar, mas o sentimento de atenção e cuidado máximos por certo aliviariam e consolariam. De outro lado, tivesse o demandado identificado os familiares das limitações diagnósticas, já que o hospital apenas possuía equipamento de raio-X, e não podia realizar ecocardiograma, e o primeiro sabidamente não se presta, como sabia e também afirmado pelo perito, para a identificação de lesão cardíaca, ciente ainda, como técnico, das possibilidades de ocorrência de

De acordo com o Código de Ética Médica, é dever do médico indicar ao paciente o procedimento adequado, desde que esteja em conformidade com as práticas cientificamente reconhecidas e a legislação vigente (Capítulo 11, item II).

O médico assume a responsabilidade pelo procedimento ou ato profissional que indicou, mesmo que tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu representante legal (Capítulo III, artigos 3º e 4º).

Ou seja, o médico deve garantir que o procedimento indicado seja o mais adequado para o paciente, levando em conta as práticas científicas reconhecidas e a legislação em vigor, e deve ser responsável por seus atos profissionais, independentemente de terem sido solicitados ou autorizados pelo paciente ou seu representante legal.

A Lei nº 12.842/2013¹²³, que dispõe sobre o exercício da medicina, regulamenta a atividade médica estabelece que o médico deve agir com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade profissional, com o objetivo de promover, proteger e recuperar a saúde, além de prevenir, diagnosticar e tratar as doenças¹²⁴ (Art. 2º, parágrafo único e incisos I e II).

lesões "tamponadas", mascarando, assim, a gravidade dos ferimentos inicialmente, teria, no mínimo, cumprido com seu dever profissional de informar, o que poderia afastar a sua responsabilização. O demandado admitiu que foi questionado no mínimo em duas oportunidades sobre a necessidade de remoção do paciente para um centro maior, no que não teria assentido. Pela primeira vez, ao início do atendimento quando lhe seria exigível dizer da limitação diagnóstica, em que pese os prognósticos favoráveis e sua crença de não ter havido lesão cardíaca ante a evolução do quadro, pois como profissional sabia da possibilidade de lesão mascarada. Segundo, quando ao substituir o dreno, por volta das 13 h, ocasião em que declarou em juízo que o sangramento foi intenso - e sequer registrou a quantidade ou determinou providências para isso no prontuário - admitindo que o autor novamente lhe perquiriu sobre a necessidade de transferência, o que teria negado novamente. Danos morais reconhecidos. Apelação provida. (Apelação Cível, Nº 70037818341, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 15-12-2010). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php Acesso em 17 abril de 2023.

¹²³ BRASIL, Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, publicada no DOU de 11.7.2013, dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm Acesso em 19 abr. 2023.

¹²⁴ In verbis "Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza. Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para: I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;"

Dessa forma, é responsabilidade do médico empregar suas habilidades e conhecimentos para oferecer um tratamento adequado ao paciente, buscando sempre a promoção da saúde e o bem-estar do indivíduo.

Além disso, a citada Lei n. 12.842/2013 estabelece como atividade privativa do médico a "indicação e execução" tanto de "intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios" quanto de "procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias", assim como a "determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico"¹²⁵ (texto dos incisos II, III e X do art. 4º da Lei).

O médico também deve atuar de forma integrada com os demais profissionais de saúde, com o objetivo de assegurar a continuidade da assistência prestada ao paciente¹²⁶.

Quando se trata de responsabilidade civil decorrente da violação do dever de informação¹²⁷ (artigo 6º, III do CDC), tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira apontam para uma responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa do profissional¹²⁸ (conforme o artigo 14, §4º do CDC).

Isso significa que o médico somente será responsabilizado caso fique comprovado que agiu com negligência, imprudência ou imperícia na prestação de informações ao paciente.

¹²⁵ Que assim dispõe: Art. 4º São atividades privativas do médico: (...) II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios; III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias; (...) X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;"

¹²⁶ Conforme "art. 3º O médico integrante da equipe de saúde que assiste o indivíduo ou a coletividade atuará em mútua colaboração com os demais profissionais de saúde que a compõem." BRASIL, Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, publicada no DOU de 11.7.2013, dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm Acesso em 19 abr. 2023

¹²⁷ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm Acesso em 19 abr. 2023.

¹²⁸ Como se nota da transcrição do citado artigo: 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.

A falta de consentimento pode ser considerada uma lesão autônoma, que por si só é prejudicial e pode levar a uma indenização. No entanto, é necessário verificar a relação de causalidade entre a omissão de informações e o dano, a fim de determinar a responsabilidade pela indenização.

De acordo com as boas práticas médicas, é fundamental que o profissional forneça informações claras, objetivas e precisas ao paciente, a fim de que este possa compreender de forma completa e correta as explicações recebidas e, assim, tomar uma decisão segura e consciente.

Em suas explanações, Meireles¹²⁹ (2009, p.265) esclarece que a autorresponsabilidade é a capacidade do indivíduo de assumir a responsabilidade por si mesmo, reconhecendo que suas escolhas e ações têm consequências diretas em sua vida e em seu bem-estar. Em outras palavras, trata-se da responsabilidade pessoal de cada ser humano em cuidar de si mesmo e assumir o controle de sua vida, tem como pressuposto que a consequência do ato não recaia sobre interesse alheio ou da coletividade.

A partir dessa concepção, considera-se que o indivíduo é responsável por suas ações e deve cumprir com o dever de fornecer informações verídicas ao médico.

Nesse sentido, reconhece-se a pessoa como um sujeito capaz de assumir as consequências de seus atos e responsável por cooperar com o profissional de saúde no diagnóstico e tratamento adequados, por meio da prestação de informações confiáveis e, portanto, se faz necessário estudo sobre a falha do paciente no erro de diagnóstico, conforme veremos a seguir.

3.5 Falha do paciente no erro de diagnóstico

No contexto da responsabilidade civil, uma das coisas que nos interessa é saber se o paciente também foi culpado pelo diagnóstico errado porque deu ao médico informações erradas ou omitiu informações importantes.

¹²⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 265.

Para Fernanda Shaefer¹³⁰ (2012, p.71-74), nesse caso, a culpa do paciente pode ser vista como concorrente para o resultado. Mas ela diz que a maioria dos especialistas não considera um erro de diagnóstico um erro que vem do paciente dando informações erradas ao médico e que o profissional tem que ser cuidadoso e não pode confiar apenas nas informações que o paciente passa. Mesmo com essa ressalva, ela entende que a culpa pelo diagnóstico errado pode ser verificada de forma concorrente e individualmente.

No tema em análise, o paciente que deu a informação errada, será levado em consideração no momento de fixar o valor da indenização. Caso tenha havido mais de um agente que contribuiu para o cometimento do erro, a análise da responsabilidade civil médica determina o quanto cada parte tem de responsabilidade, com base no grau em que foi responsável pelo erro.

É uma referência ao conceito de que uma das causas está na própria conduta do paciente, como quando o paciente não responde honestamente às perguntas feitas pelo médico. Apesar disso, tem consciência de que o paciente não pode ser o único responsável pelo dano causado.

É importante ressaltar que tanto o médico quanto o paciente são responsáveis pelas informações que fornecem, sendo que uma informação errada por parte do paciente pode levar o médico a um diagnóstico equivocado. Ambos têm a obrigação de informar a verdade.

Além disso, há a autorresponsabilidade, que impõe que uma pessoa não pode imputar a outra as consequências de seus próprios atos. Dessa forma, ambas as partes devem agir com lisura, boa-fé e transparência para que haja uma relação médico-paciente bem-sucedida.

As concausas não podem ser usadas como defesa contra o dever do médico, a menos que as ações do paciente sejam o único fator que contribuiu para a lesão. Assim, caso haja mais de uma causa para a condição do paciente, o médico será responsabilizado na medida em que suas ações contribuíram para a gravidade das lesões do paciente¹³¹ (RAPOSO, 2014, p. 73.).

¹³⁰ SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2012, p.73-74.

¹³¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina, 2014, p. 73.

