

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-304-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – CURITIBA-PR, realizado em parceria com a UNICURITIBA, apresentou como tema central CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTETÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Uma tal temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão do papel dos atores sociais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”, na medida em que inequivocamente sensíveis transformações foram sentidas em relação aos institutos do Direito Civil que lastreiam as relações interpessoais que se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania.

Sob a coordenação do Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro -Universidade Estacio de Sá (UNESA /UNIRIO), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual, Mark Pickersgill Walker e Joana de Souza Sierra discorreram sobre a dificuldade de definição da autonomia privada decorrente do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade. Refletem sobre a ascensão e crise desses conceitos, tecendo considerações críticas e possíveis contornos para a autonomia.

Afonso Soares De Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho apresentaram o trabalho intitulado Usucapião extrajudicial e a função social dos cartórios, cujo foco centrou-se numa revisão das teorias possessórias abraçadas pelo sistema legal pátrio, bem como, por meio de pesquisa bibliográfica, revistas as espécies e características desse importante instituto de aquisição de propriedade e à função social dos cartórios.

Precedentes judiciais. Uma possibilidade de harmonização entre a liberdade e o conteúdo econômico do contrato, e sua função social, da autoria de Rodrigo Brunieri Castilho, abordou o instituto dos precedentes previstos no CPC/2015, como forma de colmatação e harmonização entre o publicização e o liberalismo contratual.

Os requisitos de admissibilidade da perda de uma chance em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Barbara Bedin e Rosemari Pedrotti de Avila, analisou o instituto da perda de uma chance relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo de caso, a partir de três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar qual o entendimento dos julgadores a respeito da temática, pela falta de legislação expressa.

Wagner da Silva Botelho de Souza e Isabel Gouvêa Mauricio Ferreira apresentaram o trabalho intitulado: “A evolução da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro: análise da aplicabilidade nos contratos de seguro”. Analisaram a evolução da boa-fé objetiva e sua aplicação nos contratos de seguro, buscando a compreensão deste princípio quando aplicado a uma modalidade contratual específica.

Fernanda Macedo Guimarães e Luiza Helena Gonçalves apresentaram o artigo intitulado: “O marco civil da internet e a polêmica dos bloqueios judiciais”, que promoveu uma leitura reflexiva em torno dos principais pilares da Lei nº 12.965/2014, entre eles a neutralidade, a privacidade e a responsabilidade, busca-se diagnosticar a legalidade e a eficácia destes bloqueios judiciais.

“A indenização da perda de uma chance: o que considerar? ”, da autoria de Bruno Terra de Moraes, discutiu a responsabilidade civil pela perda de uma chance como instrumento de tutela da pessoa humana em um contexto de aumento das hipóteses de danos ressarcíveis.

“Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva”, da autoria de César Augusto de Castro Fiuza e Bruno de Almeida Lewer Amorim, discutiram a prática da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, especialmente no que diz respeito à substituição da culpa pelo risco da atividade. Analisaram as causas excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo como referencial alguns julgados, de modo a perquirir se a jurisprudência reflete uma responsabilidade baseada no risco ou se a reparação segue se baseando na culpa.

Michely Vargas Delpupo e Jose Geraldo Romanello Bueno, apresentaram o trabalho intitulado: “Breves considerações sobre o contrato de corretagem ou de mediação à luz do

Código Civil brasileiro e legislações estrangeiras”, nele buscaram esclarecer os principais conceitos decorrentes do contrato de corretagem, bem como analisar as normas pertinentes que tratam destas questões do contrato de corretagem em nosso ordenamento jurídico e na legislação estrangeira.

“O negócio jurídico na empresa “pontocom” e aspectos de sua problemática no contemporâneo direito civil brasileiro” da autoria de Eliana Maria Pavan de Oliveira e Maristela Aparecida Dutra, traça parâmetros de delimitação do negócio jurídico virtual, aplicáveis metodicamente às Empresas “Pontocom” no âmbito das relações civis e consumo.

Tereza Rodrigues Vieira apresentou o trabalho intitulado: “A autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero e o reconhecimento da adequação do registro civil”, tendo como objetivo refletir sobre a autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero com vistas ao reconhecimento da sua identidade civil no tocante ao prenome e ao gênero atribuídos ao nascer.

“Tomada de decisão apoiada: uma reflexão acerca do novo instituto”, da autoria de Débora Nogueira Esteves e Lucas Campos de Andrade Silva promove uma breve reflexão acerca do novo instituto jurídico, previsto no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, instituída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, constituindo uma visão crítica sobre os desafios, perspectivas e possibilidades deste novo modelo que valoriza a autonomia da pessoa com deficiência e preza por sua inclusão no convívio social.

Eduardo Felipe Nardelli e Priscila Zeni de Sá apresentaram o trabalho intitulado: “Responsabilidade civil médica e perda de uma chance”, que aborda os dois casos em que poderá haver responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica.

“A responsabilidade civil dos notários e registradores” , da autoria de Carina Goulart da Silva e Guilherme Augusto Faccenda, investiga os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

Sob o título “Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares: entre a liberdade e a igualdade”, Thiago Penido Martins promoveu um estudo sobre a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, estão vinculados ao direito fundamental à igualdade.

Marcelo Farina de Medeiros apresentou o trabalho intitulado: “ Função social do contrato: da autonomia da vontade à eticidade”, objetivando contribuir com a análise da evolução das teorias contratualista, na perspectiva de uma quebra de paradigma, ensejando um marco histórico no Direito Negocial, a partir do qual a função social do contrato passa a reger a extensão da autonomia das partes.

O trabalho intitulado: “A publicidade comparativa sob aspectos da auto-regulamentação publicitária e consumeristas”, dos autores Leticia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo Da Silva Sant Anna, busca determinar se a publicidade comparativa se trata de prática ilícita que não deve ser admitida no ordenamento jurídico ou se pelos critérios do ordenamento pode ser praticada.

Jossiani Augusta Honório Dias e Muriana Carrilho Bernardineli apresentaram o trabalho intitulado: “A busca pelo belo e a responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica estética”, em que pela utilização do método indutivo, discutem a responsabilidade civil dos profissionais médicos na realização de cirurgias plásticas estéticas.

