

UNIVERSIDADE PREBISTERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO BERTOLLO SPERANDIO

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AOS CASOS DE
RESPONSABILIDADE CIVIL PROVENIENTE DE ERRO MÉDICO**

São Paulo – SP

2020

PEDRO BERTOLLO SPERANDIO

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AOS CASOS DE
RESPONSABILIDADE CIVIL PROVENIENTE DE ERRO MÉDICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Prof. Ms. Márcia Maria de Barros Correa

São Paulo
2020

SPERANDIO, Pedro Bertollo.

Aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil proveniente de erro médico / Pedro Bertollo Sperandio. – 2020.

58 f. : il. ; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

Bibliografia: f. 47-50

1. responsabilidade civil. 2. teoria da perda de uma chance.
3. erro médico. I. Título.

PEDRO BERTOLLO SPERANDIO

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AOS CASOS DE
RESPONSABILIDADE CIVIL PROVENIENTE DE ERRO MÉDICO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho à minha família, pilares da minha formação como ser humano, fonte infindável de inspiração, orgulho e amor. Obrigado pelos ensinamentos e valores éticos e morais transmitidos. Sem vocês, nada disso seria possível.

Aos meus amigos, companheiros de sala e de vida, Igor, Josué, Matheus, Pedro, Rodrigo e Stéphanie, que estiveram sempre presentes nos últimos 5 anos e tornaram a trajetória da faculdade absolutamente extraordinária, enriquecedora e inesquecível.

Agradeço, por fim, a todos os Professores que contribuíram para minha formação acadêmica, em especial à minha querida orientadora Professora Márcia, pela plena disponibilidade nas oportunidades em que a procurei e pelo auxílio no desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia possui como escopo a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil por erro médico. Em um primeiro instante, será traçado um panorama histórico acerca da evolução do conceito da responsabilidade civil, bem como dos pressupostos para sua configuração. Na sequência, será abordado a sistematização da responsabilidade civil concernente ao erro médico, tecendo-se breves considerações sobre as principais obrigações ético-legais destes profissionais. Por fim, será exposto as especificidades da teoria da perda em uma chance, aprofundando, em especial, a análise quanto à possibilidade de sua aplicação na seara médica, bem como os critérios avaliados para a quantificação do valor indenizatório e o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: responsabilidade civil, teoria da perda de uma chance, erro médico, obrigação de meio.

ABSTRACT

The scope of this monograph is the application of the theory of loss of a chance on the civil liability cases for medical error. In a first moment, a historical overview of the evolution of the concept of civil liability will be displayed, as well as the assumptions for its configuration. In a first moment, a historical overview of the evolution of the concept of civil liability will be displayed, as well as the assumptions for its configuration. In the sequence, the systematization of civil liability related to medical error will be addressed, as well as brief considerations about the main legal ethical requirements. Finally, it will be exposed the specific characteristics of the theory of loss of a chance, deepening, in particular, the analysis of the possibility of its application at the medical field, as well as the requirements for use to quantify the indemnity value and the current method of the Superior Court of Justice.

Keywords: civil liability, theory of loss of a chance, medical error, obligation of means.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	5
1.1 Evolução histórica	5
1.2 Conceito.....	6
1.3 Pressupostos da responsabilidade civil.....	8
1.3.1 Conduta humana – ação ou omissão.....	8
1.3.2 Culpa ou dolo do agente	9
1.3.3 Nexo de causalidade	10
1.3.4 Dano	11
1.4 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva	12
1.5 Obrigação e meio e de resultado.....	13
CAPÍTULO 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO.....	15
2.1 Erro médico	15
2.2 A sistematização da responsabilidade civil do médico	17
CAPÍTULO 3. DEVERES SOCIAIS E POLÍTICOS DOS MÉDICOS	22
3.1 Ética médica	22
3.2 O dever de informar.....	23
CAPÍTULO 4. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	26
4.1 Noções gerais e origem histórica.....	26
4.2 Conceito e natureza da teoria da perda de uma chance	28
4.3 Critérios para aplicação e quantificação do dano	31
4.4 Aplicabilidade na seara médica	33
4.5 Tendência no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	38
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

No transcorrer dos últimos anos, os avanços da medicina e da ciência, aliados ao progresso tecnológico, tem proporcionado inovações que revolucionam a prevenção e o diagnóstico de doenças, gerando um aumento significativo na expectativa de vida da população mundial.

Por outro lado, há uma série de estudos e notícias¹ publicados indicando que as mortes provocadas em decorrência de erro médico estão se tornando cada vez mais comuns e frequentes, o que fomenta preocupações e questionamentos acerca das possíveis justificativas para tal aumento.

Conforme levantamento de dados realizado pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar da Universidade Federal de Minas Gerais (Iess-UFMG)², baseado em registros de prontuários de 182 hospitais do país, entre abril de 2017 e março de 2018, morreram cerca de 55 mil pacientes em decorrência de erro médico.

Esse número elevado revela a necessidade da adoção de medidas em âmbito nacional para combater a situação, seja por meio do aprimoramento da qualidade de ensino nas universidades, pelo reforço das boas práticas clínicas, pela maior rigidez na fiscalização de hospitais, instituições de saúde e clínicas médicas ou por meio da maior eficiência na responsabilização dos profissionais que incorrem na prática de erro médico.

É evidente que, principalmente no Brasil, as condições impróprias ou inadequadas de trabalho contribuem enormemente na construção deste triste cenário. A insuficiência de recursos humanos, a escassez de materiais básicos e indispensáveis para uma boa prática da profissão são, infelizmente, a realidade em boa parte do país.

Tais fatores, não raro, fazem com que os médicos se coloquem em situações de impossibilidade de prestar um serviço minimamente adequado e coadunado com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Diante desse cenário, torna-se evidente a relevância do presente estudo, de modo que será avaliada a possibilidade da aplicação da teoria perda de uma chance, instituto que possui

¹ VEJA, **Erro médico mata mais que câncer no Brasil**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/erro-medico-mata-mais-que-cancer-no-brasil/>>. Acesso em: 15/04/2020.

² COUTO, R. C. et al. **II Anuário Da Segurança Assistencial Hospitalar No Brasil**. Belo Horizonte: IESS-UFMG, 2018.

natureza de dano autônomo e independente, aos casos de responsabilidade civil proveniente de erro médico.

Para tanto, inicialmente será abordada a evolução histórica pela qual passou a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a identificar seu conceito, os requisitos previstos em lei para sua configuração, bem como as alterações de maior relevância que ocorreram ao longo dos anos.

Em seguida, há que se destacar a importante distinção entre os conceitos de obrigação de meio e de resultado, bem como de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, visto que o entendimento de tais conceitos é absolutamente imprescindível para a adequada compreensão do estudo abordado e desenvolvido neste trabalho.

Na sequência, será estudado o erro médico, o qual pode ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão do profissional.

Assim, o médico possui a obrigação de demonstrar que houve a correta aplicação de todos os métodos profissionais utilizáveis e que nada mais se fez por questões de impossibilidade, pois não há, e nem poderia haver, uma garantia de cura.

Este é justamente o motivo pelo qual a natureza do contrato celebrado entre médico e paciente é de obrigação de meio, e não de resultado. Caso contrário, em razão das limitações atuais da medicina ou até mesmo de eventual omissão do paciente acerca de suas condições de saúde ou informações sobre tratamentos prévios adotados, o médico seria equivocadamente responsabilizado.

Também não seria justo ou ao menos razoável, responsabilizar os médicos por danos sofridos pelos pacientes em razão das condições precárias de trabalho dentro das quais diversos profissionais exercem seu labor; em razão da escassez de instrumentos adequados e essenciais para o exercício do trabalho; em razão da carência de medicamentos no sistema de saúde, entre outros.

Após, serão tecidas breves considerações sobre os principais deveres ético-legais dos médicos, tais como a ética médica e o dever de informar.

A ética médica impõe que o profissional possui o dever de exercer a medicina com honra e dignidade, aprimorando os seus conhecimentos e utilizando o progresso científico da forma melhor possível, em benefício do paciente.

O objeto de atenção da ética médica são, portanto, as condutas humanas conscientes e voluntárias que afetam outros indivíduos, grupos sociais e a sociedade como um todo.

Quanto ao segundo dever mencionado, o paciente deve informar o médico para que ele tenha ciência dos sintomas não detectáveis por meio da análise clínica; dos hábitos de vida do paciente; dos medicamentos utilizados no passado e no presente; dos tratamentos pelos quais o paciente já foi submetido em ocasiões anteriores; e de qualquer informação que possa ser relevante e decisiva para o sucesso do procedimento que será adotado.

Dando-se prosseguimento, será estudado o surgimento e a evolução da teoria da perda de uma chance, a qual possui suas origens consolidadas no direito francês, país no qual, no ano de 1911, a autora de uma ação estava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza, e teve sua chance interrompida pelo réu, uma vez que ele não a deixou participar da última etapa do concurso; e, em razão disso um dos juízes alegou que a autora teria 25% de chances de ser a vencedora, aplicando a doutrina da proporcionalidade.

No Brasil, por sua vez, o caso mais paradigmático da aplicação da teoria ocorreu durante a participação no programa televisivo do Show do Milhão, transmitido pela SBT, em 15 de junho de 2000, e será objeto de análise do presente estudo, avaliando-se, dentre outros, os critérios utilizados pelos magistrados quando do julgamento da causa, bem como os critérios e fundamentos expostos para a adequada quantificação do dano.

Após, serão esmiuçadas todas as especificidades da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, avaliando-se quais são os principais meios de prova utilizados na verificação da contribuição do profissional de saúde no resultado danoso sofrido pelo paciente.

O magistrado deve buscar, por meio da análise de cada caso, qual era a probabilidade de cura ou sobrevivência do paciente, o que pode ser feito por meio da utilização dos mais diversos tipos de produção de prova, sendo o mais comum a prova pericial, bem como a análise da situação de pacientes em situação de saúde semelhantes.

Por fim, será analisado o atual entendimento do STJ acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil por erro médico, de modo que serão expostos julgados recentes que demonstram a tendência do entendimento dos Tribunais Superiores acerca do tema.

Em especial, será examinado o julgamento do REsp 1.662.338-SP, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, no qual a 3ª Turma do STJ ponderou que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.

Ainda no mesmo julgado, foi estabelecido 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.