É necessário que médico e paciente sejam conscientes de que há uma corresponsabilidade em suas ações e também uma autorresponsabilidade. A corresponsabilidade exige que médico e paciente sejam responsáveis de igual forma pela clareza e veracidade das informações que um fornece ao outro. Não deve ocorrer que o paciente o qual busca acompanhamento médico induza-o a erro em relação ao diagnóstico, por fornecer informações incorretas, incompletas ou distorcidas, omitindo, por vezes, com ou sem intenção, dados importantes. Essas informações, trazidas por ele, irão direcionar o atuar médico e são de inteira responsabilidade do paciente, devendo o médico anotá-las pormenorizadamente no prontuário, que poderá ser seu melhor, senão determinante, instrumento de defesa em futura demanda. Da mesma forma, deve o médico informar de forma clara, objetiva e veraz para que o paciente possa compreender o que lhe foi explicado, para uma tomada de decisão segura¹³². (CABRAL, 2018, p. 51)

Não é possível fechar um diagnóstico sobre o estado do paciente apenas com base nas informações fornecidas pelo próprio paciente ao médico assistente. Isso deve ser construído usando uma ampla variedade de informações, algumas das quais além do exame físico, devem ser adquiridas por meio de exames de imagem ou laboratoriais.

Para chegar a um diagnóstico preciso, o médico deve se comportar com o nível de cuidado e atenção aos detalhes necessários. Assim, a responsabilidade que lhe cabe não pode ser afastada sob a alegação de que vítima omitiu informações.

Além disso, em caso de condenação por diagnóstico incorreto, o caso concreto e as circunstâncias que o cercam serão examinados para determinar o valor da indenização a ser concedida.

¹³² CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar direito e medicina. Cabral - 2. ed . - Curitiba : Appris, 2018. p. 51.

4 A Quantificação da Indenização pela Chance Perdida

Ainda hoje, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, persiste a dificuldade¹³³ em apurar a extensão e quantificação dos danos pelas chances perdidas.

A angústia do advogado ao elaborar o pedido de indenização e a do Juiz na quantificação do dano são similares, pois ambos buscam, em momentos diferentes, encontrar a justa indenização concreta da lesão.

Mas, se não existe nenhuma técnica jurídica que possa aferir o valor da dor, é necessário que todos os protagonistas do processo encontrem soluções equitativas que não deixem a vítima desprotegida por falta de restituição integral ou empobrecem o ofensor, cujos altos valores acabam se tornando uma fonte indevida de lucro.

O dano tem uma consequência real e tangível. Para tanto, é preciso levar em consideração todas as especificidades da situação, inclusive a natureza do dano ou bem resultante da causa do dano.

Somente em circunstâncias extremamente incomuns os vários coeficientes dos quais o dano integral é derivado e se apresentam de maneira tão direta que todo o cálculo pode ser reduzido a uma única adição ou subtração.

Compreender como os vários fatores contribuintes estão interconectados em uma cadeia de eventos da causa ao efeito é um desafio que torna difícil atribuir um valor aos danos.

Não há nenhuma disposição legislativa para a perda de uma chance, como dito anteriormente, a ressarcibilidade do dano pela perda da chance é pretoriana, amparada pela doutrina de vanguarda, originalmente francesa e italiana, que vêm ganhando espaço no direito brasileiro.

O processo de ajuste do quantum, feito para compensar a oportunidade perdida, é repleto de desafios. Morte, lesão, agravamento do estado de saúde, incapacidade para o trabalho ou para outros atos da vida, permanente ou temporária,

¹³³ Conforme os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto (2019, p. 1) “fixar o *quantum*, na reparação pela perda de uma chance, é operação inçada de dificuldades. Não se indeniza o prejuízo final – morte, lesão, agravamento do estado de saúde, incapacidade laborativa ou para os demais atos da vida, permanente ou temporária, total ou parcial, diminuição da sobrevivência e todos os demais danos que advêm da ocorrência culposa. Busca-se, isto sim, a quantificação específica da *chance*, da possibilidade perdida de se obter condição mais favorável ao doente, comprometida pela atuação do profissional da medicina.”. KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 1, n. jan.-mar., p. 1–9, 2019. p.1.

total ou parcial, redução da sobrevida e todos os demais danos decorrentes do fato culposos.

O que se busca, é a quantificação particular da oportunidade, ou a perspectiva perdida de conseguir uma condição mais favorável ao paciente, que foi comprometida pela atuação do profissional médico.

Quando há uma diminuição da probabilidade de cura ou sobrevivência a uma doença, há um maior potencial de dano irreparável (morte ou ferimento da vítima), mas a causa latente desse dano permanece incerta.

A questão de saber se a morte do paciente teria sido evitada se o erro de diagnóstico tivesse sido evitado nunca será respondida, mesmo que o paciente tenha sido diagnosticado com câncer ou outra forma de doença terminal.

Mas não há dúvida de que o diagnóstico incorreto ou tardio arruinou pelo menos uma chance real de cura ou de uma vida útil mais longa. E é essa oportunidade (ou essas oportunidades) que se procura ser indenizada.

Novamente, é preciso dizer que a perda da chance deve ser vista como uma perda independente, não como uma forma de compensar parte do dano final.

A vítima deve ser incapaz de estabelecer uma conexão entre a atividade responsável e o dano final antes de recorrer à hipótese de chance perdida. Se tal comprovação estiver disponível, não será vista como uma chance perdida, mas sim como responsabilidade direta, sem qualquer menção a chances perdidas¹³⁴. (PETEFFI SILVA, 2009, p. 142).

O juiz deve considerar se existe essa chance de sucesso, o que exigiria que o médico tomasse providências diligentes. Se for esse o caso, não há escolha a não ser apontar para a falta de intervenção, intervenção inadequada ou um atraso em reconhecer a perspectiva do sucesso, conforme advertido por Rute Teixeira Pedro¹³⁵ (2008, p.296).

¹³⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142.

¹³⁵ TEIXEIRA PEDRO, Rute. A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 296.

Rute¹³⁶ (2008, p.321) ainda adverte que para que o juiz determine o valor da indenização que deve ser concedido pela perda do paciente de uma chance de cura ou sobrevivência, é necessário que o juiz determine a gravidade da condição do paciente, bem como todas as consequências para seu bem-estar físico e financeiro. Quando a quantidade total de dano é 100, o dano resultante da perda de uma chance varia de 1 a 99,9. A fixação levará em conta o grau em que a chance foi mantida de forma consistente no início, mas acabou perdida pelo paciente lesado.

O juiz será responsável por calcular o dano de forma equitativa, considerando o valor do resultado esperado e desejado, e aplicando a porcentagem de probabilidade de obter essa vantagem esperada, conforme Anneliese Gobes Faria¹³⁷ (2020, p.8) “deverá partir do valor do resultado útil e esperado e sobre este fazer incidir o percentual de chances que a vítima possuía do ato do ofensor”.

Assim, de início o juiz lança mão de uma ficção, que consiste em mensurar os danos patrimoniais e imateriais como se não se tratasse da hipótese de perda de chance, mas sim da equação causal própria à determinação da responsabilidade civil¹³⁸.

¹³⁶ TEIXEIRA PEDRO, Rute. A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 321.

¹³⁷ FARIA, Anneliese Gobes. A teoria da perda de uma chance no direito médico. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 6, n. mai -ago, p. 1–12, 2020.p.8.

¹³⁸ Nesse passo, é de todo oportuno trazer o trecho da ementa de relatoria do Ministro Og Fernandes, conforme se verifica “Responsabilidade civil do estado. serviço de atendimento móvel de urgência (SAMU). falha do operador telefônico. morte da vítima. perda de uma chance. taxa de sobrevivência. base de cálculo. (...) 2. Hipótese em que a vítima faleceu afetada por parada cardíaca. O servidor do estado encarregado do atendimento das chamadas de urgência, reiterada e sabidamente faltoso em suas obrigações, descumpriu as normas técnicas de atendimento e rejeitou o serviço ao usuário. O esposo da vítima, amputado de uma mão, viu-se completamente desamparado no socorro de seu cônjuge. 3. A sentença fixou indenização de R\$ 50 mil, já considerada a teoria de perda de uma chance, diante da probabilidade de sobrevivência da vítima ao ataque cardíaco, inviabilizada pelo atendimento falho do SAMU. O acórdão tomou esse valor como base de cálculo e sobre ele aplicou novamente a teoria da perda de uma chance, para fixar a reparação em 20% do valor da sentença, isto é, R\$ 10 mil. 4. As balizas jurisprudenciais da reparação do dano por morte situam como razoáveis os valores entre 300 e 500 salários-mínimos. O afastamento desses referenciais, que não se confundem com tabelamento ou tarifação, exigem motivação específica e expressa do julgador, inexistentes na espécie. Inobservados os parâmetros de razoabilidade, verifica-se a exorbitância ou irrisoriedade da condenação, não sendo hipótese de incidência da Súmula n. 7/STJ. 5. Descabe a dupla incidência (bis in idem) da teoria da perda de uma chance. A indenização em R\$ 50 mil do dano por morte é patentemente irrisória, sendo necessária a adoção do limite pretoriano mínimo para a base de cálculo da reparação. 6. Adotado o parâmetro inferior de 300 salários-mínimos e aplicado o percentual de 20% pela chance de sobrevivência da vítima de ataque cardíaco, a indenização é fixada em R\$ 60 mil. (...). BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 2.000.983/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 9/8/2022. Disponível em

Em outras palavras, o juiz mede os danos como se não fosse uma hipótese de perda de chance, mas sim a equação causal própria da determinação da responsabilidade civil e posteriormente estabelece a porcentagem de chances que o paciente tinha de não sofrer o dano.