Finalmente, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Marcelo Pereira dos Santos apresentaram o trabalho intitulado: “Família, casamento e descompassos normativos do Código Civil Brasileiro no Século XXI” em que estabelecem uma interface entre vida prática, legislação vigente e fenômenos culturais vivenciados pelas famílias e analisam os descompassos normativos do Código Civil, demonstrando a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que venham a macular a dignidade humana.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC-MG

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E PERDA DE UMA CHANCE

MEDICAL LIABILITY AND THE LOSS OF A CHANCE

Eduardo Felipe Nardelli ¹

Priscila Zeni De Sa ²

Resumo

A responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica pode ser dividida em dois grupos: (i) casos em que o evento aleatório não foi até o seu fim por causa de uma conduta antijurídica que suprimiu qualquer possibilidade de sua ocorrência e (ii) casos em que o evento aleatório foi até o final e a conduta do agente apenas atuou como uma possível causa do dano, reduzindo a probabilidade de o prejuízo não vir a ocorrer. Nos primeiros a perda da chance pode ser considerada como dano autônomo, e nos segundos cabe discutir causalidade e reparação parcial.

Palavras-chave: Erro médico, Perda de uma chance, Nexo causal

Abstract/Resumen/Résumé

In medical malpractice, the loss of chance doctrine can be divided into two groups: (i) cases in which the aleatory event did not go until the end because the malpractice destructed the prospects of achieving the outcome (ii) cases in which the aleatory event went until the end but the wrongful conduct probably worked as a cause of the harm, reducing the prospects of achieving a more favorable outcome. In the first the lost chance can be considered as an autonomous category of damage, in the second it is viable to argue causation issues and the possibility of partial compensation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medical error, Loss of a chance, Causation

¹ Especialista em Direito Civil e Empresarial (PUC-PR). Bacharel em Direito (FURB). Advogado.

² Doutoranda (Unisinos), Mestre (PUC-PR), Professora da FURB. Professora da especialização na PUC-PR, Escolas da Magistratura do PR e SC.

1 INTRODUÇÃO

No sistema da responsabilidade civil contemporânea a doutrina pátria tem evoluído para atender de forma cada vez mais ampla situações de danos não amparados tipicamente pela legislação nacional. No que tange à atividade médica, há um elevado número de demandas judiciais contra danos e prejuízos que pacientes alegam ter sofrido em decorrência de um mau atendimento médico. Entretanto, nem sempre é possível estabelecer uma relação direta e imediata entre os prejuízos alegados pela vítima e a conduta do médico, tampouco a culpa deste é facilmente caracterizada. Assim, é pertinente se perguntar até onde vai a responsabilidade desses profissionais.

A partir desse tema central, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance acaba por amparar algumas situações que não teriam guarida na responsabilidade civil tradicional, pelo que se justifica seu estudo. Assim, necessário, portanto, uma abordagem de como o ordenamento jurídico brasileiro considera a viabilidade de aplicação da, relativamente nova, teoria da perda de uma chance e, caso essa resposta seja positiva, verificar de que modo ela é, ou deveria ser, aplicada e, por fim, chega-se ao problema do presente artigo: a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada em casos de responsabilidade civil médica? Tem-se uma hipótese, preliminar, afirmativa.

Estruturalmente abordar-se-á noções gerais sobre a perda de uma chance, dentre elas sua origem, pressupostos e principais críticas, bem como uma breve análise sobre sua aplicação no direito brasileiro. Após, adentrando na responsabilidade civil na seara médica, pretende-se analisar a extensão da responsabilidade desses profissionais em relação a seus atos durante as diversas fases da relação que envolve médicos e pacientes.

O objetivo da terceira e última parte é responder ao problema formulado e apresentar os contornos da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de responsabilização dos médicos pela perda de uma chance e verificar se ela é possível, sobretudo no direito brasileiro, tecendo, ainda, breves considerações sobre o valor da reparação da chance perdida.

Na elaboração deste estudo foi utilizado o método dedutivo de abordagem a partir da técnica de pesquisa a documentação indireta (documental e bibliográfica). Ele tem por escopo analisar e descrever os aspectos mais relevantes da teoria da perda de uma chance e suas hipóteses de aplicação à responsabilidade civil médica, sem, todavia, a pretensão de exaurir a matéria.

2 A PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem como principal origem a doutrina francesa quando utiliza a palavra chance, em sua acepção jurídica, como “a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda.” O que seria mais bem expressado, no Brasil, pelo termo oportunidade (SAVI, 2006, p. 3). Nessa linha, Santos (1999, p. 110) conceitua a perda de uma chance como a frustração, através de uma conduta antijurídica, de uma oportunidade em que seria alcançado um êxito. Corresponde, portanto, à reparação devida à vítima lesada pela frustração de uma probabilidade (chance de ocorrer o resultado final) que foi obstada por uma conduta danosa do agente responsável. Assim, a característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade (SANSEVERINO, 2010, p. 166). Por essa característica, a perda da chance é um dano presente, porque, em regra, é a conduta danosa que afasta todas as probabilidades de um evento futuro (SAVI, 2006, p. 19).

Existem diversas construções doutrinárias que buscam classificar, dentro de categorias jurídicas já existentes, a perda de uma chance; o fazem ora como uma modalidade de nexos causal e ora como uma categoria de dano específico (SILVA, 2013, p. 12).

Segundo Silva (2013, p. 50-53), os autores que consideram a perda de uma chance como forma de mitigação do nexos causal – como Jacques Boré e John Makdisi – têm como argumento principal a indissociabilidade da chance com o dano final, isto é, a perda da chance, por si só, não representa – para esses autores – um prejuízo. O dano só subsiste porque houve a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima. Desse modo, o dano causado pela chance perdida não pode ser considerado como uma categoria de dano autônomo, mas apenas como uma causa que concorreu, parcialmente, para a produção do prejuízo final, que deverá, por conseguinte, ser indenizado parcialmente.

Essa classificação é criticada porque, nos ordenamentos jurídicos que adotam as teorias da causalidade adequada ou necessária – caso do Brasil –, a responsabilização do agente ocorre segundo a fórmula “tudo ou nada”, ou seja, ou é identificada uma causa que, isoladamente, poderia causar ou efetivamente causou o dano, também denominada de causa necessária ou adequada – e neste caso condena-se o agente à reparação integral – ou não se constata como causa necessária ou adequada a conduta do agente, eximindo-o da responsabilidade (HIGA, 2012, p. 177). Assim, a adoção de uma teoria alternativa do nexos de causalidade, a da causalidade parcial, possibilitaria a condenação do réu mesmo que não comprovada sua culpa ou o liame de causalidade entre sua conduta e o dano (SILVA, 2013, p. 58).