Para tanto, a principal metodologia utilizada para o desenvolvimento deste estudo será o estudo bibliográfico específico do tema, bem como a análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Estabelecido a delimitação do tema, escopo e relevância do presente trabalho, as principais questões controvertidas a serem expostas, bem como a divisão estrutural e a principal metodologia utilizado no desenvolvimento da monografia, dar-se-á início ao primeiro capítulo, referente à responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Evolução histórica

Conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves³, a responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

Entretanto, durante o período inaugural de evolução histórica da responsabilidade civil, mais especificamente no direito romano, o fator culpa não era avaliado. Reinava a vingança privada do lesado, o qual, de forma imediata e instintiva, reagia visando obter a reparação do mal pelo mal.⁴

A Lei de talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”, vigorava de forma sólida, de modo que a comprovação de culpa para a obtenção da reparação era desnecessária, sendo suficiente a ocorrência do dano e a presença do nexo causal.

Posteriormente, surgiu o período da composição, no qual o agente causador do dano não mais respondia com seu próprio corpo, mas por meio de uma compensação econômica.

Em um estágio seguinte, ocorreu a vedação à realização da justiça com as próprias mãos. “(...) A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. (...)”.⁵

No entanto, apenas com a consagração da Lei Aquiliana é que a concepção de culpa passa a integrar o cenário da responsabilidade civil como mais um requisito essencial a ser preenchido. Foi o momento a partir do qual o Estado assumiu, de forma exclusiva, a função de punir.

Já no direito francês, os ideais desenvolvidos no direito romano foram sendo progressivamente aperfeiçoados, de modo que houve uma nítida separação e distinção entre a responsabilidade penal, perante o Estado, e a responsabilidade civil, entre particulares.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**: volume 4. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.24.

⁴ Alvino Lima, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, p.10.

⁵ (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**: volume 4. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva 2019, p. 25).

No Brasil, inicialmente, “a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal”.⁶

O Código Civil de 1916, por sua vez, previa, de modo geral, a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para que o causador do dano fosse obrigado a repará-lo. Previa também, excepcionalmente, em algumas situações, a culpa presumida do causador do dano, como no caso do artigo 1527 do referido diploma, o qual possuía a seguinte redação:

Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

I - que o guardava e vigiava com cuidado preciso;

II - que o animal foi provocado por outro;

III - que houve imprudência do ofendido;

IV - que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

O atual Código Civil, por sua vez, busca a fundamentação da responsabilidade na ideia de culpa, isto é, a responsabilidade subjetiva, conforme se depreende dos artigos 186 e 927. Porém, em diversos dispositivos do mesmo diploma, e até mesmo em leis esparsas, é possível identificar a presença de situações em que se adota a responsabilidade objetiva, na qual a obrigação de reparar prescinde da necessidade de comprovação de culpa.

Portanto, na atualidade, a responsabilidade subjetiva é a regra geral. Porém, em face de situações específicas, de notória dificuldade para a produção de provas, de expressa previsão legal ou de hipóteses de risco inerente à atividade, aplica-se a responsabilidade objetiva.

Outra inovação fundamental trazida pelo Código Civil de 2002 no campo da responsabilidade civil é referente às atividades perigosas. Enquanto no diploma atual são consideradas atividades perigosas àquelas definidas desta forma em lei especial, além daquelas que a jurisprudência considere como tal, no Código Civil de 1916, eram consideradas perigosas apenas aquelas previstas em lei especial.

1.2 Conceito

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil: volume 4. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.27.

A violação do dever jurídico e o dano são pressupostos da responsabilidade civil. Conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves⁷, “há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.

Ainda conforme o mesmo doutrinador:

A responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Importante, neste momento, diferenciar de forma clara e breve, dois conceitos fundamentais: responsabilidade e obrigação.

Conforme afirma Rui Stocco: “Distingue-se a responsabilidade de obrigação, sendo está um dever jurídico originário, enquanto aquela traduz um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação da obrigação”.⁸

Obrigação é um vínculo jurídico, de natureza pessoal, de caráter transitório, cujo objeto consiste numa prestação econômica. É um dever jurídico originário.

A responsabilidade, por outro lado, deriva do descumprimento da obrigação. É um dever jurídico sucessivo e decorrente do não cumprimento espontâneo e voluntário de uma obrigação.

Nesse sentido, observa Sergio Cavalieri Filho:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁹.

Delineado o conceito de responsabilidade civil, bem como a distinção entre responsabilidade e obrigação, na sequência serão analisados os pressupostos e requisitos imprescindíveis para a configuração da obrigação de reparar um dano causado.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil: volume 4. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.24.

⁸ Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7.ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista do Tribunais, 2007.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2010. P. 2.

1.3 Pressupostos da responsabilidade civil

1.3.1 Conduta humana – ação ou omissão

Conforme se depreende da leitura do artigo 186 do Código Civil, há quatro elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo, nexo de causalidade e a ocorrência de um dano:

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

A obrigação de reparar o dano causado em decorrência da prática do ato ilícito, por sua vez, exsurge do artigo 927 do Código Civil.

Como é possível observar, o primeiro pressuposto refere-se à conduta humana voluntária, a qual pode ser comissiva ou omissiva. Segundo Maria Helena Diniz¹⁰:

A conduta, pressuposto da responsabilidade civil, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

O ato comissivo é aquele em que há uma conduta positiva do agente, uma prática efetiva, ao passo que o ato omissivo deriva da inobservância de um dever legal ou da não realização de um ato que deveria ser praticado.

Cumpré destacar que ambas as modalidades – comissiva e omissiva – possuem aptidão para, eventualmente, ensejar o dever de indenização.

Ademais, a responsabilidade pode ainda decorrer de um ato próprio, de terceiro que esteja sob a guarda do agente ou ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam¹¹.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 33. edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 56.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4**. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.53.

1.3.2 Culpa ou dolo do agente

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico¹².

A culpa está diretamente relacionada com os conceitos de imprudência, negligência e imperícia. Sendo possível separá-la em graus distintos, de acordo com a contribuição do agente para a ocorrência do resultado.

Nesse sentido, conforme estabelece Silvio de Salvo Venosa¹³, a culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira, e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá.

A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, ao bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta.

A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter.

Nesse aspecto, acrescenta Carlos Roberto Gonçalves:

A culpa pode ser ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in comittendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto¹⁴.

Além disso, o Código Civil prevê, em seus artigos 944 e 945, que, se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. E, caso haja, excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá, por meio do exercício de seu convencimento motivado, reduzir equitativamente a indenização.

Conforme exposto, de modo geral, no ordenamento jurídico brasileiro, a obtenção da reparação do dano depende diretamente da comprovação do dolo ou culpa do agente, conforme prevê a responsabilidade civil subjetiva adotada no Brasil.

¹² Ibid., p. 53.

¹³ Ibid., p. 54.

¹⁴ Ibid., p. 54

Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco¹⁵.

1.3.3 Nexo de causalidade

O nexo causal pode ser definido como a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano ocorrido. É o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém¹⁶.

É um requisito imprescindível, sem o qual, não há a obrigação de indenizar.

A título de exemplo, se um motorista está dirigindo corretamente, e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar que o motorista foi o causador do acidente, pois, na verdade, foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento¹⁷.

Ou seja, mesmo que haja um dano, se sua causa não estiver relacionada com a conduta praticada pelo agente, inexistente o nexo de causalidade e, conseqüentemente, inexistente a obrigação de indenizar.

Existem inúmeras teorias que buscam explicar o nexo de causalidade, sendo as três principais: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade eficiente.

A primeira delas, também chamada de teoria da *conditio sine qua non*, estabelece que todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil¹⁸. Todas as circunstâncias que tenham concorrido e contribuído, de qualquer forma, na concretização de um dano, são consideradas como causa.

Tal teoria pode levar a resultados absurdos, pois proporciona uma regressão infinita do nexo causal. No caso de um homicídio, por exemplo, caso tal teoria fosse adotada, o responsável

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**: v. 4. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 30

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4**. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.54.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 7.ed. São Paulo: Método, 2012, p. 357/358.

pelo resultado morte poderia ser o próprio fabricante da arma que foi utilizada para a prática do crime.

A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo¹⁹. “Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”²⁰. Ou seja, aquela condição que for mais determinante para a produção do resultado danoso.

A terceira teoria é a denominada teoria dos danos diretos e imediatos. Conforme se depreende da própria terminologia – dos danos diretos e imediatos – deve haver, entre a conduta humana e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata²¹.

Por meio da leitura do artigo 403 do Código Civil, percebe-se que o direito pátrio adotou, ao menos no âmbito do direito civil, adotou a teoria dos danos diretos e imediatos:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

No entanto, o tema acerca de qual teria sido a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro ainda apresenta certa divergência doutrinária. Há autores, como José de Aguiar Dias, que indicam que, na verdade, a vertente adotada teria sido a da teoria da causalidade adequada²².

1.3.4 Dano

Por fim, o último e indispensável pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, diz respeito à ocorrência de um dano. Dano este que, conforme preceitua Sergio Cavalieri Filho²³, consiste na “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.”

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4.** 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.362.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4.** 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.362.

²² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. rev., atual.de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35..

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73.

Portanto, mesmo que haja a violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, caso não se tenha verificado prejuízo. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta ²⁴.

Diante disso, é evidente que não haverá obrigação de indenizar sem que, concomitantemente, exista a violação de um direito e a ocorrência de um resultado danoso.

Explanados os pressupostos da responsabilidade civil, será desenvolvido, na sequência, a importante distinção entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

1.4 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade pode ser classificada como objetiva ou subjetiva, de acordo com a adoção ou não do critério culpa como elemento da obrigação de reparar o dano.

Considera-se subjetiva a responsabilidade quando se assenta na ideia de culpa, a qual deve, impreterivelmente, ser comprovada para que se proceda à reparação do dano.

Trata-se de um pressuposto fundamental do dano indenizável que possui seu fundamento solidificado no artigo 186 do Código Civil:

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

No entanto, a legislação prevê, em diversas hipóteses, a possibilidade de reparação de um dano independentemente da presença do elemento culpa. Trata-se da responsabilidade objetiva.

Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa²⁵.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil: volume 4. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.55.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil: volume 4. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.48.

A existência de tal modalidade de responsabilidade, fundamentada, sobretudo, na teoria do risco, segundo a qual toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, permite que a devida indenização seja obtida em diversas situações nas quais a necessidade de comprovação da culpa seria inviabilizada para a parte presumivelmente mais vulnerável.

A título de exemplo, pode-se mencionar os artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, os quais tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas.