A gravidade da doença deve ser cuidadosamente ponderada contra a chance perdida pelo juiz. Se for determinado que a chance destruída pelo comportamento negligente do médico, embora real, não foi capaz de afetar significativamente o resultado, o valor da chance será reduzido proporcionalmente.

Para se averiguar esse percentual a fase mais importante da quantificação e até mesmo para se determinar a existência das chances propaladas, deve o juiz socorrer-se ao trabalho do perito médico, conforme apontado por Rute Teixeira Pedro¹³⁹ (2008, p. 323), o juiz deve usar o trabalho do médico especialista para confirmar essa porcentagem, que é a parte mais crucial da quantificação, e até mesmo para verificar se as probabilidades relatadas existem.

A teoria da perda da chance de cura e sobrevivência une o conhecimento do direito e medicina, conforme Andreassa¹⁴⁰ (2021, p.6) “não há como o aplicador do direito aplicá-la sem estar devidamente e totalmente alicerçado em conhecimento técnico, o que, na prática, se dá por meio da atuação dos peritos judiciais”

Cabe ao perito esclarecer a gravidade da oportunidade perdida, demonstrando em que medida a supressão poderia interferir na cadeia causal do evento danoso, impedindo a consumação do dano; no entanto, esse raciocínio subsequente, se o dano ocorreu ou não, é duvidoso, conforme os ensinamentos do professor Miguel Kfoury Neto¹⁴¹ (2018, p. 337), que ainda ressalta a necessidade de a chance ser real e concreta e, portanto, constitui um valor autônomo e quantificável.

A perda de uma chance é autônoma e diferente da perda final, que é o dano à saúde do paciente. Por exemplo, o médico que tirou uma chance não pode ser

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103247400&dt_publicacao=09/08/2022 Acesso em 23 mai. 2023.

¹³⁹ TEIXEIRA PEDRO, Rute. A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 323.

¹⁴⁰ ANDREASSA, Bianca Maria de Souza Pires. Natureza jurídica dos danos oriundos da chance perdida de cura ou sobrevida. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 8, n. jan-abr, p. 1–9, 2021. p.6.

¹⁴¹ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos hospitais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 337.

obrigado a pagar uma indenização integral pela perda causada pela morte. A chance não pode ser apenas um palpite, necessário descobrir se a vítima realmente tinha chances de sobreviver ou melhorar. O juiz é o único que pode decidir quanto vale a chance perdida.

Nelson Rosevand¹⁴² (2013, p.2014) em seus ensinamentos diz que em algumas hipóteses o sistema semelhante ao da Suprema Corte dos Estados Unidos poderia ser implantado no Brasil.

A lei federal fixaria uma proporcionalidade entre a pena civil e o total dos danos (patrimoniais e/ou morais) e valores máximos de condenação, em respeito à ponderação entre a tutela de bens coletivos e a esfera de liberdade econômica do particular. Todavia, em certas circunstâncias a pena civil poderá incidir sem que o ofensor seja condenado a uma reparação por danos patrimoniais e/ou dano moral, o que aconselha que a individualização da sanção punitiva civil guarde autonomia com relação aos valores de correntes de danos emergentes, lucros cessantes, perda de uma chance e violações à dignidade da pessoa do ofendido.

Em relação à quantificação, Kfouri Neto ¹⁴³ (2018 apud DORSNER-DOLIVET, 2006, p. 338) ensina que o Tribunal de Cassação francês diz que o juiz deve primeiro calcular quanto dano a vítima sofreu, tanto financeira quanto pessoalmente. O juiz deve então decidir qual porcentagem dessas perdas deve ser levada em consideração, com base na probabilidade de que o dano poderia ter sido evitado, se a chance não tivesse desaparecido.

No exemplo citado por Rute Teixeira Pedro¹⁴⁴ (2008 apud KING, 1981, p.322), a pessoa que estava tendo um ataque cardíaco, mesmo havendo sinais, o médico não diagnosticou o problema. Com o tratamento certo, o paciente tinha 40% de chance de melhorar sem morrer. O valor da indenização deve ser igual a 40% do valor da vida da pessoa. O valor desse bem será decidido levando em consideração, entre outras coisas, como essa pessoa estaria se tivesse sobrevivido ao infarto.

Portanto, nesta avaliação, muitas coisas devem ser levadas em consideração, como idade, saúde e capacidade de obter rendimentos do concreto danificado. Em

¹⁴² ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2014.

¹⁴³ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos hospitais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 338.

¹⁴⁴ TEIXEIRA PEDRO, Rute. A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.322.

particular, os efeitos do ataque devem ser levados em consideração. A porcentagem de 40% seria adicionada ao número encontrado.

Isso indica que o juiz, ao determinar a extensão do dano que o lesado sofreu em decorrência da oportunidade perdida, também deve levar em consideração as condições gerais que o paciente, no caso cardiopata, teria mesmo que ele foi tratado em tempo hábil e adequado à situação.

Este é o caso mesmo que o paciente tenha recebido tratamento em tempo hábil e adequado à situação. Essas características particulares podem se tornar relevantes quando se considera as seguintes questões: quanto tempo o paciente ainda pode trabalhar, qual é a taxa de sobrevivência usual para portadores da patologia em questão e se haveria ou não consequências incapacitantes.

Como a atualização da chance nunca poderia ser conhecida com certeza, a quantidade de dano resultante da perda de uma chance não pode ser determinada com precisão.

No entanto, há uma certeza que justifica a compensação, que é o fato de que a possibilidade de obter algo ou evitar uma perda, que está na ordem factível, senão provável, das coisas, não pode mais ser produzida.

Em geral, a perda de uma chance é baseada na probabilidade de que ela ocorra e na certeza de que o benefício esperado não será realizado, resultando em dano indenizável.

4.1 Dano emergente e lucro cessante

O dano pode ser interpretado como qualquer ofensa além da redução patrimonial, sendo o dano relevante para a responsabilidade civil o indenizável, que se traduz em perda na redução patrimonial.

A indenização pode, em teoria, ser buscada por perdas financeiras causadas pela destruição, degradação ou depreciação de um ativo. Nesse sentido, não há distinção entre dano contratual e dano não contratual.

É essencial que tenha ocorrido repercussão patrimonial negativa material ou imaterial no patrimônio, para que haja obrigação de indenizar a vítima. Não basta ter havido ato ou conduta ilícita e nexo de causalidade para que haja dever de compensar a vítima.

Na teoria da perda de uma chance, o dano emergente refere-se ao prejuízo imediato sofrido pelo paciente em decorrência da perda da chance de um diagnóstico ou tratamento adequado. Já o lucro cessante diz respeito à perda de ganhos futuros que o paciente poderia ter obtido caso tivesse recebido o diagnóstico ou tratamento adequado.

Por exemplo, se um paciente perde a chance de ser diagnosticado corretamente em um estágio inicial de uma doença por conta de um erro médico, o dano emergente seria o custo dos tratamentos adicionais que serão necessários para tratar a doença em um estágio mais avançado.

Já o lucro cessante seria a perda de salário que o paciente poderia ter obtido caso não tivesse que se afastar do trabalho para se submeter a esses tratamentos adicionais.