Argumentando de forma contrária, há autores que entendem que não é necessária a adoção da causalidade parcial para validar a reparação pela perda de uma chance. Seria necessária, apenas, por meio das cláusulas gerais de responsabilidade, uma abertura semântica do conceito de dano indenizável, para que a chance perdida fosse tutelada pelos diferentes ordenamentos jurídicos (SILVA, 2013, p. 76). Defende-se, assim, que as chances perdidas têm um caráter autônomo, isto é, estão definitivamente separadas da vantagem ou dano final. Se entre a conduta antijurídica do agente e o dano final, que é hipotético, não há causalidade adequada ou necessária, impossibilitando a reparação pela vantagem esperada – mesma premissa da teoria que defende a utilização de uma causalidade parcial –, deve-se olhar pela perspectiva da chance frustrada, pois assim, é plenamente possível identificar uma causa adequada ou necessária, desde que fique comprovado que a conduta culposa do indivíduo interrompeu um processo aleatório e, conseqüentemente, acabou com as chances da vítima (SILVA, 2013, p. 19-20).

Com a aceitação desta classificação, ou seja, considerando a chance perdida como uma nova categoria de dano, superam-se os argumentos sobre a incerteza do prejuízo, porquanto não se procura reparar o êxito futuro, que, aliás, realmente é incerto, mas reparar uma situação passada que era certa. Se a vítima tinha uma chance que lhe foi tolhida, esse é seu verdadeiro prejuízo, ainda que, em alguns casos, de ordem exclusivamente moral (HIGA, 2012, p. 58).

Entretanto, Silva (2013, p. 254) defende que ambas as classificações podem ser utilizadas e que uma não exclui a aplicação da outra. Para isso, as hipóteses de responsabilidade pela perda de uma chance devem ser divididas em dois grandes grupos. O primeiro grupo caracterizado pelas situações em que o processo aleatório em que estava o ofendido é completamente obstruído pelo ato danoso de outrem antes de atingir um resultado, tolhendo todas as suas chances de atingir um êxito ou evitar um dano. Nesses casos, a melhor solução é a utilização da chance perdida como uma espécie de dano autônomo. O segundo grupo, por sua vez, abrange os casos em que a ação do ofensor não interrompe o processo aleatório em que se encontrava a vítima, resultando somente na redução das chances do ofendido de conseguir o resultado almejado ou de evitar um prejuízo. Nessa hipótese, a conduta antijurídica do agente atua de forma parcial na perda da chance da vítima, portanto, a solução mais adequada seria utilizar uma noção de causalidade parcial. A situação que melhor exemplifica os casos do segundo grupo são os casos de responsabilidade médica, razão pela qual essa divisão será mais bem analisada adiante.

Dito isso, e considerando que – inobstante as divergências quanto à classificação da perda de uma chance – ambas admitem que é possível sua aplicação, para que a chance

perdida seja reparável são necessários alguns requisitos. Majoritariamente, a doutrina aponta dois requisitos: a chance deve ser séria e real (NORONHA, 2003, p. 674; SANSEVERINO, 2010; HIGA, 2012, p. 82). Há, ainda, autores que exigem a atualidade da chance, embora, como demonstra Higa (2012, p. 82), a atualidade acaba comprometendo a seriedade e a certeza, “pois, efetivamente, quanto mais o momento é distante, mais se torna verossímil que as circunstâncias exteriores, de algum modo, impeçam a concretização das chances.”

A certeza do dano é um dos requisitos indispensáveis para sua reparação. O termo chance, ao revés, exprime uma ideia de probabilidade, de incerteza, de sujeição ao acaso. Em uma primeira análise, portanto, a reparação da chance perdida consistiria em um paradoxo, e de fato foi assim considerada por muito tempo. Todavia, essa contradição – que é inerente a esse instituto – foi superada quando o eixo da discussão foi deslocado do dano futuro incerto para o passado certo, representado pelo interesse jurídico lesado – a chance perdida. Portanto, quando se fala em perda de uma chance, há, evidentemente, um aspecto imprevisível que é a concretização ou não do resultado pretendido, mas, ao mesmo tempo se afirma a existência da chance, que é passada e certa, e é também passível de valoração econômica (HIGA, 2012, p. 61-64; NORONHA, 2003, p. 667).

Além da certeza do dano, é preciso que a chance, para ser indenizável, seja real e séria (SAVI, 2006, 10-12). A chance será real quando existir uma probabilidade, ainda que pequena, de o evento futuro acontecer. Exemplifica-se: um paciente incurável de câncer acredita, por motivos religiosos, que tem uma chance de superar a enfermidade. Neste caso a chance é unicamente subjetiva, não há uma probabilidade real de que isso aconteça, portanto, essa chance não é relevante para o direito. Outro requisito é a seriedade da chance, cumulativa realidade (HIGA, 2012, p. 82-85). Fixadas as bases teóricas da perda de uma chance, faz-se necessária uma análise de sua aplicação no direito brasileiro.

O Código Civil brasileiro (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002), a semelhança do que ocorre em França e Itália, prevê, em seus artigos 186 e 927, a chamada cláusula geral de responsabilidade baseada no ato ilícito. Adotou, portanto, um conceito amplo de dano, possibilitando a inserção da chance perdida – desde que sérias e reais – dentro da categoria de dano indenizável (SAVI, 2006, p. 84).

Historicamente, a perda uma chance pode ser entendida como uma consequência da criação da responsabilidade objetiva, devido a alteração do paradigma individualista – de imputação do fato a um agente –, para o solidarista – que se preocupa mais com a reparação do dano sofrido do que em identificar um culpado. Não é, todavia, uma forma de responsabilidade objetiva e pode ser aplicada em ambos os casos, tanto com fundamento na

culpa, nos casos de responsabilidade subjetiva, quanto na responsabilidade objetiva, fundada no risco (GONDIM, 2010, p. 54). É importante que se diga que a reparação das chances perdidas não tem aceitação uniforme nos ordenamentos jurídicos, mesmo em França, berço da teoria. No Brasil, a teoria foi aplicada somente a partir da década de 90 do século XX e, de forma tímida, vem se destacando nas decisões judiciais que versam sobre o tema (GONDIM, 2010, p. 51). Mas apesar das divergências quanto à natureza jurídica da perda de uma chance – por vezes classificando-a como uma categoria específica de dano ou como um dano emergente ou, ainda, como uma nova forma de se analisar o nexo causal –, os autores brasileiros, em sua maioria, partilham o entendimento de que é possível a aplicação dessa teoria no direito brasileiro (SILVA, 2013, p. 196; SAVI, 2006, p. 43; NORONHA, 2003, p. 668).