1.5 Obrigação e meio e de resultado

De acordo com a ministra Nancy Andrighi, da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, “a obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar à efetivação do resultado”.²⁶

É suficiente que o profissional atue com diligência e técnicas necessárias, buscando a obtenção do resultado esperado.

Na obrigação de resultado, por sua vez, o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta.²⁷

Após esta breve explanação, é importante destacar em qual da espécie de obrigação acima se encaixa a obrigação do médico.

De acordo com Miguel Kfoury Neto²⁸, “a regra geral dita que o médico não pode obrigar-se, no desempenho de sua atividade profissional, a obter resultado determinado acerca da cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde.”

O médico não atua de forma vinculada à obtenção do resultado de cura do paciente, tendo em vista que, exceto no caso de cirurgia plástica estética, sua obrigação é de meio.

²⁶ STJ – Resp: 1097955 MG 2008/0239869-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de julgamento: 27/09/2011, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 03/10/2011.

²⁷ Op. cit

²⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. Ed.rev.atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Assim, o profissional de saúde deve usar todos os meios para curar o doente, estudar a literatura médica e sua evolução constante, mas, não, se vincular ao resultado.²⁹

Dessa forma, apenas será possível a responsabilização do profissional caso seja demonstrado a sua imprudência, negligência ou imperícia na utilização desses meios.

A obrigação de meio não consiste em um resultado certo e determinado a ser alcançado pelo obrigado, mas apenas em uma atividade prudente e diligente em benefício do credor.³⁰

No entanto, especificamente no caso de cirurgia plástica com fins meramente estéticos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento de que a relação entre o profissional médico e seus clientes gera um contrato de “obrigação de resultado”.³¹

De acordo com vasta jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido.³²

Em tais procedimentos, bem como na obrigações de resultado em geral, é ônus do profissional comprovar que eventuais falhas na prestação do serviço, que possam gerar tanto implicações à saúde, como estéticas, decorreram de fature alheios à sua atuação, tal como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Por fim, por versar este trabalho sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil por erro médico, tratar-se-á apenas das obrigações do médico como de meio e não de resultado.

²⁹ Viana, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde**. 1a edição. Millenium Editora. São Paulo/SP, 2012.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 33. edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

³¹ STJ – Resp: 985888 / SP (2007/0088776-1). Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA, Data de julgamento: 16/02/2012, Data de Publicação: 16/02/2012.

³² STJ – AREsp nº 328110 / RS (2013/0110013-4). Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA. Data de julgamento: 25/09/2013, Data de Publicação: 25/09/2013.

CAPÍTULO 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

2.1 Erro médico

Conforme explanado acima, os médicos possuem, em regra, obrigação de meio. Diante disso, os danos causados no exercício da profissão serão apurados mediante a verificação de culpa, conforme prevê o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 186 do Código Civil.

Durante o exercício da atividade médica, uma infinidade de fatores que fogem do controle do profissional, podem afetar a melhoria das condições da saúde do paciente. Por mais diligente, cuidadoso, técnico e experiente que seja, cada organismo humano pode reagir de forma distinta a um mesmo tratamento, gerando intercorrências inesperadas e imprevisíveis que podem, eventualmente, acarretar a morte do paciente.

Diante disso, pode-se conceituar erro médico como sendo o fato inesperado ocasionado pelo profissional que possui como base uma ação ou omissão, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, levando-se em consideração a imprevisibilidade do resultado e o emprego da melhor técnica por parte do profissional.

Erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão do profissional.³³

Assim, o médico possui a obrigação de demonstrar que houve a correta aplicação de todos os métodos profissionais utilizáveis e que nada mais se fez por questões de impossibilidade, pois não há, e nem poderia haver, uma garantia de cura.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ausência de defeito na prestação de serviços pelas rés. Inaplicabilidade, ademais, à atividade médica a responsabilidade civil decorrente do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Arte médica que não é ciência exata. Necessidade, apenas, de que seja dispensado o tratamento adequado, sem garantia de cura. Improcedência da ação reconhecida. Sentença reformada. APELO DO RÉU HOSPITAL SANTA PAULA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA.
(Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação 994080424203 (6151574000) – Comarca de Origem: São Paulo - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009)

³³ GIOSTRI, Hidelgard Taggssell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**, vol. único. Curitiba: Imprensa Braille-Adevipar, 2001, p. 57.

Destaca-se que a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito”, mas sim “(...) 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.³⁴

Nem sempre haverá, no caso concreto, um erro médico crasso, passível de caracterizar, por si só, a frustração de uma chance real de cura. A título exemplificativo, destaca-se a fundamentação esposada pela ministra Nancy Andrighi no julgamento do recurso especial n. 1.662.338/SP³⁵, que afastou a incidência da teoria da perda de uma chance, em razão da ausência de configuração de um erro médico, a saber:

[...] Maria Fernanda, filha do casal recorrente, foi acometida de um mal súbito, tendo acordado todos na casa com seus gritos. Apresentava as mãos paralisadas, estáticas, perdeu a fala (somente balbuciava palavras sem nexos) e o controle fisiológico (estava toda suja de fezes). Nessas circunstâncias, foi levada ao Pronto-Socorro de Penápolis (SP) e foi atendida pelo médico, também recorrente, que ouviu o relato dos familiares, fez exame clínico na paciente, mediu sua pressão arterial, examinou seus olhos, bateu em seu joelho e receitou um medicamento chamado “Dormonid”.

Após um período de sono, a paciente acordou e foi reexaminada pelo médico que afirmou estar tudo sob controle, dando-lhe alta por volta das 10:00 horas da manhã, com recomendação de uma alimentação leve e que permanecesse em observação pelos familiares, pois no dia seguinte conversaria novamente com Maria Fernanda e pediria alguns exames. Entretanto, já em casa, às 17:00 horas, em razão de um Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico, Maria Fernanda morreu, conforme atestado em sua Certidão de Óbito.

[...] o TJ/SP ponderou que a chance de sobrevivência da paciente foi frustrada pela conduta do médico, ainda que presentes as seguintes características: i) a paciente era uma jovem saudável, atleta, de 21 anos de idade, não apresentava histórico de problemas neurológicos; ii) a conduta do médico não constitui causa autônoma e suficiente para o óbito; iii) a natureza da morte é um dado raro e extraordinário ligado à ciência médica. (...)

Partindo dos contornos fáticos delineados pelo acórdão do TJ/SP, não é possível concluir que houve erro crasso passível de caracterizar uma frustração de chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de sobrevivência da vítima. Inclusive, a própria perícia utilizada como razão de decidir concluiu que havia risco baixo de evolução desfavorável ante a ausência de alterações ao exame clínico e que a alta hospitalar ‘é conduta que pode ser adotada’.

Logo, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.

³⁴ REsp 1254141 / PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, data de publicação DJe: 20/03/2013.

³⁵ REsp 1662338/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018.

A leitura do excerto permite evidenciar que o erro médico não deve, de forma alguma, ser vinculado ao resultado obtido pelo paciente em um determinado tratamento, sob pena de responsabilização do profissional pela ocorrência de determinada situação que, independentemente da capacidade técnica do profissional de saúde, jamais poderia ser evitada.

Este é justamente o motivo pelo qual a natureza do contrato celebrado entre médico e paciente é de obrigação de meio, e não de resultado. Caso contrário, em razão das limitações atuais da medicina ou até mesmo de eventual omissão do paciente acerca de suas condições de saúde ou informações sobre tratamentos prévios adotados, o médico seria equivocadamente responsabilizado.

Nessa mesma linha, também não seria justo ou ao menos razoável, responsabilizar os médicos por danos sofridos pelos pacientes em razão das condições precárias de trabalho no qual diversos profissionais exercem seu labor; em razão da escassez de instrumentos adequados e essenciais para o exercício do trabalho; em razão da carência de medicamentos no sistema de saúde, entre outros.

Após esta breve abordagem sobre o erro médico, torna-se imprescindível aprofundar a temática referente à sistematização da responsabilidade civil dos profissionais de saúde.

2.2 A sistematização da responsabilidade civil do médico

Para a responsabilização do profissional liberal, o Código de Defesa do Consumidor exige, em seu artigo 14, com base na teoria da culpa, a responsabilidade civil exige a existência dos elementos subjetivos: dolo ou culpa em sentido estrito.

O dolo é a direta intenção de produzir o resultado (dolo direto) ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual).

O erro médico, por sua natureza, está mais intimamente associado à culpa em sentido estrito, motivo pelo qual será dado um enfoque maior a esta, a qual pode ocorrer nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência consiste na preguiça mental do médico que não toma os cuidados necessários e pratica atos sem a devida atenção. Omitindo e deixando de prever o resultado previsível, como por exemplo, o fato de fazer anotações no prontuário ou receituário do paciente

de forma ilegível, o que causa equívoco no momento da cirurgia ou confunde a enfermeira ou farmacêutico, assim, causando-se risco de dano à saúde do paciente.³⁶

Vale destacar que a negligência pode, perfeitamente, consistir em uma conduta negativa, na qual o profissional de saúde deixe de atuar de acordo com as exigências da situação, sendo omissivo ou até mesmo agindo em intensidade inferior à necessária no caso concreto.

Já a imprudência se materializa, por exemplo, através da ausência de cautela de o médico que não conta as gazes e os instrumentos cirúrgicos antes e depois da cirurgia, não respeita o consentimento do paciente, ou seja, o profissional não toma precauções devidas e tampouco age com o cuidado necessário.³⁷

Por fim, a imperícia é, essencialmente, a deficiência de conhecimentos técnicos acerca da profissão, é a falta de capacitação que minimamente se espera de um profissional habilitado. Caracteriza-se pela inaptidão técnica do profissional para o exercício adequado da profissão.

Além disso, embora a responsabilidade civil do médico se dê nos termos do artigo 14, §4º do CDC, este não se aplica à pessoa jurídica ao qual o profissional está vinculado – como sócio ou empregado – pois, a pessoa jurídica responde objetivamente.

Logo, se o médico possuir vínculo empregatício com o hospital, integrando o corpo de profissionais, o hospital responderá objetivamente, pois se trata de prestação serviços, enquadrado na regra geral do artigo 14, caput do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, é possível isentar o hospital do dever de indenizar, mediante a comprovação da ocorrência da inexistência de defeito no serviço prestado ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, nos termos do artigo 14, §3º do CDC.