Com habilidade, Glenda Gonçalves¹⁴⁵ (2013, p. 129) é capaz de distinguir as figuras jurídicas da “perda de uma chance” e dos “lucros cessantes”:

A noção de lucros cessantes muitas vezes se confunde com a perda de chance, por estarem ambos os conceitos relacionados à frustração de uma vantagem esperada. (...) O lucro cessante diz respeito à lesão a um bem jurídico que, comprovadamente, seria incorporado ao patrimônio do ofendido no futuro, acaso a conduta culposa não tivesse ocorrido. A chance representa um resultado almejado incerto, mas provável, cuja impossibilidade de crescer o patrimônio do ofendido é atual.

Outra característica diferenciadora entre ambos é que na chance o resultado final depende de diversos fatores, não sendo possível demonstrar efetivamente a sua concretização, mas apenas a probabilidade de que viria a ocorrer, em virtude do processo que se desencadeava. O lucro cessante é o ganho que não se obteve, porque a conduta impossibilitou a sua obtenção.

Considerar a perda da chance como lucro cessante implica em não lhe conceder uma posição subjetiva autônoma em relação ao resultado final desejado e perseguido pelo lesado. Isso pode levar a uma busca pela reparação da vantagem

¹⁴⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance. São Paulo: Clássica, 2013. p. 129.

final alegada como perdida, em vez da possibilidade de alcançar um resultado específico¹⁴⁶ (AMARAL, 2015, p. 222).

A perda de uma chance é considerada um tipo de dano que ocorre no futuro e pode ser difícil de mensurar de forma clara e precisa. Em contraste com os danos patrimoniais que podem ser reparados integralmente, a perda de uma oportunidade requer uma avaliação baseada no juízo de equidade¹⁴⁷ (VISINTINI, 1999, p. 207-208). Isso ocorre porque a compensação por essa perda não é exata e pode depender de circunstâncias incertas, mas altamente prováveis associadas ao evento danoso.

Alguns autores e julgamentos consideram a perda da chance como uma modalidade de lucro cessante, o que pode influenciar a forma como a quantificação do dano é determinada.

No entanto, essa abordagem pode não levar em conta a natureza única da perda de uma chance como um dano independente e a necessidade de avaliar a probabilidade de que o resultado desejado tenha sido alcançado se a chance não tivesse sido perdida.

Conforme os ensinamentos de Agostinho Alvim¹⁴⁸ (1980, p.180) "até prova em contrário admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes"

Portanto, é importante que a perda da chance seja tratada como um dano autônomo, a fim de garantir que a avaliação do prejuízo leve em conta a oportunidade perdida em si e não apenas o resultado final desejado. Isso requer uma análise cuidadosa da probabilidade de sucesso e da perda efetiva de oportunidade, a fim de alcançar uma solução equilibrada.

¹⁴⁶ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015. p.222.

¹⁴⁷ VISINTINI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 2. p. 207-208.

¹⁴⁸ ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1980. p. 180.

4.2 Dano pela Perda da Chance

Até o presente momento, não há previsão específica sobre a reparação do dano causado pela perda da chance em nenhum instrumento legislativo. Conforme mencionado anteriormente, a possibilidade de reparação desse tipo de dano é uma construção pretoriana, que é sustentada por uma doutrina avançada, que teve seu início na França e na Itália e ganhou espaço no direito brasileiro.

No ordenamento jurídico do Brasil, podemos verificar que os tribunais aderem a teoria da perda de uma chance, mas ainda têm dificuldade em determinar o quantum indenizador.

Às vezes, é definido um valor sem explicação de probabilidade. Quando a primeira reivindicação é julgada procedente, o montante da compensação pela oportunidade perdida costuma ser comparado ao direito do autor.

A título de exemplo, se verifica do acórdão da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AREsp n. 1.660.190/RJ¹⁴⁹, envolvendo óbito por "sepse de foco indeterminado", em que houve condenação com base na teoria da perda de uma chance por erro de diagnóstico

Como se depreende do acórdão foi destacado que, embora não existisse uma ligação causal direta entre a conduta médica e o óbito decorrente de uma sepse de foco indeterminado, devido à natureza progressiva e rápida da doença, a análise técnica evidenciou a negligência por parte dos profissionais responsáveis em fornecer o tratamento adequado ao paciente, considerando os sinais e sintomas apresentados. Essa negligência impossibilitou suas chances de cura e recuperação imediata.

Destacou-se que em casos como o presente, nos quais não é possível determinar a contribuição direta do médico para o resultado (óbito), uma vez que o dano é presumivelmente causado pela própria doença, a doutrina e a jurisprudência têm adotado a abordagem de responsabilização com base na teoria da perda de uma

¹⁴⁹ BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 1.660.190/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/11/2021, DJe de 25/11/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000282600&dt_publicacao=25/11/2021 Acesso em 18 mai. 2023.

chance, originada no direito francês, como uma forma autônoma de indenização pela privação da oportunidade do paciente de alcançar o resultado esperado.

Nesse caso, pode-se concluir que a relação de causalidade foi estabelecida quando ocorreu a alta prematura do paciente, sem a realização dos exames protocolares necessários, especialmente em casos de pacientes sem baço, que são mais suscetíveis à sepse.

Consta do acórdão que a simples realização de um hemograma poderia ter identificado a condição, permitindo o diagnóstico da doença desde o início e a adoção das medidas adequadas de tratamento e reversão do quadro.

No entanto, devido à alta precoce, o paciente foi privado da oportunidade de detectar a patologia e buscar o tratamento necessário, o que pode ter contribuído significativamente para agravar o quadro clínico e reduzir suas chances de recuperação. Esses fatos foram considerados suficientes para justificar a fixação de uma indenização com base na teoria da perda de uma chance.

Quanto à indenização, foi ponderado que, embora o réu não fosse diretamente responsável pelo óbito, mas apenas pelo equívoco no diagnóstico e pela liberação prematura do paciente, não seriam devidos os valores pleiteados a título de pensão por morte e luto.

No entanto, seria cabível uma indenização pela perda da chance de um diagnóstico correto, devido à liberação inoportuna do paciente. Em outras palavras, a indenização seria concedida pela frustração da expectativa legítima de receber um diagnóstico adequado e pelo direito autônomo derivado da relação materna de afeto, que afetou a esfera individual da mãe do paciente.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça destacou que o valor da indenização fixado em primeira instância, no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), é considerado adequado. No entanto, ressaltou-se que esse valor não se refere ao dano moral em si pelo falecimento do filho da autora, mas sim considerando o atendimento precário fornecido, mesmo diante do quadro relatado pelo paciente.

Assim, é possível observar que embora o pedido da autora tenha sido de indenização por dano moral face ao erro de diagnóstico, o tribunal regional condenou o réu pela perda de uma chance e essa decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na visão da autora, o caso citado acima de fato se trata do caso típico da perda de uma chance por erro de diagnóstico, no entanto, entende que ocorreu condenação além do que foi requerido na petição inicial, se o autor da ação apresenta um pedido preciso de indenização por danos morais e o acórdão, condena o réu pela perda de uma chance é possível verificar que o acórdão não utilizou apenas a fundamentação diversa, mas condenou o réu em pedido diverso do requerido pelo autor.

A teoria da perda de chance é mencionada na Apelação nº 0184602-75.2010.8.19.0001¹⁵⁰ que versa sobre o pedido de indenização em razão do falecimento do recém-nascido devido ao atraso no diagnóstico, que, embora graves, poderiam ser tratados adequadamente se identificados e tratados precocemente.

Segundo acórdão citado acima, com embasamento em laudo pericial, o diagnóstico tardio resultou no falecimento do recém-nascido. Nesse contexto, se a doença fosse descoberta precocemente, o quadro clínico do paciente seria reversível.

No caso estudado, o Tribunal entendeu que foram encontrados dois danos: um moral, condizente com o nexos causal entre o diagnóstico tardio e o óbito neonatal, e outro relacionado à perda da chance de sobrevivência da criança.

A decisão no tocante à indenização permaneceu inalterada, fixada em noventa mil reais por genitor do recém-nascido, modificando-se a sentença de primeiro grau somente com relação à juros e correção monetária, sendo possível verificar que houve a cumulação de dano moral com o dano pela perda de uma chance.

Na decisão originária da 9ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível, nº 70067496307¹⁵¹ foi utilizado o critério bifásico, identificando a oportunidade perdida como um risco autônomo. E em relação ao dano material e o pensionamento pleiteado foram considerados indevidos face a ausência de nexos de causalidade direto entre a conduta e o dano.