No Brasil, o primeiro caso de que se tem registro envolvendo a teoria da perda de uma chance ocorreu em 1991, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, num caso de negligência em contrato de prestação de serviços de advogado, além da palestra proferida pelo professor François Chabas em 1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, bem como o caso conhecido como “Show do Milhão”, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 788.459/BA, em todos os casos defendeu-se a indenização apenas da chance perdida (GONDIM, 2010, p. 52; HIGA, 2012, p. 48-50, 92). Merece destaque o REsp nº 1.254.141/PR, no qual o STJ classificou a perda de uma chance de cura ou sobrevivência como uma categoria autônoma de dano, concedendo indenização à família da paciente falecida.

Por tudo isso, vê-se que a reparação das chances perdidas não encontra nenhum entrave para sua aplicação no Brasil, mas que ainda é um caminho a ser construído pelo direito brasileiro, principalmente no desenvolvimento de parâmetros mais rígidos para uma aplicação sistemática da teoria (SILVA, 2013, p. 239).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA MÉDICA

A medicina não é infalível e o profissional médico é passível de incorrer em falhas nas suas atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde humana. Essas possíveis falhas representam, tanto para o médico quanto para o paciente, um risco, o qual é assumido, também por ambos, em decorrência da própria natureza da atividade médica, porquanto exercida por um ser humano – sempre sujeito a erros. Qualquer procedimento adotado por um médico, ainda que simples e consolidado pela doutrina médica, apresenta risco. O risco se faz

presente do início ao fim da atividade médica (ALCÂNTARA, 1971, p. 171). Observa Alcântara (1971, p. 228) que a atuação médica, vista por esse ângulo (da criação de riscos), apresenta um cenário contraditório, porque embora o objetivo do profissional da medicina seja preservar a saúde humana, sua atuação é baseada na criação de riscos ao paciente. Entretanto, o risco tem uma face dupla, existe o risco de o procedimento adotado causar um dano, mas também existe o risco de o doente reencontrar sua saúde. É por isso que se pode dizer que ambos, médico e paciente, assumem riscos na atividade médica.

Nas últimas décadas os riscos da atividade médica parecem ter aumentado, elevando, conseqüentemente, os danos causados por profissionais da medicina. Nessa linha, Cavaliere Filho (2012, p. 402), com base em um relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgado em 21.07.2011, afirma que o elevado número de mortes decorrentes de erros médicos e infecções hospitalares “faz com que ir para o hospital seja mais arriscado que viajar de avião.” Contribuem também para essa situação a má formação dos profissionais de medicina, a enorme carga de trabalho a que estes são muitas vezes submetidos, a infraestrutura precária, a má aplicação e o baixo investimento dos recursos públicos na área da saúde. Além disso, houve uma mudança na forma como a sociedade vê os médicos: não existe mais o médico da família, pessoa de confiança sobre a qual não se colocavam dúvidas nem se cogitaria em ingressar com uma ação judicial – contribuindo para essa situação o caráter mercantil com o qual se revestiu a medicina (KFOURI NETO, 2003, p. 17-31). Sem embargo do desprestígio que assola a atividade médica atualmente, perceptível na falta de confiança dos pacientes e no aumento de demandas judiciais contra esses profissionais, a profissão da medicina continua sendo “de primordial interesse social”, porque busca a proteção da saúde humana e a efetivação do direito fundamental à saúde (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 6º; KFOURI NETO, 2010, p. 29).

No que tange à responsabilidade desses profissionais, após o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (BRASIL. Lei nº 8.078, 1990), a responsabilidade contratual do médico ganhou contornos específicos, porquanto passou a ser tratada como uma relação de consumo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403). Como esclarece Schaefer (2006, p. 42), “Com o CDC restaram ‘classificados’ os médicos (profissionais liberais) e instituições médicas como fornecedores (CDC, art. 3º) e os pacientes como consumidores finais da prestação de serviços (CDC, art. 2º).”

Desse modo, é preciso analisar a questão sobre dois ângulos distintos: a prestação de serviços feita pessoalmente pelo médico e a prestação de serviços feita de forma empresarial, realizada em hospitais, clínicas e laboratórios. No primeiro caso – prestação de serviços feita

pessoalmente pelo médico – a responsabilidade é subjetiva, sendo necessária prova da culpa do profissional, conforme estabelecido no artigo 14, § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (BRASIL. Lei nº 8.078, 1990). No segundo caso, a responsabilidade da pessoa jurídica será objetiva, independentemente de aferição de culpa. Em ambos os casos, repita-se, há uma relação de consumo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403).

Assim, no âmbito da responsabilidade civil médica, em regra, ao paciente cabe comprovar a inexecução da obrigação por parte do médico – ônus que decorre da obrigação de ser demonstrar que o dano sofrido decorreu de negligência, imperícia ou imprudência no exercício da atividade profissional (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, art. 951). Porém, sendo o paciente a parte hipossuficiente nesta relação contratual ou diante da verossimilhança de suas alegações, o ônus da prova poderá ser invertido, tendo o médico que provar que não incorreu em culpa – dada a tecnicidade da prova a ser produzida (BRASIL. Lei nº 8.078, 1990, art. 6º, VIII).

Ainda, na lição de Sebastião (2003, p. 87) o contrato de prestação de serviços médicos é, em regra, de meios porque tem por objeto o empenho profissional e não o resultado; não havendo, dessa forma, um direito à cura, mas a uma atuação profissional conscienciosa e atenta. As exceções são aquelas em que o resultado é obrigação do profissional da saúde, não bastando apenas o emprego dos meios disponíveis. Os exemplos mais comuns são a cirurgia plástica de cunho estético e voluntário (meramente embelezadora) e a anestesia – nestes casos a obrigação é tanto de resultado quanto de meios, porque além das obrigações de cuidado e empenho técnico o médico se obriga a um resultado satisfatório. Isso não significa, porém, que a responsabilidade do médico anestesista ou cirurgião plástico seja objetiva, os pressupostos para sua responsabilização são iguais (KFOURI NETO, 2010, p. 169), , ainda que em alguns casos possa se presumir a culpa.

Desse modo, a distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meios é importante, essencialmente, para determinar a distribuição do ônus da prova na demanda judicial. De acordo com Sebastião (2003, p. 93-94) deve-se analisar quem assume o risco do contrato. Se o risco é assumido pelo contratante (o paciente, no caso do contrato de prestação de serviços médicos) a obrigação será de meio, cabendo à vítima, de modo geral, provar a culpa do profissional da saúde. Por outro lado, quando o risco é assumido pelo contratado (neste caso, o médico), caberá a ele comprovar que por motivos alheios à sua vontade o resultado não se concretizou. A obrigação pode, ainda, ter caráter dúplice (de meios e de resultado), situação em que ambas as partes têm o dever de produzir a prova, cada qual dentro de suas possibilidades. Portanto, na obrigação de meios, o paciente deve, em regra, comprovar

a conduta culposa do médico, o defeito ou inadequação do serviço prestado, o dano sofrido e o liame de causalidade. Nada obstante, o contrato de prestação de serviços é composto também por deveres secundários, inerentes à atividade médica, como os deveres de informação e de vigilância (KFOURI NETO, 2002, p. 84, 234)

Em relação à conduta culposa desses profissionais, “Há quem diga que não se deve falar em erro médico, mas em erro do médico.” (MELLO FILHO, 2011, p. 334), isso porque não se pode confundir o malogro do tratamento médico com a conduta culposa do profissional da medicina – nem sempre o insucesso do procedimento adotado terá como causa a imprudência, negligência ou imperícia do médico. No entanto, usar-se-á neste trabalho a expressão “erro médico”, por ser a mais difundida na literatura jurídica. Antes de tudo, é importante distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontrollável (FRANÇA, 2003, p. 208).