Cumpra ainda destacar que, se o médico não possuir vínculo com o hospital ou estabelecimento de saúde, a responsabilidade do estabelecimento diante de um cenário de erro médico provocado pela má atuação do profissional será afastada.

Nesse sentido, a 2ª Seção do STJ afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos prestados por profissionais que atuam na instituição sem vínculo trabalhista ou de subordinação. Veja:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do

³⁶ Viana, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde**. 1ª edição. Millenium Editora. São Paulo/SP, 2012, p.26.

³⁷ Ibid, p.26.

Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 908.359 - SC (2006/0256989-8), Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Data de julgamento: 27/08/2008, S2 – Segunda seção, Data de publicação: DJe 17/12/2008).

Portanto, fica evidente que para a caracterização da responsabilidade objetiva dos hospitais, é fundamental que haja alguma espécie de vínculo com o hospital, caso contrário, para obter a indenização, o paciente/vítima do evento danoso deverá buscar a responsabilização do profissional de saúde no exercício de sua profissão, mediante a comprovação de culpa (responsabilidade subjetiva).

Nesse sentido, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 350.766/RS³⁸, nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
RESPONSABILIDADE CIVIL DE HOSPITAL. DANOS MORAIS.
CIRÚRGIA. DANOS MORAIS. CIRÚRGIA DE HÉRNIA DE DISCO.
COMPLICAÇÃO PÓS-OPERATÓRIA. FÍSTULA ESOFÁGICA. ERRO
MÉDICO. AUSÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA.
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

³⁸ STJ. 4ª Turma. Agravo Regimental no Agravo em REsp 350.766/RS. Relator Ministro Raul Araújo. DJ: 02/09/2016.

1. Sobre responsabilidade civil do hospital, em casos como o presente, a Segunda Seção já se posicionou no sentido de que “responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir nosocômio a obrigação de indenizar.
2. (...) Não se pode, como no caso, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital, pois a responsabilidade objetiva para o prestador do serviço, prevista no artigo 14 do CDC, é limitada aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como, no caso de hospital, à internação, instalações, equipamentos e serviços auxiliares.
3. Agravo regimental desprovido.

No caso em questão, também chegou-se à conclusão de que as complicações enfrentadas pela paciente não derivaram de uma conduta inadequada adotada pelos profissionais que atuaram no procedimento cirúrgico, mas sim de complicações naturais que não poderiam ser evitadas, pois estavam fora do alcance dos profissionais, os quais agiram conforme o esperado tanto durante a operação, como durante período pós-operatório.

Diante desse cenário, acertadamente, os médicos não foram condenados a pagar indenização à título de danos morais, caso contrário haveria a equívoca responsabilização em razão do delicado quadro clínico da paciente, sob o qual os médicos não tinham total controle, considerando o atual estágio de evolução da medicina.

É fundamental que os magistrados tenham extrema cautela ao julgar casos desta natureza, pois muitas vezes a análise e quantificação da contribuição do médico na ocorrência do resultado é de extrema complexidade, o que pode levar juízes a, equivocadamente, condenar profissionais que agiram de forma diligente, sem praticar qualquer conduta que pudesse ser considerada negligente, imprudente ou imperita.

Para tanto, é imprescindível que os juízes, como destinatários da prova, utilizem dos meios de produção de provas mais adequados para a formação de seu convencimento motivado, em especial, o laudo pericial médico, que possui grande relevância no esclarecimento das minúcias de cada caso em análise.

Na sequência, alicerçado no conceito de erro médico, fruto de uma conduta negligente, imprudente ou imperita, marcada pela quebra de um dever contratual que, em regra, denota uma

obrigação de meio, torna-se imprescindível expor breves esclarecimentos acerca dos deveres sociais e políticos dos médicos, em especial a ética médica e o dever de informar.

CAPÍTULO 3. DEVERES SOCIAIS E POLÍTICOS DOS MÉDICOS

3.1 Ética médica

Conforme estabelece o Código de Ética médica, em seu capítulo I – Princípios Fundamentais, “a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”.

Nessa perspectiva, de acordo com Monte: “a ética explicita o comportamento a ser adotado no exercício profissional acorde com as concepções morais da sociedade. A ética, basicamente, assenta-se sobre valores morais”.³⁹

Assim, a ética médica pode ser compreendida como deliberativa, tendo como base a hermenêutica, na responsabilidade e na prudência. Três categorias analíticas são utilizadas: fatos, valores e deveres. O ponto primordial é a experiência moral, constituindo-se como um fato nos ternos fenomenológicos. O agir moral envolve três faculdades da inteligência humana: cognitiva, que são os fatos; emocional que reside nos valores; e a volitiva que são os deveres.⁴⁰

A ética dos médicos tem por desiderato estimular a imaginação moral, reconhecer os problemas éticos, desenvolver aptidões analíticas, suscitar o sentido da obrigação moral e da responsabilidade pessoal, tolerar e saber resistir ao desacordo e à ambiguidade. A medicina toda é ética, ou não é Medicina.⁴¹

Há, ainda, na bioética, o princípio basilar da não-maleficência, que está intrinsecamente ligado à ética e à ideia de não causar dano. O profissional de saúde deve sempre agir de modo a causar o menor dano ou prejuízo ao paciente. O médico deve assegurar o bem-estar dos pacientes agindo positivamente quanto aos seus importantes e legítimos interesses e, na medida do possível, evitando-lhes danos.

Pode-se dizer que o princípio da não-maleficência deriva da ética médica e da boa-fé, possuindo suas raízes no basilar princípio da dignidade da pessoa humana e na proteção da vida humana.

³⁹ MONTE, F. Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**. Revista Bioética, v. 17, n. 3, p. 407-28, 2009, p. 420.

⁴⁰ CARNEIRO, H. G. **Ética e Bioética no atendimento aos pacientes portadores de HIV/aids no Sistema Único de Saúde**. Caderno Iberoamericano de Direito, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013.

⁴¹ MEEROFF, M. **Ética Médica**. 2ª edição. Buenos Aires. Libreria Akadia Editorial, 1993.

3.2 O dever de informar

Conforme estabelece a Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina, em seu capítulo 1, inciso XXI, o médico tem o dever de informar o paciente sobre todos os riscos que envolve seu procedimento:

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas

Não é suficiente que a informação seja transmitida ao paciente de forma rápida e sem detalhes, o esclarecimento deve ser completo e claro para que a manifestação de vontade do paciente seja válida, eficaz e em baseada nos riscos e chances efetivas de sucesso do procedimento adotado.

Caso esse dever não seja cumprido em sua plenitude, ressaltando que o dever ético do médico de informar o paciente sobre as circunstâncias, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, sem esclarecer sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidade de êxito ou de agravamento do quadro⁴², pode gerar a caracterização da negligência no exercício profissional, conforme se vê no julgado abaixo:

Responsabilidade civil. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar-nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido.

(REsp 436827-SP (JRP\2002\3520). Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.º.10.2002, data e julgamento: 04/03/2002 data de publicação: DJe: 18.11.2002)

O dever de informar, clara e lealmente, o consumidor destacando os riscos existentes no serviço envolvendo a saúde do consumidor foi imposto pelos artigos. 10, 14, caput, e 31 do CDC. A informação é princípio do Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 4.º, III e caput), e constitui-se em direito básico do consumidor, sendo que este possui direito à informação sobre os riscos no serviço, tem direito ao acesso à informação médica, tem direito à informação

⁴² REsp 436827-SP (JRP\2002\3520). Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.º.10.2002, DJ 18.11.2002, comentado por Cavalieri/Direito, op. cit., p. 457.

básica, clara e objetiva sobre o tratamento proposto para que possa escolher se fará ou não o serviço, como especificam os incisos I, II e III do art. 6.º do CDC.⁴³

Em relação à fase pré-contratual, o consentimento informado requer que o médico exponha e transmita ao paciente todos os riscos, benefícios, alternativas de procedimento, possíveis danos e efeitos colaterais, bem como contraindicações existentes.

Em contraponto, cumpre salientar que o dever de informar não incide apenas no profissional de saúde, mas também no paciente. Para o adequado desempenho de sua atividade, o médico precisa ter pleno conhecimento das informações imprescindíveis que muitas vezes podem apenas ser transmitidas pelo próprio paciente, o qual pode ser severamente prejudicado em razão de eventuais omissões sobre informações cruciais.

O médico precisa, por exemplo, ter ciência dos sintomas não detectáveis por meio da análise clínica; dos hábitos de vida do paciente; dos medicamentos utilizados no passado e no presente; dos tratamentos pelos quais o paciente já foi submetido em ocasiões anteriores; e de qualquer informação que possa ser relevante e decisiva para o sucesso do procedimento que será adotado.

Em muitas situações, somente o laudo médico é capaz de determinar se a piora do quadro clínico do paciente, de um tratamento terapêutico que não apresentou os resultados esperados, foi inerente à própria condição de saúde pré-existente do paciente ou em razão da má prática médica.

A perícia médica exerce influência substancial no convencimento motivado dos magistrados, os quais, conforme esperado, geralmente não possuem conhecimentos técnicos específicos da seara médica, devendo valer-se do auxílio de técnicos e especialistas da área para esclarecer os fatos ocorridos e a contribuição do médico nonexo causal entre a conduta e o resultado danoso.

Explanadas as principais asserções sobre a ética médica e o dever de informar, bem como a relevância das provas periciais médicas no contexto de formação do convencimento motivado dos magistrados, passa-se a esmiuçar a teoria da perda de uma chance, em especial,

⁴³ O texto legal é claro: "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem". Veja detalhes em Cláudia Marques; Antônio Herman Benjamin; Bruno Miragem, Comentários ao Código de Defesa do consumidor - Artigos. 1 a 74 - Aspectos materiais, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 156-163.

relativo à sua aplicabilidade na seara médica, bem como o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 4. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

4.1 Noções gerais e origem histórica

A teoria da perda de uma chance possui suas origens consolidadas no direito francês, país no qual, no ano de 1911, a autora de uma ação estava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza, e teve sua chance interrompida pelo réu, uma vez que ele não a deixou participar da última etapa do concurso; e, em razão disso um dos juízes alegou que a autora teria 25% de chances de ser a vencedora, aplicando a doutrina da proporcionalidade.

O caso, conhecido como Chaplin V. Hicks, foi o primeiro registro oficial da aplicação da teoria da perda de uma chance, a qual, no decorrer das décadas, foi sendo difundida ao redor do mundo.⁴⁴

Nos Estados Unidos, conforme explica Luiz Carlos de Junior Assis⁴⁵ a aplicação da chance perdida deu-se no campo da medicina. Na Austrália, ocorreu a origem da perda de uma chance na responsabilidade contratual do advogado. Na Itália, teve a sua primeira decisão favorável em 1983.