¹⁵⁰ Veja a decisão proferida no BRASIL, TJ/RJ Apelação Cível, Nº 0184602-75.2010.8.19.0001 - Des(a). Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho - Julgamento: 13/10/2015 – 21ª Câmara Cível Acórdão disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em 28 mar. 2023.

¹⁵¹ Conforme pode ser verificado no julgamento da Apelação Cível, Nº 70067496307, da 9ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Redator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 29-01-2016). Integra do acórdão disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas_solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 28 mar. 2023.

A decisão da Terceira Turma do STJ no REsp n. 1.677.083/SP¹⁵², de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, rejeitou a teoria da causalidade proporcional e também considerou a teoria da perda de uma chance como dano autônomo. A indenização foi calculada em proporção ao prejuízo final experimentado pela vítima.

Nesse caso, como a morte da paciente não ocorreu em decorrência da evolução da doença inicialmente diagnosticada, mas sim em decorrência de traumatismo cranioencefálico sofrido ao cair da escada da própria casa um dia após a última consulta médica, o nexo causal é ainda mais tênue e difícil de provar.

Não é possível afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em decorrência direta da tontura que a paciente vinha sentindo, mas ainda sim restou demonstrado nos autos esse liame.

Para chegar a essa conclusão, partiu do fato de que a paciente não procurou os serviços da ré apenas uma vez. Houve relatos, inclusive na perícia, de outras consultas realizadas anteriormente, com queixas de tontura, instabilidade e lesão infecciosa no leito ungueal da mão que não cicatrizava.

O fato de o hemograma completo, simples exame laboratorial capaz de detectar a doença grave que acometeu o paciente (Leucose Aguda), só ter sido solicitado após várias consultas demonstra que o serviço prestado foi realizado de forma negligente, apesar da paciente ter solicitado repetidamente assistência médica. Apesar disso, a paciente só fez hemograma completo após várias consultas.

Ademais, no mesmo dia, sem sequer aguardar o resultado do exame laboratorial, o profissional médico responsável pelo atendimento da paciente lavrou atestado recomendando o afastamento do trabalho por dois (dois) dias. Essa recomendação foi feita antes mesmo de o profissional médico saber o resultado do teste. Mesmo sem o resultado, o médico deu sinal verde para ela voltar para casa sem mais consideração.

Relativamente a esta questão, foi sustentado em defesa que o nexo de causalidade que possa ter existido entre a atuação dos médicos e o falecimento da

¹⁵² Veja o julgamento proferido no REsp n. 1.677.083/SP de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700345945&dt_publicacao=20/11/2017 Acesso em 28 mar. 2023.

paciente foi rompido logo que esta saiu do estabelecimento sem esperar pelo resultado do exame laboratorial.

Constou do acórdão que “cabia ao profissional de saúde avaliar o grau de importância do exame realizado e a necessidade de aguardar o seu resultado, ainda mais quando se tratava de exame pedido com urgência”, além disso à luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado, na espécie, “é aquele existente entre a conduta negligente do hospital e a chance perdida de um diagnóstico correto e de todas as consequências normais que dele poderiam resultar, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o resultado morte.”

Conforme resultado da perícia judicial¹⁵³, a baixa contagem de plaquetas, que tem papel fundamental na coagulação do sangue, foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana, concluindo quanto à efetiva concomitância da doença diagnosticada com o resultado morte.

Assim, se concluiu que desde as primeiras consultas os médicos foram negligentes, sobretudo em razão do método simples para se chegar ao diagnóstico, especialmente em razão da gravidade da doença, ficando comprovado que “um simples hemograma” era capaz de diagnosticar a paciente e, portanto, a atuação dos profissionais “retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado, ou seja, de obter uma vantagem”.

Conforme se extrai do acórdão “isso basta para que fiquem caracterizados, na espécie, tanto a frustração de uma chance quanto o respectivo dever de indenizá-

¹⁵³ No REsp n. 1.677.083/SP consta do acórdão a conclusão do laudo pericial “(...) Discussão e Conclusão: A pericianda vítima apresentava quadro compatível com Leucose Aguda sugerida no exame de Hemograma da data de 23/12/2010, o qual não foi investigado pela equipe do Pronto Atendimento do Hospital Réu. A pericianda vítima sofreu acidente doméstico no dia 24/12/2010, quando foi socorrida pelo Resgate e posteriormente transferida para o Hospital Réu, onde foi internada e investigado o quadro de pancitopenia, compatível com Leucose Aguda. Apresentou evolução desfavorável devido ao sangramento no sistema nervoso central, secundário ao traumatismo craniano associado a plaquetopenia, evoluindo a óbito em 25/12/2010. Conclusão: A pericianda vítima apresentava quadro de Leucose Aguda sugerida pelo Hemograma da data de 23/12/2010 o qual de acordo com a documentação acostada nos autos não foi investigada e orientada de acordo com a prática médica usual, e evoluiu para óbito por complicações relacionadas a Doença de Base. (...) Quesitos fls. 210: 01 - A causa do óbito foi hemorragia intracraniana pós traumatismo craniano relacionada a baixa contagem de plaquetas. (...) 06 - Não, a pericianda foi dispensada do hospital com atestado de afastamento laboral por 2 dias, sem orientação para avaliação na especialidade de Hematologia. Tratava-se de quadro gravíssimo de Leucose Aguda, com baixos níveis de hemoglobina e plaquetas e elevada contagem de Leucócitos, altamente sugestiva de Leucose Aguda”

la¹⁵⁴”, se tivesse determinado a internação imediata da paciente, ou se o hospital a tivesse contatado assim que os resultados dos exames laboratoriais fossem obtidos, não haveria necessidade de recorrer a suposições sérias, como a probabilidade de que o desastre doméstico não tivesse ocorrido.

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não é igual ao da perda total. Em vez disso, é baseado na chance que foi perdida, “como bem jurídico autônomo”, entendendo o STJ que nesse caso (REsp n. 1.677.083/SP), os danos fixados em R\$ 50.000,00 pelo Tribunal de origem não se mostram desarrazoado.

O Superior Tribunal de Justiça, no acórdão de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, da Terceira Turma no AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ¹⁵⁵, também fora aplicado a responsabilidade civil pela perda de uma chance, como bem jurídico autônomo, constando do acórdão que “o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.”

¹⁵⁴ Nas palavras de Vera Maria Jacob de Fradera (apud REsp n. 1.677.083/SP), “admite-se a reparação apenas se, pelo menos, ficar estabelecido que a culpa teve como efeito a perda, para a vítima, das suas chances de evitar o dano ou o seu agravamento, aumentando os riscos que preexistiam à intervenção culposa ou mesmo fragilizando a vítima” (A responsabilidade civil dos médicos. *Ajuris*, v. 19, n. 55, p. 116-139, jul. 1992). Ainda sobre o tema, Fernando Noronha assevera ser “(...) imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidade de ele ser interrompido por uma certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado”.

¹⁵⁵ No caso em comento o demandante ingressou com ação indenizatória contra o sindicato e os advogados contratados, alegando que estes não teriam promovido, no tempo devido, a execução de sentença condenatória que lhe era favorável. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, determinando que os réus pagassem R\$ 35.549,46 (trinta e cinco mil, quinhentos e quarenta e nove reais e quarenta e seis centavos) pela perda da chance, mais R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento aos recursos de apelação interpostos pelos advogados réus. No caso em tela, consta do acórdão que, não se trata apenas da decepção do autor por não ter obtido sucesso em seu processo judicial. O direito substantivo do autor era claro e definido, uma vez que já existia uma decisão judicial favorável à sua argumentação, que havia se tornado definitiva. A única etapa restante era dar continuidade à execução individual. Foi interposto recurso especial que não foi admitido na origem, sendo interposto agravo, que foi conhecido parcialmente e, negado provimento. Posto isso, veja o trecho da ementa “(...) 5. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. 6. Nada obstante, quanto maior a probabilidade de verificação do evento frustrado, mais deve o valor da indenização se aproximar da expressão econômica daquele mesmo evento. 7. Na hipótese, o acórdão recorrido indicou elementos fáticos para chegar ao valor indenizatório que melhor refletisse os prejuízos sofridos pela vítima (...). BRASIL, STJ. AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022. Disponível https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001912482&dt_publicacao=11/05/2022 Acesso em 11 mai 2023.

No REsp n. 1.877.375/RS¹⁵⁶, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi concedido ao demandante a responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance, devido à negligência na prestação de serviços advocatícios. Essa negligência se caracterizou pela completa ausência de atuação na demanda para a qual os serviços foram contratados (prestação de contas), resultando na condenação dos clientes a pagar uma quantia substancial.