O chamado erro médico decorre do descumprimento dos deveres de diligência e cuidado profissional do médico, incluídos aí o uso adequado da técnica profissional e o dever de informar adequadamente o paciente e a seus familiares. Assim, o erro médico pode ser definido como uma “conduta *voluntária* ou *involuntária*, direta ou indireta, caracterizada como conduta profissional *imperita*, *imprudente* ou *negligente*, que causa *dano* ao paciente.” (SEBASTIÃO, 2003, p. 89, destaque no original).

Portanto, de acordo com Schaefer (2006, p. 61), erro médico nada mais é do que uma falha no exercício profissional, que resultou em um dano não esperado, decorrente da atuação do profissional médico – comprovado, em regra, através de perícia. Pode-se, então, identificar os elementos constitutivos do erro médico: uma conduta, maculada pela culpa (em qualquer de suas três formas), que causa um dano ao paciente.

Por outro lado, acidente imprevisível é uma situação em que há um dano ao paciente, resultante de caso fortuito ou de força maior, que era impossível de ser previsto e evitado tanto pelo médico quanto por qualquer outro que estivesse em seu lugar. Neste caso, por óbvio, não há como responsabilizar o médico, diante da presença de uma excludente do nexo causal (FRANÇA, 2003, p. 208). Destarte, o médico não pode ser responsabilizado pelo resultado incontrollável se mesmo envidando todos os esforços e adequados o dano aconteceu, porquanto sua obrigação para com o paciente, via de regra, é de meios e porque responde somente se atuar com culpa.

Demais, França (2010, p. 208) divide o erro médico em pessoal e estrutural. O erro médico será de ordem pessoal quando a conduta antijurídica advier da insuficiência técnica e/ou intelectual do profissional; será de ordem estrutural quando as condições de trabalho e os

equipamentos disponíveis forem insuficientes para uma solução adequada ao paciente.

Há, ainda, autores que diferenciam o erro médico do erro profissional. Erro profissional, nas palavras de Sebastião (2003, p. 71-72, grifo no original), “é um simples *equivoco*, sem culpa, que pode ocorrer em todas as circunstâncias do exercício da Medicina.” Ou seja, trata-se de erro não grosseiro, escusável, inteiramente justificável diante das circunstâncias fáticas, que ocorre, principalmente, quando o médico emprega uma técnica não muito boa, mas preconizada pela medicina. Logo, como não há culpa do médico, não há que falar em responsabilização.

Em relação às suas consequências, o erro médico pode desencadear consequências em três esferas distintas, concomitante ou isoladamente, a depender do caso: administrativa, civil e criminal. A infração administrativa se dá no âmbito profissional, isto é, é apurada e, se for o caso, aplicada a punição pelo órgão de fiscalização profissional, no caso dos médicos o Conselho Regional de Medicina onde o profissional estiver inscrito. A infração criminal, por sua vez, só poderá ser apurada através de regular processo judicial (SEBASTIÃO, 2003, p. 89). O ilícito civil, ponto de análise deste artigo, ensejará – mediante processo judicial – a reparação civil à vítima, se o dano decorrer de erro culposo do médico.

Bilancetti (*apud* KFOURI NETO, 2002, p. 84) indica que o erro pode ocorrer em fases distintas do procedimento médico: erro de diagnóstico que ocasiona erro de tratamento; diagnóstico correto e escolha equivocada do tratamento; diagnóstico e tratamento corretos, mas execução inapropriada da terapia e escolha equivocada do tratamento por erro de prognóstico. As falhas técnicas, relativas ao exercício da medicina, podem ser divididas em: erro de diagnóstico, erro de tratamento, erro de prognóstico, falta em intervenções cirúrgicas, falta de higiene e erros cometidos por outros profissionais pertencentes à equipe médica (SCHAEFER, 2006, p. 64). Como ensina Kfoury Neto (2010, p. 89), a dificuldade na análise do erro médico repousa sobre a questão da culpa e do nexo causal, porque o dano é facilmente constatado por meio de perícia técnica e o atendimento médico é, normalmente, incontroverso.

Em relação ao nexo de causalidade, no âmbito da responsabilidade médica há apenas que se perquirir se o prejuízo sofrido pelo paciente é realmente decorrente da imprudência, negligência ou imperícia do médico ou de fatos estranhos à conduta deste profissional (SCHAEFER (2002, p. 81). Entretanto, essa constatação nem sempre é fácil – na maioria dos casos, é bastante difícil. Como aduz Giostri (1999, p. 73), “Às vezes, o erro é nítido e gritante mas, na maioria das vezes, não é isso o que ocorre.” Demais, “fatores concorrentes diversos podem vir a interferir no resultado final sem que deles o médico tenha a menor

responsabilidade”.

É importante também levar em consideração os casos em que o paciente já tem seu estado de saúde debilitado devido a uma patologia preexistente. São duas as questões que se colocam neste caso, a saber: se o dano teve como causa a doença antecedente ou se foi o médico que, desconsiderando essa doença, causou o dano. Para Giostri (1999, p. 73) a doença antecedente que causa um dano ao paciente – sequela ou óbito – só atua como excludente do nexo de causalidade se o médico tinha conhecimento dela e atuou com todos os meios que estavam a seu alcance, ficando demonstrado que o prejuízo ocorreu por causa da doença e não por culpa do médico.

Por fim, excluem a responsabilidade do médico pelos danos sofridos pelo paciente todos os eventos que não puderem ser previstos ou que, mesmo previsíveis, forem inevitáveis – caso da iatrogenia, que, como visto, é um fortuito externo em matéria médica. (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 71). Essas excludentes são tanto as de ilicitude, porquanto a responsabilidade médica é fundada na culpa, quanto as que rompem o nexo de causalidade (força maior e caso fortuito, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro).