Diante desse cenário de difusão da aplicação da teoria da perda de uma chance, surgiram diversas decisões diretamente relacionadas à aplicação da referida teoria aos casos de erro médico, como a proferida em 1969, na qual um paciente que passou por uma cirurgia para a remoção da apendicite veio a óbito.

Posteriormente, foi comprovado que o médico responsável agendou a cirurgia sem qualquer tipo de realização de exame pré-operatório, fato este, que, por si só, teria facilmente evitado o falecimento do paciente.⁴⁶

No Brasil, ante a ausência de previsão legal específica, a teoria ainda é aplicada de forma exígua pelos Tribunais, existindo, inclusive, inúmeras divergências quanto a sua aplicação e aceitação no ordenamento jurídico pátrio.

⁴⁴ Alguns estudos indicam que na verdade a teoria surgiu no século XIX, mais precisamente no ano de 1889, quando a Corte de Cassação francesa condenou um oficial ministerial a indenizar o então demandante pela extinção de todas as possibilidades de uma demanda judicial lograr êxito, se caso prosseguisse seu regular procedimento.

⁴⁵ Responsabilidade Civil do Advogado na Teoria da Perda de uma chance. Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil. n. 85, 2013.

⁴⁶ GONDIM, G. G. **A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro**. Revista do Tribunais. , p 22.

Em nosso país, o caso paradigmático e precursor da aplicação da teoria ocorreu durante a participação no programa televisivo do Show do Milhão, transmitido pela SBT, em 15 de junho de 2000.

O programa se trata de uma série de perguntas e respostas sobre conhecimentos gerais, no qual o participante que responder corretamente aos questionamentos pode receber o prêmio máximo de até 1.000.000,00 (um milhão de reais), em barras de ouro.

No caso em questão⁴⁷, a participante Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos recusou responder à última indagação efetuada⁴⁸, em razão de não haver nenhuma alternativa correta para a pergunta formulada, optando por manter a premiação acumulada no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Diante da situação narrada, a participante acionou Poder Judiciário visando o ressarcimento dos danos materiais sofridos, pela parte do prêmio não recebida; bem como a reparação pelos danos morais sofridos em decorrência do incidente.

Após o regular trâmite do processo, o juiz de primeira instância condenou a empresa ré, BF Utilidades Domésticas, a pagar o valor total de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), sob o fundamento de que não havia nenhuma alternativa correta para a pergunta formulada. A sentença foi mantida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Em sede de recurso especial, a empresa ré alegou, subsidiariamente, que o valor da condenação era totalmente irrazoável, pois, mesmo que a participante optasse por responder à pergunta, e que houvesse uma alternativa correta, haveria uma mera possibilidade de êxito, de modo que a ação fosse julgada improcedente ou que o valor atribuído à título de indenização por danos materiais fosse reduzida para R\$125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais).

O Superior Tribunal de Justiça julgou parcialmente procedente os argumentos aduzidos pela empresa ré, mantendo a procedência da ação e reduzindo o valor da indenização para R\$125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais), trata-se de um montante de ¼ do valor total, equivalente à probabilidade de acerto de um teste de múltipla escolha com quatro alternativas.

Não há como concluir que o normal andamento dos fatos levaria ao acerto da questão. “Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza — ou a probabilidade objetiva — do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante”.

⁴⁷ STJ – Resp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 13/03/2006).

⁴⁸ “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?”.

Nesse ponto, conforme será explicado adiante, a aplicação da teoria da perda de uma chance requer um significativo grau de probabilidade de efetivação da chance obstada, a ponto de se poder afirmar que se a condução dos eventos não sofresse alteração gerada pelo ato ilícito, o benefício seria convertido à vítima.

4.2 Conceito e natureza da teoria da perda de uma chance

De acordo com Santos⁴⁹, a perda de uma chance é a não ocorrência de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse a interrupção abrupta em decorrência de um ato ilícito. Assim, a perda de uma chance é um dano atual, ressarcível quando há uma probabilidade suficiente de benefícios econômicos frustrados por terceiros. A reparação não é do dano em si, e sim da perda de oportunidade que se dissipou, de obter no futuro a vantagem ou de evitar o prejuízo que veio acontecer.

Para a configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é imprescindível a presença dos elementos essenciais da responsabilidade civil, como conduta, dano e o nexos causal entre a conduta praticada pelo agente e as chances efetivamente perdidas, com o acréscimo de uma concreta existência da chance que possua um alto grau de possibilidade de se converter na vantagem esperada.

Nesse sentido, conforme define Lisiane Lazzari Pietroski⁵⁰, “no momento em que alguém ocasiona a perda da chance de outrem obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo, um dano é gerado, o qual consiste na própria chance perdida. Com o passar do tempo, percebeu-se que esse dano não poderia ficar sem reparação sob pena de a vítima ter de arcar com as consequências de conduta alheia, o que é incompatível com o atual instituto da responsabilidade civil, que tem seu foco voltado para a reparação da vítima. A partir disso surgiu a teoria da perda de uma chance, a fim de embasar a responsabilidade civil nestes casos.”

Nessa linha, a ilicitude do ato decorre da privação da vítima vivenciar a chance concreta e verossímil de obter um enriquecimento ou de evitar um prejuízo.

Ainda, conforme destaca Sérgio Cavalieri Filho⁵¹ sobre o assunto em questão:

A doutrina francesa, aplicada pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a

⁴⁹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral indenizável**. 2 ed. São Paulo: Lejus, 1999, p. 108.

⁵⁰ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 55

⁵¹ In Programa de responsabilidade civil. 5. Ed. São Paulo. Malheiros, 2003, p. 91-92.

oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que ‘a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; de que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo’ (Responsabilidade civil, 9ª edição, Forense, p.42). O cuidado do juiz, neste ponto, é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito.

Conforme se depreende do trecho acima, a distinção entre a responsabilidade civil pela perda de uma chance e os lucros cessantes é de suma importância, pois, em razão de característica inerente – de que a vítima do ato ilícito deixa de obter uma vantagem esperada – os dois institutos podem ser confundidos.

Apesar disso, os critérios estabelecidos para a aplicação da referida teoria evidenciam e removem qualquer eventual dúvida acerca da aplicação de ambos os conceitos.

Somente as chances reais e sérias que são aptas a ensejar a indenização pela perda de uma chance. Ao contrário do que ocorre com o lucro cessante, na perda de uma chance a indenização se refere a uma chance efetivamente perdida, chance esta que não pode ser tratar de mera expectativa ou esperança, mas de uma chance real, razoável, certa.

A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir em mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estrar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.⁵²

Nesse sentido, ressalva a Ministra Nancy Andriahi, “*a adoção da teoria da perda de chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a possibilidade de perda da chance de lucro para atribuir a tal fato as consequências adequadas*”.⁵³

Em outras palavras, a oportunidade perdida deve guardar uma altíssima expectativa de concretização para fazer jus à obrigação de indenizar, uma vez que, no direito civil brasileiro, danos meramente hipotéticos não servem de esteio para a criação de um dever indenizatório.

Nessa perspectiva, preceitua Vera Andriahi⁵⁴

⁵² CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 77.

⁵³ STJ – Resp 1079185 MG 2008/0168439-5, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Data de Julgamento: 11/11/2008, T3 -Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 04/08/2009.

⁵⁴ In **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro** / Fátima Nancy Andriahi, coordenadora. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 255.

Para configurar a possibilidade de ocorrer a perda da chance é necessária a prova da existência concreta da chance que dispunha a vítima, e que foi obstruída por ação ou omissão ilícita do ofensor. A vítima vivenciava uma situação concreta da vida, que lhe favorecia a chance de obter um bem, cuja possibilidade foi obstruída pelo ofensor. A chance perdida, para dar ensejo à responsabilidade civil deve apresentar alto grau de probabilidade de que a vítima receberia um benefício, não fora a ação do agente. Urge que precedentemente haja uma cadeia fática na vida da vítima, que a levaria a um benefício futuro ou a evitação de um prejuízo. Relevante para a doutrina é o acentuado grau de probabilidade de obter o benefício. No direito italiano, por exemplo, a configuração da perda da chance somente é indenizada, se provado que a vítima teria, no mínimo 50% de possibilidade de obter o benefício futuro.

Portanto, deve-se avaliar, casuisticamente, o grau de certeza e probabilidade de obtenção de determinada vantagem, evitando, assim, que situações meramente especulativas e de baixa probabilidade se concretizariam, e, conseqüentemente, seriam indevidamente indenizáveis.

Em relação à natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, a doutrina não é uníssona, apresentando inúmeras controvérsias acerca do tema. No entanto, é possível destacar duas principais correntes na doutrina brasileira que buscam resolver o impasse: as de natureza mista e a unitária.

A corrente unitária defende a natureza da perda da chance como um dano autônomo, decorrente da evolução do conceito de dano e dos ditames da evolução da responsabilidade civil, de modo que ela exsurgirá sempre que houver desaparecimento da probabilidade de um evento favorável.⁵⁵

A segunda corrente unitária, da qual são adeptos Jacques Boré e John Makdisi, defende que os casos de perda de uma chance estão alicerçados numa ideia de causalidade parcial e nega a existência de um dano interdependente do resultado, por compreender que as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada.⁵⁶

Por fim, a teoria mista, defendida majoritariamente pelos autores franceses, sustenta que há uma ruptura radical entre os casos de perda de uma chance na seara médica e as demais aplicações da teoria, chamadas de teoria da perda de uma chance clássica.

Conforme diferencia Lisiane Lazzari Pietroski⁵⁷:

⁵⁵ CHATIER, Yves. **La réparation du préjudice**. Paris: Dalloz, 1996, p. 13, apud PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 82/83.

⁵⁶ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 51.

⁵⁷ PIETROSKI, L. L., 2013, p. 59.

Nos chamados casos “clássicos”, como no exemplo do advogado que perde o prazo para interpor um recurso, há a interrupção de um processo futuro que poderia ou não trazer uma vantagem para a vítima. Assim, o dano causado pelo advogado consiste na perda da chance de deixar esse processo seguir seu curso normal, o que se enquadra como um dano autônomo e passível de reparação, como foi visto. Por outro lado, nos danos de perda de chance que ocorrem na área médica (perda de chance de cura ou de sobrevivência), o resultado final já se concretizou, é conhecido. A dúvida, então, paira sobre a existência ou não de nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado final. Logo, a causalidade parcial é admitida nessas ocasiões a fim de não deixar a vítima ou seus familiares totalmente desamparados.