No caso em questão, ao determinar o valor, considerou-se o interesse jurídico prejudicado - a perda da chance de obter um resultado mais favorável na ação de prestação de contas.

Além do exposto, levou-se em conta o alto grau de culpa dos réus, comprovado durante o processo, juntamente com a probabilidade de 50% de sucesso na referida demanda. Adicionalmente, consta do acórdão recorrido que foi demonstrado o efetivo

¹⁵⁶ Veja os trechos da ementa que tratam do caso: “Recurso especial. civil. falha na prestação de serviços advocatícios. ação de prestação de contas. ausência de habilitação. ausência de defesa. ausência de interposição de recursos. condenação dos clientes. responsabilidade civil pela perda de uma chance. caracterização. dano moral. não configuração. (...) 2 - O propósito recursal consiste em dizer se: a) o acórdão recorrido conteria omissão; b) se estaria cristalizada a responsabilidade civil por perda de uma chance em virtude da falha na prestação de serviços advocatícios caracterizada pela ausência de qualquer atuação na demanda para a qual os serviços foram contratados, culminando com a condenação dos clientes ao pagamento de vultosa quantia; c) estaria caracterizada a responsabilidade civil por danos morais em virtude de falha na prestação de serviços advocatícios; e d) se o valor arbitrado a título de compensação pelos danos morais seria exorbitante. 3 - A falha na prestação de serviços advocatícios, caracterizada pela ausência de qualquer atuação do advogado na demanda para a qual foi contratado pode, em tese, caracterizar responsabilidade civil pela perda de uma chance, desde que houvesse efetiva probabilidade de sucesso, não fosse a conduta desidiosa do causídico. 4 - Na hipótese dos autos, partindo do arcabouço fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, é forçoso concluir que se encontram cristalizados os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, máxime porque a incontroversa desídia dos réus - que deixaram a ação de prestação de contas tramitar por quase três anos sem qualquer intervenção, culminando com a condenação dos autores ao pagamento de vultosa quantia - retirou destes a chance real e séria de obterem uma prestação jurisdicional que lhes fosse mais favorável. 5 - Para fixação do quantum indenizatório, tendo em mira o interesse jurídico lesado - perda da chance de obter resultado mais favorável em ação de prestação de contas - e tendo em vista, ainda, o elevado grau de culpa dos réus, que a probabilidade era de 50% de sucesso na referida demanda, que houve a demonstração do dano efetivo, consubstanciado na condenação dos autores ao pagamento de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) em virtude da desídia dos causídicos, tudo sopesado tem-se por razoável que a indenização deve corresponder a R\$ 500,000,00 (quinhentos mil reais) tudo observada a proporcionalidade na fixação do dano material com fundamento na responsabilidade pela perda da chance. 6 - Na hipótese sob julgamento, não restou caracterizada a ofensa a direitos da personalidade por causa da má prestação dos serviços advocatícios contratados, motivo pelo qual não cabem danos morais. (...)”. BRASIL, STJ, REsp n. 1.877.375/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 15/3/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903037379&dt_publicacao=15/03/2022 Acesso 26 mai. 2023.

dano, evidenciado pela condenação dos autores ao pagamento de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos).

Devido à ausência de atuação dos advogados, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que seria justo estabelecer uma indenização no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), levando em consideração a proporcionalidade da perda da chance. Essa decisão foi respaldada por um documento que comprovava que o pagamento ao qual os réus foram condenados já havia sido efetuado.

Nesse caso, embora tenha sido comprovada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, não houve ao mesmo tempo a configuração de danos morais indenizáveis.

O STJ aplicou a teoria da perda de uma chance e utilizou a probabilidade de 50% de sucesso que o autor teria se os advogados tivessem agido na demanda para a qual foram contratados. Esse valor foi tomado como base para quantificar a indenização, levando em conta o montante do dano efetivo demonstrado nos autos.

Podemos verificar que embora o Tribunal tenha utilizado o valor do dano efetivamente demonstrado (dano material), fora concedido a indenização pela perda de uma chance, considerando como dano autônomo.

Na decisão da Terceira Turma do STJ no REsp. 1254141/PR¹⁵⁷, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi a teoria da perda de uma chance também fora considerada como dano autônomo e a indenização foi calculada em proporção ao prejuízo final experimentado pela vítima.

No julgamento do REsp nº 2.184.128-MS¹⁵⁸, cujo relator foi o Ministro Sidnei Beneti, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça aplicou habilidosamente a teoria

¹⁵⁷ Nesse sentido, veja a decisão proferida no REsp n. 1.254.141/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013. Integra do acórdão pode ser consultada em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221254141%22%29+ou+%28RESP+adj+%221254141%22%29.suce> Acesso em 28 mar. 2023.

¹⁵⁸ Veja a ementa: “Recurso especial: 1) responsabilidade civil - erro de diagnóstico em plantão, por médico integrante do corpo clínico do hospital - responsabilidade objetiva do hospital; 2) culpa reconhecida pelo tribunal de origem - 3) teoria da perda da chance – (...) A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).3.- Recurso Especial do hospital

da perda de uma chance à atividade médica. O paciente apresentou-se no pronto-socorro do hospital às 2 horas da madrugada com queixas de dores abdominais intensas. O médico de plantão, sem realizar nenhum exame, encaminhou-o para tratamento ambulatorial em um posto de saúde. Horas depois, o paciente veio a falecer em decorrência de uma infecção generalizada.

No julgamento do REsp n. 696.284/RJ¹⁵⁹, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, da mesma turma, também aplicou a teoria da perda de uma chance à atividade médica, no caso de erro de diagnóstico realizado pelo médico plantonista.

Pode-se observar que em geral, a jurisprudência tende a considerar a perda de uma chance por erro de diagnóstico, à luz do ordenamento pátrio, como dano autônomo quando é possível demonstrar que a probabilidade de sucesso do tratamento foi reduzida significativamente devido ao erro de diagnóstico.

improvido". BRASIL, REsp n. 1.184.128/MS, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 8/6/2010, DJe de 1/7/2010. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201000389990> Acesso em 10 mar. 2023.

¹⁵⁹ Recurso especial: 1) responsabilidade civil - hospital - danos materiais e morais - erro de diagnóstico de seu plantonista - omissão de diligência do atendente - aplicabilidade do código de defesa do consumidor; 2) hospital - responsabilidade - culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) médico - erro de diagnóstico em plantão - culpa subjetiva - inversão do ônus da prova aplicável - 4) acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova (...). 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). (...) 5.- Recurso Especial do hospital improvido." BRASIL, REsp n. 696.284/RJ, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 3/12/2009, DJe de 18/12/2009. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200401449631> Acesso em 10 mar. 2023.

5 Conclusão

Uma das principais hipóteses de aplicação da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico e outros profissionais da saúde é a falha no diagnóstico. Isso inclui diagnósticos tardios, errôneos ou inexistentes, que podem resultar na perda da oportunidade de tratamento eficaz ou cura.

No caso específico do erro de diagnóstico, que implica no retardamento ou falha na escolha da terapêutica adequada, há uma quantidade expressiva de casos em que os pacientes reclamam reparação do dano pela perda da chance de cura ou sobrevivência. Em outras palavras, a perda de uma chance de um resultado positivo devido à ação ou omissão do profissional de saúde pode ser uma base para a responsabilização civil do médico ou outros profissionais da saúde.

A teoria da perda de uma chance tem sido amplamente estudada pela doutrina no Brasil e tem sido reconhecida pelos tribunais como uma forma de reparação, principalmente no campo da medicina nos casos de erro de diagnóstico.

A perda de uma chance de cura ou sobrevivência, que visa reparar a destruição da possibilidade de um desfecho favorável para o paciente, mesmo na ausência de um nexo causal direto entre o ato médico e o dano final, é considerada uma forma plenamente reparável de danos.

Quando existe uma conexão direta entre a ação ou omissão do médico e o dano causado ao paciente, não se pode falar em perda de uma chance. Nesse caso, o dever de indenização segue os pressupostos convencionais da responsabilidade civil.

A perda de uma chance é um dano separado e independente do prejuízo final. Cabe ao juiz decidir qual seria a compensação adequada para a vida do paciente se a reparação se referisse ao dano final e estabelecer a extensão da chance perdida da forma mais precisa possível.