É certo que, em decorrência da natureza da obrigação e de disposições legais (BRASIL. Lei nº 8.078, 1990, art. 14, § 4º), para que ocorra a responsabilização civil do médico é necessária a prova de que ele agiu com culpa (DIAS, 2006, p. 334).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E PERDA DE UMA CHANCE

Os primeiros casos que transportaram a perda de uma chance para a área médica ocorreram em 1965 e 1966, em França. O primeiro foi julgado pela Corte de Cassação, que mesmo absolvendo o médico entendeu que seu erro de diagnóstico subtraiu algumas chances de cura do paciente; o outro – julgado pela Corte de Apelação de Paris – condenou um médico pela perda de 80% das chances de cura de um paciente (SILVA, 2013, p. 83).

Após esses dois julgamentos, Savatier se manifestou contra a utilização das categorias de perda de uma chance de cura e perda de uma chance de sobrevivência, asserindo que não é possível, nesses casos em que o dano final não é uma mera hipótese – pois ele efetivamente ocorre –, condenar o réu pela chance perdida sem utilizar a noção de causalidade parcial, solução que entendeu não ser adequada. Essa manifestação deu origem à posição doutrinária que, ainda hoje, é majoritária em França, isto é, de que não é possível a condenação do profissional médico pela perda de uma chance de cura ou de sobrevivência de um paciente, diante da incerteza sobre o nexo de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido pelo

paciente (SILVA, 2013, p. 83-84).

A mesma posição defende Bocchiola (*apud* SAVI, 2006, p. 24), para quem a perda de uma chance só pode ser utilizada em matéria médica se a vítima tinha uma chance preexistente e não há possibilidade de se prever o resultado (cura ou morte). Portanto, falar em perda de uma chance nos casos em que o evento aleatório foi até o fim, é confundir conceitos, pois a conduta culposa do médico não fez com que o paciente perdesse uma chance, mas foi apenas uma possível causa do dano final. Sendo assim, como a chance de cura só passou a existir para a vítima a partir da intervenção médica e o dano final ocorreu, o eixo da discussão deve ser deslocado para o campo da causalidade, sendo inadequado tentar resolver o problema conforme as soluções adotadas nos casos de perda de uma chance (SAVI, 2006, p. 25).

A jurisprudência francesa, contudo, firmou suas decisões no sentido de admitir os casos de perda de uma chance em matéria médica, tanto naqueles casos em que o erro médico tolheu todas as chances da vítima como aqueles em que é preciso lançar mão da noção de causalidade parcial (SILVA, 2013, p. 156-157).

Fez-se, então, uma distinção entre casos de perda de uma chance clássicos – em que a conduta do agente elimina, por completo, as chances da vítima de obter um êxito futuro – e os casos de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência – em que o processo aleatório em que está o ofendido chega até o fim. Posicionando-se de um lado a doutrina francesa, majoritariamente contrária à reparação nos casos de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, e de outro a jurisprudência, acolhendo os pedidos de perda de uma chance na seara médica (SILVA, 2013, p. 105).

Em relação a essa divisão, esclarece Penneau (1990 *apud* SILVA, 2013, p. 86-87, grifo do autor):

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito

ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.

Em outros termos, nos casos de responsabilidade civil médica, em regra, a análise das chances perdidas não será em direção ao um evento futuro provável, uma vez que após o fim do tratamento ou procedimento cirúrgico, o dano sofrido pelo paciente é absolutamente certo. Portanto, existe diferença entre a reparação retrospectiva da perda de uma probabilidade passada e incerta de causar um dano e a reparação de uma perda para o futuro (SILVA, 2013, 84).

Nos casos de perda de uma chance em que a conduta do agente acaba com todas as probabilidades de o evento futuro ocorrer, a álea, isto é, o imprevisível, está no dano, que é representado pelo resultado, pois é no dano final que está a ignorância sobre os acontecimentos. De outra feita, na perda de uma chance em que se sabe o resultado final, o imprevisível, a álea, reside nonexo de causalidade, porque não se pode precisar se a conduta antijurídica do réu foi condição necessária ou adequada do dano final, embora exista a certeza de que há essa probabilidade (HIGA, 2012, p. 176-177).

Essa diferenciação também é feita, de maneira similar, por Noronha (2003, p. 668), que as denomina de frustração da chance de obter uma vantagem futura (utilizada nos casos clássicos) e frustração da chance de evitar um dano que aconteceu (utilizada principalmente na seara médica), subdividindo esta, ainda, em perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação.

Contudo, para Silva (2013, p. 85), mais adequada do que a divisão dos casos de perda de uma chance entre casos clássicos e casos de responsabilidade médica, seria a divisão em: situações em que o evento aleatório é interrompido pela conduta do agente, impossibilitando a vítima de chegar ao resultado final, e situações em que o evento aleatório chega até o fim, subordinando, dessa forma, as chances da vítima ao resultado final. Essa proposta é, de fato, a que atende de forma mais completa as exigências sistemáticas de aplicação da teoria (LOVATO NETO, 2012)

Os casos de responsabilidade médica, normalmente, se enquadram no segundo grupo, em que o dano final é conhecido – deslocando, assim, o eixo da discussão para o campo da causalidade e afastando qualquer dúvida sobre a certeza do dano –, porém, a perda de uma chance pode ser utilizada, em outras situações da seara médica, como uma categoria específica de dano, sendo necessário perquirir se o ato médico obstou todas as chances da vítima ou atuou parcialmente para a concretização do dano final. Se acabou com todas as probabilidades, a chance perdida reveste-se de um caráter autônomo, ao revés, se atuou concorrentemente, utiliza-se uma noção de causalidade parcial para determinar o prejuízo

(LOVATO NETO, 2012).

A propósito, se o erro médico se enquadrar no segundo grupo, o paciente só terá direito à reparação se da conduta culposa advir algum prejuízo, isto é, se o paciente não apresentar nenhuma sequela e/ou se recuperar no tempo normal (razoavelmente previsto para pacientes que apresentem o mesmo quadro clínico), não haverá indenização alguma, por falta do pressuposto central da responsabilidade civil: o dano (POLI; POLI, 2012).

Vê-se, assim, que a diferença entre esta divisão proposta por Silva (2013) e a propagada em França, é que esta considera a natureza da causa a ser discutida, isto é, a matéria médica. Já aquela leva em conta o desenrolar dos fatos, por isso, dependendo do curso do evento aleatório, o caso restará enquadrado no primeiro ou no segundo grupo, independentemente da natureza da matéria discutida.