Após tais considerações a respeito do conceito e da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, será examinado, na sequência, a quantificação do valor em decorrência da indenização pela perda de uma chance, valor este que, pela própria natureza da modalidade, é de difícil aferição.

4.3 Critérios para aplicação e quantificação do dano

Caio Mário da Silva Pereira assevera que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que um dano hipotético, possa ser identificada a real probabilidade de que poderia haver o ganho e a certeza de que a vantagem perdida resultou um prejuízo, um dano.⁵⁸

Em consonância com este entendimento, afirma Judith Martins-Costa:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos, não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.⁵⁹

Santos⁶⁰ sustenta que o valor a ser aferido deve levar em consideração:

i) a situação da vítima;

⁵⁸ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 52.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. V. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 361.

⁶⁰ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral indenizável**. 2 ed. São Paulo: Lejus, 1999, p.115.

ii) a chance em si, a ser valorada em função do interesse prejudicado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração;

iii) o montante indenizatório que adviria da realização da chance.

É fundamental salientar que nem toda chance perdida possui aptidão para caracterizar a responsabilidade civil. Sem a comprovação e que a chance perdida era séria, real e razoável, não há como se aplicar a indenização. Desse modo, para que uma demanda com base na teoria da perda de uma chance seja procedente, o autor deverá demonstrar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.⁶¹

O valor atribuído em decorrência da indenização pela perda da chance deve ser aferido levando-se em consideração o grau de probabilidade de concretização do resultado esperado, que será inferior ao valor que seria obtido com o uso bem-sucedido da chance.

Isso ocorre pelo fato de que não se trata de lucro cessante, mas de uma indenização proporcional à chance perdida, sendo que raramente é possível visualizar alguma situação em que a chance perdida é tão certa que o *quantum* indenizatório será equivalente a 100% da probabilidade de concretização do resultado esperado.

No entanto, sob minha ótica, em casos em que a probabilidade de obtenção do resultado seja de 100%, não se trata mais de perda de uma chance propriamente dita, pois se enquadra perfeitamente no conceito de lucro cessante, o qual exige o requisito “certeza” para que o dano possa ser indenizável.

A perda de uma chance decorre de uma violação a um *mero interesse de fato*, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um *direito subjetivo*.⁶² Na perda de uma chance, não há certeza sobre o ganho, mas há certeza quanto à oportunidade que já era da vítima.⁶³ Deve haver elevado grau de credibilidade racional e probabilidade lógica da chance.

Diante desse cenário, levando-se em consideração a natureza autônoma do dano sofrido em razão da perda de uma chance, para a correta quantificação do dano, é imprescindível a realização de uma análise minuciosa de cada caso, avaliando quais as chances reais que foram

⁶¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.138.

⁶² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p.15).

⁶³ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual de Responsabilidade Civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.128).

perdas, bem como diferenciando-as dos danos meramente hipotéticos, os quais, nos termos do artigo 403 do Código Civil, não são indenizáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, será exposto as especificidades da aplicação da teoria da perda de uma chance no campo médico, tanto em relação aos requisitos diferenciados para a sua aplicação, como os principais fatores considerados pela doutrina e jurisprudência majoritária na majoração do *quantum* indenizatório.

4.4 Aplicabilidade na seara médica

A incidência e aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de erro médico depende, inicialmente, da constatação da existência de chance de cura ou sobrevivência do paciente, diante uma atuação diligente do médico. Em seguida, é imprescindível determinar, comprovadamente, que a intervenção médica inadequada ou tardia foi justamente a origem da concretização da perda da chance de recuperação.⁶⁴

Conforme defende Miguel Kfoury Neto⁶⁵, para a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, exige-se, cumulativamente:

- a) Existência indubitosa da chance, probabilidade, possibilidade ou oportunidade de cura ou de sobrevivência;
- b) Chance séria, real e efetiva;
- c) Supressão, aniquilamento ou destruição dessa chance, pela ação ou omissão do médico;
- d) Razoável verificação da possível existência de nexos causal entre a atuação do médico e a chance perdida – embora tal prova nunca possa ser feita, de forma

⁶⁴ TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico: reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 384.

⁶⁵KFOURI NETO, Miguel. **Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência**. Disponível em <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001710ce58d24df874f66&docguid=I19bd49a054ff11e99a51010000000000&hitguid=I19bd49a054ff11e99a51010000000000&spos=2&epos=2&td=198&context=42&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 20.02.2020.

absoluta. A existência da chance – ou, noutras palavras, a efetiva subtração da possibilidade de cura ou de sobrevivência – deve ser incontestável.

Acrescenta, ainda, Rute Teixeira Pedro⁶⁶, que, no âmbito da responsabilidade civil médico-hospitalar, para a obtenção da indenização em decorrência da perda de uma chance, o paciente lesado deverá demonstrar, além da real e efetiva existência da chance, que esta é firme e consistente, apta a ensejar a cura, à melhoria do estado de saúde ou à sobrevivência do paciente.

Adiante, conforme a mesma autora, o paciente, ao ajuizar demanda indenizatória, deve sempre indicar, com base em perícia e estudos científicos, as questões quantitativas e qualitativas da chance perdida, ou seja, a específica percentagem da chance de cura ou sobrevivência e qual seria o melhor resultado

É absolutamente essencial buscar estabelecer qual a probabilidade, o percentual de chance que possuía o paciente de não sofrer os danos, possibilidade esta que esta que foi justamente eliminada pela atuação médica negligente, imprudente ou imperita.

Há que se fazer uma distinção entre a influência do médico no resultado e as consequências geradas pela própria doença. Essa diferenciação deve ser realizada de forma extremamente cautelosa, a fim de verificar se a gravidade da própria doença, o estado atual do paciente ou eventuais complicações imprevisíveis não foram os reais propulsores do agravamento da situação do paciente.

A depender do caso concreto, tal distinção pode ser extremamente complexa, motivo pelo qual os peritos desempenham um papel fundamental, no sentido de esclarecer, por meio de um embasamento científico sólido e coerente, a gravidade da chance perdida, demonstrando qual foi o grau de influência da conduta culposa do médico no deslinde natural do evento danoso.

Nesse sentido, aduz Rute Teixeira Pedro⁶⁷:

[...] doente que sofre um ataque cardíaco. Apesar dos sinais existentes, o médico não diagnostica o referido problema de saúde que, com a devida terapia, apresentava 40% de hipóteses de ser superado sem ceifar a vida do doente. O quantum reparatório deverá corresponder a 40% do valor da vida do lesado. O valor deste bem será determinado atendendo, em particular, ao estado daquele sujeito, caso ele tivesse sobrevivido ao acidente cardíaco.

⁶⁶ TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico: reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 296.

⁶⁷ TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico: reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 323.

Assim, devem considerar-se, nessa apreciação, variados factores, como a idade, a saúde, a capacidade de produção de rendimentos pelo concreto lesado, atendendo nomeadamente às sequelas que pudessem derivar do ataque ocorrido. Ao valor encontrado seria aplicado o percentual de 40%.

Jamais será possível afirmar, com absoluta certeza, que o paciente falecido estaria entre os 40% que, após receberem o diagnóstico correto, seguido do tratamento terapêutico adequado, superam o problema de saúde com vida. Do mesmo modo, não é possível afirmar que, se o paciente tivesse sido corretamente diagnosticado e tratado, ele estaria entre os 60% que não resistem.

O dano, na perda de uma chance, é incerto – pois a própria realização da chance jamais seria certa, trata-se de uma probabilidade matemática. A atividade médica, por sua natureza, é inerentemente, marcada por um elevado grau de aleatoriedade. Cada paciente é único e pode apresentar as mais diversas reações a um mesmo tratamento ou medicamento.

No entanto, as estatísticas de cura ou sobrevida são fruto de anos, décadas ou até séculos de análises empíricas e estudos científicos. A ideia por trás destes dados não é demonstrar a certeza da ocorrência de determinado evento – seja a cura, a recuperação ou a morte – mas sim a **probabilidade** da ocorrência, o que não pode ser desprezado.

Diante disso é que fundamenta a indenização: essa chance de obter algo, ou de evitar uma perda, que se situa na ordem possível – se não provável – das coisas, não poderá mais se produzir. De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável.⁶⁸

O valor atribuído à título de indenização pela perda de uma chance em razão de um erro médico é autônomo e distinto do prejuízo final, representado pelos danos sofridos pelo paciente. O *quantum* indenizatório deve mensurar a chance efetivamente perdida, e não a vantagem que teria se concretizado, caso a chance não fosse subtraída em razão de uma má atuação profissional.

Nesse sentido, deve-se analisar, por exemplo, no exemplo retro mencionado, “por quanto tempo o doente poderia, ainda, trabalhar; qual a sobrevida média para os portadores da patologia considerada; haveria ou não sequelas incapacitantes. Para a quantificação, ter-se-á ainda que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que

⁶⁸ CHARTIER, Yves. **La réparation du prejudice**. Paris: Dalloz, 1996, p. 13 e ss.

provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si.”⁶⁹

Diante do exposto verifica-se que há uma série de fatores e aspectos a serem levados em consideração para a correta aplicação do *quantum* indenizatório, cabendo ao juiz:

- a) Estipular, inicialmente, qual seria o valor indenizatório devido, caso a reparação tivesse como objeto o prejuízo final;
- b) Averiguar e determinar, estatisticamente, qual foi a dimensão da perda, avaliando minuciosamente as peculiaridades de cada caso, podendo, inclusive, considerar quais foram os resultados em casos similares de pacientes que obtiveram a chance;
- c) Avaliar qual o grau da culpa médica, isto é, qual foi a influência de sua conduta no resultado final, reduzindo/mitigando equitativamente a indenização de acordo com seu grau de culpa, conforme estabelece o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Como exemplo, será analisado o julgamento do recurso especial n. 1.677.083/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁷⁰. Fazendo uma breve exposição dos fatos, tem-se que foi ajuizada ação indenizatória a título de danos materiais e morais por Rogério Rodrigues de Oliveira em face do Hospital Alvorada Taguatinga Ltda.