É necessário examinar quão efetiva seria a chance anulada pelo ato do médico. Isso pode ser feito com base em casos semelhantes com apoio de perícia técnica para avaliar a possibilidade real de cura ou sobrevivência que foi perdida pelo paciente.

A teoria da perda de uma chance busca garantir que nenhum dano fique sem a devida compensação, mas é necessário que a chance perdida seja real, significativa

e efetiva. Não é aceitável indenização quando não apenas a relação de causa e efeito entre a chance perdida e o dano final é incerta, mas também quando a própria existência do dano é questionável.

Os juízes devem levar em conta todos os fatores que afetam a realização da oportunidade perdida. Isso significa que a compensação por danos deve ser, em princípio, menor do que aquela que seria devida em caso de certeza do prejuízo. No entanto, isso não significa que, por ser uma chance perdida, a indenização deva ser insignificante e sem valor para a vítima.

As circunstâncias pessoais associadas à oportunidade perdida ganham importância na avaliação do dano, e o juiz (que pode contar com a ajuda de especialistas para avaliar o grau de probabilidade da oportunidade perdida) tem maior poder e autoridade para levar em consideração as características individuais do responsável pelo dano e da vítima, a fim de determinar a compensação adequada.

A reparação na perda de uma chance é sempre limitada e faz parte da compensação que a vítima teria direito se o dano final tivesse ocorrido. É importante considerar sempre o grau de culpa do médico ao omitir a providência que, poderia ter evitado o prejuízo final.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1980.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade Civil pela Perda da Chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

ANDREASSA, Bianca Maria de Souza Pires. **Natureza jurídica dos danos oriundos da chance perdida de cura ou sobrevida**. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 8, n. jan-abr, p. 1–9, 2021.

APM Associação Paulista de Medicina, Notícias em destaque do dia 11/03/2020. **9 em 10 médicos aprovam uso de tecnologias digitais na Saúde**. Disponível em <https://www.apm.org.br/noticias-em-destaque/9-em-10-medicos-aprovam-uso-de-tecnologias-digitais-na-saude/> Acesso em 12 de abril de 2023.

ARAÚJO, Jaílson Souza; HORNUNG, Jociane Aparecida. **Inteligência artificial no diagnóstico de doenças**: a responsabilidade civil do médico em caso de erro de diagnóstico, R. Themis, Fortaleza, v. 20, n. 1, p.113-145, jan-jun. 2022.

AZEVEDO, Juliana Santos et al. Erro Médico; A Responsabilidade Civil decorrente de danos estéticos e morais. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE**, v. 7, n. 1, p. 233-249, 2021.

BARBOSA, Maria da Glória Virginio; BARBOSA, Regina Cláudia Virginio. **Direito médico e da saúde** [recurso eletrônico], organizadoras; coautores: Andressa Pasqualini ... [et al.]. Dados eletrônicos. - João Pessoa: Ideia, 2022.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de ética médica**: comentado e interpretado / Edmilson de Almeida Barros Júnior. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019.

BILANCETTI, Mauro. **La responsabilità penale e civile del médico**. Padova: Cedam, 1995.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

BRANDÃO, Luciano Correia Bueno. **A responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação**. 1. ecl. - Rio de Janeiro: GZ, 2021.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. CFM. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index6/?numero=24&edicao=4631> Acesso em 17 de abr. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o **Código Civil**, publicado no DOU de 11.1.2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL, Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, publicada no DOU de 11.7.2013, dispõe sobre o **exercício da Medicina**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.”. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 set. 2007.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a **proteção do consumidor** e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL, Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.314/2022, que define e **regulamenta a telemedicina**, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. Publicada no D.O.U. de 05 de maio de 2022, Seção I, p. 227, disponível em:

BRASIL, STJ, **AgInt no AREsp n. 1.814.217/DF**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9/8/2021, DJe de 13/8/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003467113&dt_publicacao=13/08/2021 Acesso em 26 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt no AREsp n. 2.000.328/DF**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 24/2/2023. Disponível em

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103236996&dt_publicacao=24/02/2023 Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt no AREsp n. 2.000.983/SC**, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 9/8/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103247400&dt_publicacao=09/08/2022 Acesso em 23 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt no AREsp n. 2.079.926/MG**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102945970&dt_publicacao=19/04/2022 Acesso em 24 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt no AREsp n. 2.163.535/RJ**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 27/1/2023. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202202068345> Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt no AREsp n. 2.206.933/RO**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 22/3/2023. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202780818&dt_publicacao=22/03/2023 Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt no REsp n. 1.923.907/PR**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202100525628> Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL, STJ, **AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.610.544/RJ**, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/10/2022, DJe de 25/10/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903258440&dt_publicacao=25/10/2022 Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 1.254.141/PR**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013 Acesso em 07 jan. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501551749&dt_publicacao=04/09/2018 Acesso em 17 de abr. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 1.662.338/SP**, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ, julgado em 12/12/2017, DJe de 2/2/2018, disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654017&num_registro=201503075580&data=20180202&formato=PDF> Acesso em 08 abr. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 1.677.083/SP** de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017.). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700345945&dt_publicacao=20/11/2017. Acesso em 28 mar. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 1.877.375/RS**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 15/3/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903037379&dt_publicacao=15/03/2022 Acesso 26 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 1.929.450/SP**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 27/10/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002777506&dt_publicacao=27/10/2022 Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 696.284/RJ**, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 3/12/2009, DJe de 18/12/2009. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200401449631> Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 788.459/BA**, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006, p. 334. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006 .Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp n. 993.936/RJ**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 23/4/2012.) Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200702337574> Acesso 10 fev. 2023.

BRASIL, STJ, **REsp nº 1.622.538/MS**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 24/3/2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201600652704> Acesso em 10 abr. 2023.

BRASIL, STJ, **Resp. 788.459/BA**. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgamento: 08.11.2005. Órgão Julgador: Quarta Turma. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=592103&nreg=200501724109&dt=20060313&formato=PDF>> Acesso em 27 fev. 2023.

BRASIL, STJ. **AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001912482&dt_publicacao=11/05/2022 Acesso em 11 mai 2023.

BRASIL, STJ. **AgInt no REsp n. 1.891.977/PR**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/10/2021, DJe de 3/11/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802221263&dt_publicacao=03/11/2021 Acesso 26 mai. 2023.

BRASIL, TJ/RJ **Apelação Civil 0184602-75.2010.8.19.0001** – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Des(a). Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho - Julgamento: 13/10/2015 – 21ª Câmara Cível Acórdão disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0> Acesso em 28 mar. 2023.

BRASIL, TJ/RS, **Apelação Cível, nº 70037818341**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 15-12-2010). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php Acesso em 17 abril de 2023.

BRASIL, TJ/RS, **Apelação Cível, Nº 70084872910**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 11-06-2021. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php Acesso em 28 mai 2023.

BRASIL, TJ/RS. **Apelação Cível nº 591064837**. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 29.08.1991. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/5434026> Acesso em: 27 de fev. 2023.

BRASIL, TJ/RS. **Apelação Cível, Nº 50019210520158210039**, 9ª Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 24.08.2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/5434026> Acesso em: 24 de fev. 2023.

BRASIL, TJ/RS. **Apelação Cível nº 589069996**. Quinta Câmara Cível, Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12/06/1990. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/5309479>>. Acesso em 27 fev 2023.

BRASIL, TJ/SP; **Apelação Cível nº 0648047-50.2000.8.26.0100**; Relator (a): José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 30/06/2016). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9567255&cdForo=0> Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL, TJ/SP; **Apelação Cível 1090139-45.2018.8.26.0100**; Relator (a): Fernando Reverendo Vidal Akaoui; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/04/2023; Data de Registro: 03/04/2023). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16629533&cdForo=0> Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL, TJ/SP; **Apelação Cível nº 0000035-95.2006.8.26.0083**; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Aguai - Vara Única; Data do Julgamento: 23/06/2015; Data de Registro: 25/06/2015. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8575229&cdForo=0>. Acesso em 08 mar 2023.

BRASIL, TJ/SP; **Apelação Cível 0025620-55.2010.8.26.0554**; Relator (a): Manoel Ribeiro; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/11/2014; Data de Registro: 19/11/2014). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8029580&cdForo=0> Acesso em 17 abr. 2023.