Aliás, Silva (2013, p. 101-102) cita como exemplo de perda de uma chance típica na seara médica um caso julgado em 1985, em França: uma paciente colou no quadril uma prótese que, inadequadamente fixada aos tecidos e ossos, caiu. A perícia médica constatou que a fixação inadequada poderia ocorrer mesmo que o médico houvesse procedido segundo a técnica mais avançada. Porém, no caso, os tecidos da paciente haviam sido fragilizados devido a uma cobaltoterapia realizada – pelo mesmo médico – antes da colocação da prótese, o que retirou todas as chances de sua fixação adequada. Finalmente, o médico foi condenado pelo tribunal porque obstou, ao realizar a cobaltoterapia, todas as chances de a paciente ter a prótese adequadamente fixada, não restando possível, todavia, saber qual seria o desfecho do procedimento se o tratamento inadequado não houvesse sido prescrito.

Para Noronha (2003, p. 680) o problema principal nesses casos é saber se o médico deve reparar o dano, integral ou parcialmente, quando houver prescrito um tratamento equivocado, ocorrendo um agravamento da patologia e não se souber se causa é o erro do médico ou a própria doença. Com efeito, se a causa do agravamento da doença for conhecida, não há que se falar em perda de uma chance. Se for devido somente à doença, não há culpa do médico; se ocorreu exclusivamente o erro do médico, este será integralmente responsabilizado e, ainda, se os dois fatores concorrerem, e se tem certeza disso, o médico responderá pela concausalidade concorrente.

Os principais argumentos contrários a adoção da teoria na seara médica asserem que sua aplicação pode aumentar os custos da medicina, tendo em vista que, diante do aumento do número de condenações, os profissionais dessa área começariam a contratar seguros de responsabilidade e a repassar os custos desse risco aos pacientes. Aumentariam também, por certo, o número de demandas judiciais. Ainda, há os que dizem que a adoção de uma

causalidade parcial autorizaria o juiz a condenar o médico mesmo que não tivesse certeza de sua culpa (SILVA, 2013, p. 248-249).

Ao revés, a aceitação da perda uma chance em casos de responsabilidade civil médica tem por fundamento, principalmente, o caráter pedagógico da medida, ou seja, a indenização deve desmotivar o agente, e toda a sociedade, de praticar novos atos danosos. Aumentando, dessa forma, o cuidado, a diligência e o zelo dos médicos para com seus pacientes (SILVA, 2013, p. 248-249). Também é pertinente a observação de Higa (2012, p. 178):

A Medicina, em geral, assim como a Advocacia, é obrigação de meio, de modo que nem sempre é possível precisar em que medida determinada conduta (omissiva ou comissiva) causou o dano. Nesses casos, o recurso à teoria da perda de uma chance representa solução de justiça, que não condena na totalidade do dano sem a “certeza” do nexa causal, mas também não deixa impune o réu que praticou um ato ilícito que contribuiu, com relevante probabilidade, para o evento danoso.

A reparação das chances perdidas em matéria médica não exige esforços extraordinários do médico, além dos avanços científicos, mas faz um exame, através da estatística (ramo avançado no campo da medicina, relacionando a atuação do médico com o grau de probabilidade de um resultado favorável), de acordo com o estágio atual de conhecimento e desenvolvimento científico, de qual seria a conduta ideal a ser adotada pelo médico diante de um determinado quadro clínico. Logo, se o médico, culposamente, não atuou da forma razoavelmente prevista, pode-se afirmar que ele definitivamente obstou uma chance de cura, e havendo um prejuízo posterior, a perda da chance deverá ser reparada proporcionalmente ao grau de probabilidade que tinha a vítima de alcançar a cura ou de sobreviver (LOVATO NETO, 2012).

A conclusão, portanto, é a seguinte: adotando o posicionamento de Silva (2013, p. 244-245, 252-253), os casos de perda de uma chance podem ser divididos em dois grupos, independentemente se tratam de matéria médica ou não. Dessarte, nos casos em que o processo aleatório foi até o final, é necessária a utilização de uma causalidade parcial para que se aplique a teoria da perda de uma chance, constituindo, portanto, uma exceção ao modelo atual de responsabilidade civil existente no Brasil – que somente deve ser utilizada como opção subsidiária, ou seja, quando esgotadas todas as possibilidades de utilização das teorias clássicas do nexa causal. Aplicada nessas circunstâncias, e respeitando os requisitos do dano certo e das chances sérias e reais, a aplicação da teoria da perda de uma chance pode ser compreendida como uma evolução do nexa causal.

O contrato entre médico e paciente é, regra geral, de meios, porquanto o risco é

inerente à atividade, e o paciente só pode responsabilizar o médico se comprovar que este incorreu em culpa. Todavia, determinados contratos médicos, como a cirurgia plástica meramente estética e voluntária, preveem a obtenção de um resultado, que depende somente da conduta do médico, ou seja, é dele a responsabilidade caso o contrato não chegue ao fim esperado (SEBASTIÃO, 2003, p. 95). Com efeito, quando a obrigação for de meio, será mais difícil para a vítima comprovar que a conduta do médico tolheu suas chances de cura ou de sobrevivência, tendo em vista que não é obrigação do médico alcançar a cura do paciente, mas somente empregar todos os meios disponíveis e atuar com zelo técnico. Por outro lado, quando a obrigação do médico for de resultado sua culpa será presumida, facilitando, do ponto de vista da vítima, a reparação das chances perdidas.

O médico tem o dever de cuidado para com o paciente, desde o primeiro atendimento até a última fase do tratamento médico, incluindo, ainda, o acompanhamento posterior. A inobservância desse dever pode caracterizar a culpa desse profissional, sobretudo sob a forma de negligência. Assim, mesmo sendo a patologia do enfermo uma das causas dos prejuízos sofridos, diante da obrigação jurídica de cuidado e zelo do médico – quando não se pode afirmar que sua conduta foi a causa necessária do dano sofrido pelo paciente, mas há uma probabilidade real e séria de que influenciou o resultado danoso – é possível responsabilizá-lo parcialmente pelo dano final (KFOURI NETO, 2002, p. 99-100).

É importante que se diga que a perda de uma chance não é, entretanto, uma modalidade de responsabilidade objetiva. Como já examinado, pode ser utilizada tanto nos casos de responsabilidade subjetiva quanto objetiva. Na seara médica, por conseguinte, é necessário, em regra, um erro culposo, omissivo ou comissivo, na atuação do médico, que reflita na perda efetiva da chance não agravamento da doença, eliminação de sofrimento desnecessário, retardamento da morte etc. (SEBASTIÃO, 2003, p. 71).