Conforme narrado pelo autor, sua esposa, durante seus últimos meses de vida, sentindo-se mal, deslocou-se até dependências da empresa ré a fim de realizar uma série de exames, passou por diversos exames laboratoriais, mas os profissionais responsáveis não obtiveram sucesso em diagnosticar o quadro compatível com a hipótese de Leucemia.

A paciente ainda teria retornado ao hospital se queixando sobre fortes dores de cabeça, manchas roxas pelo corpo e por um corte em seu dedo que, tendo decorrido vários dias desde que infeccionado, já não mais cicatrizava. Contudo, uma funcionária do hospital, debochando da situação, afirmou que “ela não tinha nada, que só queria passar o natal em casa com a família, e que lhe daria o atestado médico para abonar a falta ao emprego naqueles dias”.

⁶⁹ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit du dommage corporel: systemes d'indemnisation**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 678 e ss.

⁷⁰ REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017.

Transcorrido dois dias, a mulher em virtude do quadro clínico negligenciado pelos profissionais médicos, passou mal e caiu de uma escada, batendo a cabeça e vindo a óbito por força de traumatismo cranioencefálico.

O juiz de primeiro grau, baseado no conjunto probatório, composto por prova pericial significativa, que atestava o quadro da paciente com leucose aguda, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na petição inicial para condenar a ré ao pagamento dos danos morais, fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Quanto ao pleito patrimonial, entendeu não ter havido demonstração de prejuízos.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça julgou parcialmente procedente o apelo da parte ré, reduzindo o montante indenizatório pela metade, mais precisamente, para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Com base na aplicação da teoria da perda de uma chance, o Tribunal entendeu que, caso a paciente estivesse no hospital internada, tal como sugeria o resultado do exame laboratorial, a queda da escada poderia ter sido evitada, bem como o agravamento de seu quadro clínico, que teria contribuído ao óbito.

Já em sede de recurso especial, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou que “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 de uma 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)”.

O voto do ministro relator ainda cita notável lição de Sérgio Cavalieri Filho⁷¹ sobre a aplicação atípica da teoria da perda de uma chance aos serviços médico-hospitalares:

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.

⁷¹ In Programa de responsabilidade civil, 11. Ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 104.

O nexa causal a ser apreciado no caso, entre a conduta negligente e o resultado morte, era de difícil identificação, uma vez que a morte da paciente não decorreu diretamente do agravamento da enfermidade diagnosticada que não foi devidamente diagnosticada, mas de um traumatismo crânio-encefálico, resultante da queda de uma escada em sua própria residência, não se podendo afirmar com certeza que o acidente ocorreu em virtude das tonturas decorrentes da doença que lhe acometia na época.

Com o intuito de justificar a existência do nexa causal, o Relator, utilizando-se de precedente de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, destacou que o dano sofrido pela paciente possui como concausa a conduta negligente dos funcionários do hospital, pois, apesar de não terem os médicos provocado a doença que culminou na morte, estes concorrem com uma obrigação de executarem sua função com a finalidade de oportunizar a cura, o que não teria sido identificado no caso concreto.

Afirma, ainda, o Ministro, que a conduta do médico foi nitidamente negligente, pois concedeu atestado médico de dois dias à paciente sem ao menos aguardar o resultado dos exames laboratoriais, autorizando seu repouso em casa, apesar das inúmeras queixas sobre seu quadro clínico.

Portanto, o nexa causal causal, a luz da teoria da perda de uma chance, reside na ligação entre a conduta dos funcionários do hospital, que não aguardaram o resultado do exame para apurar as possíveis consequências que poderiam advir dele, tal como recomendar a internação da paciente, e o resultado morte, decorrente da tontura que, como descreve o Autor, ocorrera em virtude do grave quadro clínico de sua esposa.

Ademais, conforme mencionado anteriormente, na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, pois lhe falta o requisito da certeza, devendo ser mensurado pela chance perdida, como bem jurídico autônomo.

4.5 Tendência no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Conforme afirmou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no transcorrer das últimas décadas e anos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que:

A responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance" incidem "desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta

*qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória*⁷².

A aplicação da referida teoria vem se tornando cada vez mais comum e frequente nos Tribunais Superiores, sobretudo nos casos envolvendo responsabilidade civil por erro médico e por má condução de processos por advogado. Há inúmeras decisões dos tribunais brasileiros que condenam os profissionais de saúde em razão do comprometimento de uma chance de o paciente se curar ou permanecer vivo.

O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando, com sólido embasamento doutrinário e jurisprudencial, a teoria da perda de uma chance, principalmente na seara da responsabilidade civil médico-hospitalar, inclusive em casos de má prestação nos serviços de criogenia genética, conforme se verá na sequência.

Em 2014, foi julgado, no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, uma ação de indenização proposta por um casal em face do maior banco privado de sangue de cordão umbilical no Brasil, em razão da negligência da empresa ré pela extração das células-tronco do cordão umbilical, no momento do parto, e pelo seu posterior armazenamento.

O casal contratou os serviços da empresa ré para que fosse efetuada a coleta e preservação do material genético (células-tronco embrionárias) de seu bebê recém-nascido, o que possibilitaria a realização de transplante de medula óssea para a outra filha do casal, que era portadora de leucemia linfóide aguda.

As células-tronco são células que possivelmente podem regenerar qualquer parte do corpo humano, devido à sua capacidade quase inesgotável de se dividir e se renovar. O sangue do cordão umbilical é uma das fontes de células-tronco para o transplante de medula óssea, indicado como tratamento para diversas doenças.

Embora a empresa ré tenha efetuado a coleta do material genético do nascituro adequadamente, a quantidade da amostra efetivamente armazenada demonstrou ser absolutamente insuficiente para o tratamento da doença da outra filha, a qual, em razão disso, acabou falecendo.

Apesar de a empresa ré ter coletado exatamente 89,7 mL de sangue do cordão umbilical, apenas uma pequena amostra de 15 ml de sangue foi congelada e armazenada.

Em alguns países, como nos Estados Unidos da América, há inclusive legislação específica estabelecendo que cordões umbilicais com quantias inferiores a 60 ml devem ser descartados, devido a sua imprestabilidade para quaisquer fins terapêuticos.

⁷² REsp n. 1.591.178-RJ, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 25/4/2017, DJe 2/5/2017.

Diante desse cenário, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo condenou a empresa ré, por entender que o serviço prestado foi absolutamente inadequado e ineficaz para o fim a que se destinava. Devendo responder não pelo falecimento da criança, cuja morte se deu em razão da doença pré-existente leucemia linfoblástica aguda, mas sim pela quebra de expectativa gerada nos pais da criança, os quais tinham a esperança de fornecer ao menos uma chance de cura a sua filha.

Em razão dos avanços científicos e dos avanços da medicina, foi possível determinar com certa precisão, qual era efetivamente a probabilidade de recuperação da filha enferma. A chance frustrada era de 5%, quantificando-se o valor da indenização no montante de R\$15.000,00, fixados pela proporcionalidade da expectativa de cura.

Cumprido lembrar que a teoria da perda de uma chance não se presta a reparar meras expectativas frustradas, as quais não podem ser indenizáveis por expressa vedação legal. É necessário a perda de uma probabilidade concreta, uma chance razoável, séria e real.

Nessa toda, Sergio Cavalieri Filho expôs importantes considerações sobre o tema:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.⁷³

Nesse mesmo sentido, no julgamento do REsp 1.662.338-SP, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, a 3ª Turma do STJ teceu as seguintes considerações acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. **3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.** Precedentes. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado

⁷³ Sergio Cavalieri Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. **5. 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.** 6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica. 7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado.

(STJ - REsp: 1662338 SP 2015/0307558-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2018 – grifou-se)

Na mesma linha, acerca da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, a Ministra Nancy Andrichi, sedimentou, no REsp 1254141/PR:

A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

A chance perdida não pode, de forma alguma, alcançar o valor do bem perdido, justamente por tratar-se a cura ou sobrevivência de um evento futuro e incerto. O valor indenizatório não pode superar o valor do bem que eventualmente poderia – ou não –, ser usufruído caso a oportunidade fosse concretizada. O dano está diretamente relacionado à oportunidade perdida em decorrência de determinada conduta comissiva ou omissiva, e não ao direito eventualmente decorrente da mesma oportunidade.

A teoria da perda de uma chance visa a responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.⁷⁴

Por este e outros motivos, o STJ tem apreciado com extrema cautela e parcimônia os casos envolvendo a perda de uma chance, principalmente quando envolve erro médico de difícil constatação da extensão da contribuição do profissional para a ocorrência do resultado.

⁷⁴ STJ, REsp 1.190.180/RS, 4.^a T., j. 16.11.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 22.11.2010.

Em situações envolvendo a teoria da perda de uma chance e atividade médica, 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”⁷⁵

Diante do exposto, percebe-se que o STJ vem efetivamente aplicando a teoria da perda da chance aos casos de responsabilidade civil por erro médico em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente, de modo que a tendência dos julgamentos demonstra que tal entendimento está sendo amplamente aplicado no STJ, bem como nos Tribunais de Justiça de cada Estado.

⁷⁵ REsp 1.662.338/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 12/12/2017. DJe 2/2/2018.

CONCLUSÃO

O presente ensaio buscou esmiuçar os aspectos e características da teoria da perda de uma chance, analisando, mais especificamente, a possibilidade de sua aplicação aos casos de responsabilidade civil por erro médico, em que os pacientes são tolhidos de uma chance de cura ou de uma possível sobrevida, em razão de uma conduta humana.

Para tanto, demonstrou-se necessário, inicialmente, traçar um panorama geral acerca da evolução histórica do conceito de responsabilidade civil, tanto em âmbito global, como no ordenamento jurídico pátrio.

Delineado o conceito de responsabilidade civil, bem como a distinção fundamental entre responsabilidade e obrigação, passou-se para a análise dos pressupostos e requisitos necessários para a configuração da obrigação de reparar um dano causado.

Após uma análise pormenorizada dos referidos requisitos e pressupostos, quais são, uma conduta humana, omissiva ou comissiva, a culpa ou dolo do agente, o nexo causal e a ocorrência de um dano, sucedeu-se à diferenciação entre as obrigações de meio e de resultado, destacando-se que, em regra, o médico não pode obrigar-se, no desempenho de sua atividade profissional, a obter resultado determinado acerca da cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde, até mesmo pelo fato de que, muitas vezes, a obtenção do resultado visado está fora do alcance do médico.