BRASIL. STJ, EDcl no AgInt no **REsp n. 1.860.663/RO**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000277831&dt_publicacao=19/11/2021 Acesso em 26 mai. 2023.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar direito e medicina. 2. ed. - Curitiba: Appris, 2018.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHI FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 28. ed. Revista, ampliada e atualizada até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Daniela Pinto. **Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance**. Orientadora: Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

'CHAPLIN V HICKS - 1911' (Lawteacher.net, March 2023) <<https://www.lawteacher.net/cases/chaplin-v-hicks.php?vref=1>> Acesso 20 mar 2023.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português II: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil**. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTALES, J. Fernandez. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid: Edilex, 1987.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio; SÁ, Inácia Maria de Paulo. **Dos danos existenciais na relação paciente-médico-hospital-laboratório**. Global Health Law Journal, Santos-Brazil, v. 01, n. 01, p. 137-166, 2023, p. 142-143 available at: <https://ojs.unisanta.br/index.php/GHL/index> Acesso em 25 mai 2023.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, artigo 6º, 1, **Unesco**, 2006. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por Acesso em 18 abr. 2023.

DIAS, Aguiar apud ALBUQUERQUE, Lorena Carneiro Var de Carvalho. **Indenização ao dano estético**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42361/indenizacao-ao-dano-estetico>. Acesso em: 21 de outubro de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ENTRALGO, Pedro Laín. **El diagnóstico médico: história y teoría**. Barcelona: Salvat, 1982.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Falcon v. Memorial Hosp. Julgado em 26 de setembro de 1990. **Suprema Corte de Michigan**. Disponível em <https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1990/86721-5.html> Acesso 21 mar 2023.

FARAH, Elias. **Erro médico e iatrogenia: considerações sobre seus efeitos**. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 26-2010, n. Jul - Dez, p. 56–97, 2010.

FARIA, Anneliese Gobes. **A teoria da perda de uma chance no direito médico**. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 6, n. mai -ago, p. 1–12, 2020.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Tradução de Antonio de Arruda Ferrer Correia Coimbra: Armênio Amado Editor, 1938.

FRAGATA, José. **Risco clínico: complexidade e performance**. Coimbra: Almedina, 2006.

FRAGATA, José; MARTINS, Luís. **O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade**. Coimbra: Almedina, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 14 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 17 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Talita Rodrigues et al. O erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, p. 72-85, 2017.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 5: **Direito das coisas**, 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. São Paulo: Clássica, 2013.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. **Responsabilidade médico-hospitalar**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria (orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HEALTHCARE, Dell. **Tecnologia Reduz Riscos de Erro Médico**. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/tecnologia-reduz-riscos-de-erro-medico/> Acesso em: 12 de abril de 2023.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência**. Revista de Direito e Medicina, [s. l.], v. 1, n. jan.-mar., p. 1–9, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos hospitais**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

LORENZETTI; Letícia de Lima Trindade; Denise Elvira Pires de Pires; Flávia Regina Souza Ramos. **Tecnologia, inovação tecnológica e saúde**: uma reflexão necessária. Reflexão. Texto contexto - enferm. 21 (2). Jun 2012. <https://doi.org/10.1590/S0104-07072012000200023> Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/63hZ64xJVrMf5fwsBh7dnnq/?lang=pt> Acesso em 17 abr. 2023.

LOVATO NETO, Renato. **Do erro de diagnóstico e aplicação do código de defesa do consumidor no atendimento hospitalar**. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio – ago, p. 108-123. 2010.

MARQUES, Alerson Henrique da Silva. **A responsabilidade civil do advogado**. Research, Society and Development, v. 12, n. 2, e 10312240232, p1-18, 2023.

Disponível em <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/40232/32983> Acesso em 24 mai. 2023.

MARQUES. Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Vol. II. In FREITAS, José Lebre de (coord.). Lisboa: Almedina, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil: do inadimplemento das obrigações**. v. 5. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr, 2014, p. 78-80.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NASCIMENTO, J. G.; ESPOLADOR, R. de C. R. T.; CRIVILIM, B. V. M. **A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido**. *Scientia Iuris*, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 164–177, 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/46310>. Acesso em: 28 maio. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

OSVALDO LANDI JR. médico radiologista e Gerente de Inovação e Dados da Fundação Instituto de Pesquisa e Estudo de Diagnóstico por Imagem (FIDI). Artigo: **Como a tecnologia tem aprimorado o diagnóstico por imagem**. Publicado na Medicina SA em 25/07/2022. Disponível em <https://medicinasa.com.br/tecnologia-diagnostico-imagem/> Acesso em 12 de abril de 2023.

PAIM JS. **Vigilância da saúde**: tendências de reorientação de modelos assistenciais para a promoção da saúde. In: Czeresnia D, Freitas CM. *Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências*. Rio de Janeiro (RJ): Fiocruz; 2005.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PENHALBER, E. ; TEIXEIRA, M. A. ; PIBER, L. S. ; PIBER, R. S. . Evidências científicas sobre Letramento em Saúde. Bios papers, v. 1, p. e1, 2022.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Modelos alienígenas de responsabilidade civil pela perda de uma chance**: aceitação sistemática pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tese de Doutorado. Fadusp, 2004.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês**. Dissertação de Mestrado orientada por Judith Martins-Costa Faculdade de Direito da UFRGS, 2001.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro - 3. ed. Livro digital - São Paulo: Atlas, 2013.

PIMENTEL, Raimunda Antonila Campos Mota. **Utilização da teoria da perda de uma chance no direito à saúde**: análise à luz da jurisprudência brasileira. 2021. Orientador Eduardo Rocha Dias. Dissertação (Mestrado) Universidade de Fortaleza UNIFOR, 2021.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil Português**. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49807875>> Acesso em: 23 fev. 2023.

RABELO JUNIOR, M. da S. F. ., & Goulart, L. K. . (2023). **Prescrição de medicamentos “off label”**: uma análise da (ir) responsabilidade civil médica sob o prisma do consentimento informado. *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação*, 9(1), 1328–1347. 2023, p. 1342. <https://doi.org/10.51891/rease.v9i1.8348> . Disponível em <https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/8348/3287> Acesso em 27 mai 2023

RAMBO, Cristiane Schmitz; DILL, Edmundo Felipe. **A responsabilidade civil do médico nos casos de wrongful birth e wrongful life**. Revistas UNITAS [s. l.], n. 7, p. 51-64, 2022.

RAMPAZZO, Flaviana Soares. **Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba. SP: Editora Foco, 2021.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)**. Revista do Ministério Público, nº 132, out./dez. de 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Direito das obrigações I**. Lisboa: AAFDL, 2014.

SANTOS NETO, Leopoldo dos. O erro diagnóstico. *Brasília Médica*, v. 34, p. 44-46, 1997. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/2628> Acesso em 27 mai. 2023.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. 11ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.**

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba. SP: Editora Foco, 2021.

SOARES, Francisco José Passos; SHIMIZU, Helena Eri; GARRAFA, Volnei. Código de Ética Médica brasileiro: limites deontológicos e bioéticos. **Revista Bioética**, v. 25, p. 244-254, 2017.

SOARES, Rodrigo Augusto ; FELÍCIO, Clarissa Machado. **A perda de uma chance como indenização decorrente de erro médico**. Revista Científica UNIFAGOC, [s. l.], v. II, n.1, p. 67-84, 2022.

SOUSA, Leila Cristiani Correia de Frestas e. **Responsabilidade do médico por erro de diagnóstico**. Dissertação Mestrado Acadêmico em Ciências Jurídicas. Universidade de Lisboa, 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2 / Flávio Tartuce**. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio; MAMEDE, Gladston. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. Economia, 2023.

TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado**. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

TEIXEIRA, Andressa Cristina; GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil decorrente de erro de diagnóstico médico: **breve análise do posicionamento jurisprudencial dos estados do paraná, santa catarina e rio grande do sul**. Percurso, [S.l.], v. 3, n. 44, p. 61 - 91, jul. 2022. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/e-2696/371374344>
Acesso em: 28 maio 2023. doi: <http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v3i44.2696>.

VENOSA, S lvio de Salvo. **Direito civil: obriga es e responsabilidade civil**. Cole o Direito Civil; 2 – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

VILAS BOAS, Ana Luiza Machado; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. **Responsabilidade civil dos médicos no exercício da telemedicina**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 271–301, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i1.3783. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/3783>. Acesso em: 28 maio. 2023.

VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, v.2. 1999.