No capítulo seguinte, iniciou-se o estudo do erro médico, ressaltando-se que durante o exercício da atividade médica, por sua própria natureza, há infindáveis fatores que extrapolam e fogem do controle do profissional podem afetar a melhoria das condições da saúde do paciente.

Por mais diligente, cuidadoso, técnico e experiente que seja, cada organismo humano pode reagir de forma distinta a um mesmo tratamento, gerando intercorrências inesperadas e imprevisíveis que podem, eventualmente, causar danos irreparáveis ou até mesmo acarretar a morte do paciente.

Nesse sentido, é fundamental distinguir o resultado causado pela própria doença ou situação do paciente, daquele resultado que foi causado em decorrência de uma falha na prestação de serviços por parte do profissional de saúde, justamente porque não há uma garantia de cura.

O erro médico não deve, de forma alguma, ser vinculado ao resultado final obtido pelo paciente em um determinado tratamento, sob pena de responsabilização do profissional pela

ocorrência de determinada situação que, independentemente da capacidade técnica do profissional de saúde, jamais poderia ser evitada.

Importante lembrar que os profissionais de saúde, sobretudo diante da atual conjuntura do sistema de saúde brasileiro, encontram-se, diariamente, em seu ambiente de trabalho, em situação de vulnerabilidade, seja pela falta de medicamentos, pela insuficiência de verbas para adquirir equipamento e instrumentos de trabalho, ou até mesmo pelas limitações da ciência do atual estágio de desenvolvimento das ciências médicas.

Todos esses fatores devem ser sopesados, aplicando-se as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, a adequação da conduta aos deveres ético-legais, bem como a concordância com os valores constitucionais consolidados.

Assim, deve haver um laudo técnico profundo, detalhado e capaz de afastar qualquer dúvida de que o resultado poderia ter ocorrido independentemente da conduta do profissional. Há que se provar que foi justamente tal conduta que acarretou o resultado danoso, que havia chances reais e sérias de cura ou melhora do quadro clínico do paciente.

Na sequência, foi exposto um panorama histórico sobre a evolução e o surgimento da teoria da perda de uma chance, tanto no Brasil, como em âmbito internacional, tecendo-se considerações importantes acerca da adoção da referida teoria no ordenamento jurídico pátrio.

Em nosso país, o caso paradigmático e precursor da aplicação da teoria ocorreu durante a participação no programa televisivo do Show do Milhão, transmitido pela SBT, em 15 de junho de 2000, no qual, a participante Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos recusou responder à última indagação efetuada, em razão de não haver nenhuma alternativa correta para a pergunta formulada, optando por manter a premiação acumulada no valor de R\$500,000.00 (quinhentos mil reais).

Neste julgado precursor e inovador, definido que a aplicação da teoria da perda de uma chance requer um significativo grau de probabilidade de efetivação da chance obstada, a ponto de se poder afirmar que se a condução dos eventos não sofresse alteração gerada pelo ato ilícito, o benefício seria convertido à vítima.

Somente as chances reais e sérias que são aptas a ensejar a indenização pela perda de uma chance. Ao contrário do que ocorre com o lucro cessante, na perda de uma chance a indenização se refere a uma chance efetivamente perdida, chance esta que não pode ser tratar de mera expectativa ou esperança, mas de uma chance real, razoável, certa.

Abordou-se, ainda, o difícil e importante tema da quantificação dos danos em razão da perda da chance, ressaltando-se que há certos critérios para auxiliar o magistrado na mensuração

dos danos e do valor indenizatório, sendo eles: i) a situação da vítima; ii) a chance em si, a ser valorada em função do interesse prejudicado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração; iii) o montante indenizatório que adviria da realização da chance.

O valor atribuído em decorrência da indenização pela perda da chance deve ser aferido levando-se em consideração o grau de probabilidade de concretização do resultado esperado, que será inferior ao valor que seria obtido com o uso bem-sucedido da chance.

Diante desse cenário, levando-se em consideração a natureza autônoma do dano sofrido em razão da perda de uma chance, para a correta quantificação do dano, é imprescindível a realização de uma análise minuciosa de cada caso, avaliando quais as chances reais que foram perdidas, bem como diferenciando-as dos danos meramente hipotéticos, os quais, nos termos do artigo 403 do Código Civil, não são indenizáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Dando-se prosseguimento, passou-se à análise da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica. Inicialmente, é imprescindível a constatação de que haja, efetivamente, uma chance de cura ou sobrevida do paciente, diante de uma intervenção médica adequada e diligente. Em seguida, deve-se determinar, por meio de elementos probatórios contundentes, que a intervenção médica inadequada ou tardia foi justamente a origem da concretização do resultado prejudicial.

Após, deve-se buscar, por meio da análise de cada caso, qual era a probabilidade de cura ou sobrevida do paciente, o que pode ser feito por meio da utilização dos mais diversos de tipos de produção de prova, sendo o mais comum a prova pericial, bem como a análise da situação de pacientes em situação de saúde semelhantes.

Tais instrumentos são extremamente eficazes na resolução de casos em que a distinção entre a influência do médico no resultado e as consequências geradas pela própria doença é de extrema complexidade.

O dano, na perda de uma chance, é incerto – pois a própria realização da chance jamais seria certa, trata-se de uma probabilidade matemática. Por isso, há que ser verossímil que a chance poderia se concretizar. O que é certo é que a possibilidade de obter a vantagem, o resultado esperado, está perdida. Sendo, justamente, este o fundamento por trás da indenização.

Diante disso, não resta qualquer dúvida no sentido de que há a necessidade de um amplo estudo por trás da consubstanciação da efetiva chance que foi ceifada do paciente, em razão da conduta do profissional de saúde.

Por fim, analisou-se o atual entendimento do STJ acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil por erro médico, momento no qual verificou-

se que há forte entendimento no sentido de admitir a aplicação, desde que o erro médico tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente, e avaliando-se com extrema cautela em que medida a conduta médica interferiu na ocorrência de dano ou morte ou paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance.** In: **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**, coordenado por Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce. São Paulo: Atlas, 2018.

ANDRIGHI, Vera. **Reparação moral e material pela perda de uma chance.** In: **Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro**, coordenado por Fátima Nancy Andrighi, São Paulo: Atlas, 2014.

ASFOR ROCHA, Cesar. **A teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ, Brasília, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2019

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Institui o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leos/l8078.htm>. Acesso em: 18/01/2020

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2019

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa.** Revista dos Tribunais, vol. 922, 2012.

CARNEIRO, H. G. **Ética e Bioética no atendimento aos pacientes portadores de HIV/aids no Sistema Único de Saúde.** Caderno Iberoamericano de Direito, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013

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

CHATIER, Yves. **La réparation du préjudice.** Paris: Dalloz, 1996, p. 13, apud PETEFFI DA SILVA, R., 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução 1.931/2009, Código de Ética Médica.** Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 13/02/2020.

COUTO, R. C. et al. **II Anuário Da Segurança Assistencial Hospitalar No Brasil.** Belo Horizonte: IESS-UFMG, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 33. edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Leonardo. **Leis especiais para concursos - v.1 - direito do consumidor (2020)**. Editora Juspodium, 14ª edição. São Paulo, 2020.

GIOSTRI, Hidelgard Taggssell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**, vol. único. Curitiba: Imprensa Braille-Adevipar, 2001.

GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro médico: reflexões**. Revista Bioética.

Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>, acesso em 01/002/2020.

GONDIM, G. G. **A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 4**. 13ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2018.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit du dommage corporel: systemes d'indemnisation**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. V. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 361.

MEEROFF, M, **Ética Médica**. 2ª edição. Buenos Aires. Libreria Akadia Editorial, 1993.

MONTE, F. Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**. Revista Bioética, v. 17, n. 3, p. 407-28, 2009.

MONTEIRO, WASHINGTON de Barros. **Curso de direito civil**, v.5, p. 416.

PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual de Responsabilidade Civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

NORONHA, Fernando. **Responsabilidade por perda de chances**. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 6, n.23, p. 28-46, jul/set 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral indenizável**. 2 ed. São Paulo: Lejus, 1999

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STJ – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AREsp nº 328110 / RS (2013/0110013-4). Relator: Min. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. Data de julgamento:25/09/2013. Data de Publicação Dje: 25/09/2013.

STJ – RECURSO ESPECIAL: Resp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 – Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 13/03/2006.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp: 1097955 MG 2008/0239869-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de julgamento: 27/09/2011, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação DJe: 03/10/2011.

STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1079185 MG 2008/0168439-5, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 11/11/2008, T3 -Terceira Turma. Data de Publicação DJe: 04/08/2009.

STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 436827-SP (JRP\2002\3520). Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.º. Data de Jugamento: 10//10/2002, Data de Publicação Dje: 18/11/2002.

STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1254141 / PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma. Data de Julgamento: 04/12/2012. Data de Publicação DJe: 20/03/2013.

STJ – RECURSO ESPECIAL. REsp 1.662.338/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 12/12/2017. Data de Julgamento: 10/09/2018. Data de Publicação: DJe 2/2/2018.

STJ, RECURSO ESPECIAL: REsp 1.190.180/RS, 4.ª T., j. Data de Jugalemtno: 16.11.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data dde Publicação Dje: 22/11/2010.

STJ – RECURSO ESPECIAL. REsp n. 1.591.178-RJ, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. Data de Julgamento: 25/4/2017, Data de Publicação DJe: 02/5/2017.

STJ – RECURSO ESPECIAL. REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, Data de Julgamento: 14/11/2017, Data de Publicação DJe 20/11/2017.

STJ – RECURSO ESPECIAL: Resp 985888 / SP (2007/0088776-1). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, T4 -- Quarta Turma, Data de julgamento: 16/02/2012. Data de Publicação: 16/02/2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico: reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil: v. 4. 12. ed.** – São Paulo: Atlas, 2012

Viana, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde**. 1ª edição. Millenium Editora. São Paulo/SP, 2012.

WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Pedro Bertollo Sperandio

Aluno, regularmente matriculado, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41507045 , Período matutino , Turma 10B ,

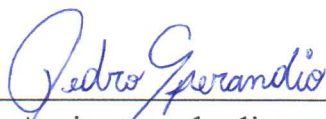
tendo realizado o TCC com o título: Aplicação Da Teoria Da Perda De Uma Chance Aos Casos De Responsabilidade Civil Proveniente De Erro Médico

sob a orientação do(a) professor(a): Prof. Ms. Márcia Maria de Barros Correa

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 14 de junho de 2020.


Assinatura do discente