Tanto nos casos clássicos de perda de uma chance como nas demais modalidades, será o grau de probabilidade que definirá o valor da indenização. Assim, só será possível a reparação da chance perdida quando for possível calcular a probabilidade que existia, no momento do ato danoso, de o êxito futuro ocorrer ou de o dano ser evitado (NORONHA, 2003, p. 666).

É possível dizer, portanto, que a regra fundamental para fixação do valor da indenização nesses casos é a de que a reparação da chance perdida sempre será inferior ao valor da vantagem esperada pelo ofendido, mesmo nos casos de dano exclusivamente moral (SILVA, 2013, p. 143). Da mesma forma De Cupis, para quem “a chance de vitória *terá sempre valor menor* que vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.” (SAVI,

2006, p. 11, grifos do autor).

Isso não significa que não é possível a reparação integral das chances perdidas (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, art. 944), mas apenas que o que se busca reparar, como dito ao longo deste capítulo, não é o dano final, pelo menos em princípio. Nesse sentido, esclarece Sanseverino (2010, p. 174) que não se afasta o princípio da reparação integral que continua tendo incidência, mas a indenização se dará do “modo mais completo possível a chance perdida pelo lesado, cujo montante deve ser fixado por arbitramento judicial” indicando, inclusive a regra da “desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão dos danos”.

A propósito, não há que se confundir a cláusula geral de redução da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002), com a indenização baseada no grau de probabilidade. Os dois institutos são distintos porquanto a redução prevista pelo artigo 944 do Código Civil é fundamentada pela desproporção entre a culpa do agente e o dano sofrido pela vítima, ao revés, a indenização da chance perdida repousará sobre o dano, o nexo causal e a probabilidade que a vítima tinha de alcançar o resultado final, não levando em consideração a culpa do agente (SANSEVERINO, 2010, p. 173).

Por outro lado, nos casos de perda de uma chance onde o evento aleatório foi até o seu fim, como já explicitado, a reparação será parcial (ainda que total em relação à chance perdida). Referindo-se aos casos de responsabilidade médica que se enquadram nesse grupo, asseve Sebastião (2003, p. 76, destaques do autor):

A perda de uma chance é uma situação intermediária entre o *bom* exercício da medicina e o *erro* médico. A característica principal é a *insatisfatoriedade* do *empenho*, quer pela ausência injustificável de *precisão* técnica profissional no diagnóstico e terapia, que pela negligência na *dedicação* mínima necessária à boa execução da terapia, devidamente adequada ao prognóstico correspondente.

Assim, para quantificação dos prejuízos nas situações em que o dano final é conhecido, deve-se analisar o estado do paciente antes da intervenção médica e a extensão do dano causado pelo agente, para que se possa estabelecer uma proporcionalidade entre os dois (KFOURI NETO, 2002, p. 112). Assim, se fala em reparação parcial porquanto o resultado danoso não é hipotético, o procedimento médico chegou ao final e se sabe, com certeza, a extensão total do dano sofrido pela vítima. No entanto, como não se pode imputar exclusivamente ao médico o prejuízo sofrido, a reparação deve ser parcial.

5 CONCLUSÃO

O objetivo inicial deste artigo foi pesquisar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de responsabilidade civil médica, confirmando-se a hipótese preliminar, afirmativa.

A bibliografia referente à perda de uma chance, diferentemente da relativa à responsabilidade civil, geral e na seara médica, é bastante escassa. No entanto, praticamente todos os autores que se debruçam sobre a problemática das chances perdidas tecem considerações, ainda que breves, sobre a reparação das chances perdidas em matéria médica. Além disso, o tema é extremamente discutido em França, havendo posicionamentos bastante conflitantes sobre sua natureza jurídica, caracterização e sobre a forma reparação das chances perdidas na seara médica.

Inicialmente, mostrou-se que a responsabilidade pela perda de uma chance já é discutida de há muito no direito estrangeiro. Sua evolução remonta a, pelo menos, ressalvadas as inexatidões históricas, metade do século passado, sendo amplamente discutida, por exemplo, em França e Itália. Destarte, nada obstante as críticas e posições contrárias, as chances perdidas são perfeitamente reparáveis no direito brasileiro.

Além disso, os casos de perda de uma chance podem ser divididos em dois grandes grupos. No primeiro grupo estão os casos em que a vítima tinha uma chance de que um evento futuro se concretizasse e por conta de um ato danoso de outrem, todas as probabilidades de ocorrência desse evento foram obstadas. O segundo grupo, abrange os casos em que a vítima está em um processo aleatório que resultará em um dano final e a conduta de outrem apenas diminui as chances de esse dano não vir a acontecer.

Os casos de responsabilidade médica – que, regra geral, são calcados na culpa, portanto, subjetiva – podem se enquadrar tanto no primeiro quanto no segundo grupo, sendo, no entanto, constatados mais casos do segundo grupo. Nos casos do primeiro grupo a chance é considerada um dano autônomo, independente do resultado final, e é integralmente reparada de acordo com a probabilidade que a vítima tinha de alcançar o resultado. Já nos casos do segundo grupo, não sendo possível estabelecer, com certeza, que o erro médico tolheu a probabilidade de cura ou sobrevivência da vítima, lança-se mão de uma noção de causalidade parcial, para – através de uma análise da probabilidade de a conduta médica ter causado o dano – condenar o médico à reparação. Isso porque, inobstante a incerteza que paira sobre o liame de causalidade, há a certeza da probabilidade de que o ato culposo impediu que o paciente apresentasse uma chance de cura ou, ainda, diminui o seu tempo de sobrevida.

Assim, responde-se parcialmente à hipótese ventilada inicialmente para concluir que a teoria da perda da chance tem maior relevância no primeiro grupo, como dano autônomo, restando ao segundo a discussão acerca da causalidade, abrangendo reparação parcial.

Há que se considerar, ainda, no estudo da responsabilização desses profissionais pela perda de uma chance, que a relação entre médicos e pacientes é, em regra, contratual e de consumo – o que gera implicações na produção da prova do nexo causal, principalmente – e que a responsabilidade dos médicos como profissionais liberais é, via de regra, subjetiva, portanto, calcada na culpa, desde que os serviços sejam prestados de forma pessoal, enquadrando-se na exceção do artigo 14, § 4º, do CDC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica**: perante o paciente, o médico, o jurista, o seguro. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1971. 237 p.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2013.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 09 ago. 2013.
- BRASIL. Lei nº 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: 09 ago. 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. xxvi, 614 p.
- DIAS, José de Aguiar; DIAS, Rui Berford. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1148 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. 724 p, il.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. xiii, 602 p.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010. 366 p.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 8. ed. São Paulo: Fundação BYK, 2003. 600 p.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999.
- GOMES, José Eduardo Cerqueira. **Responsabilidade das condutas médicas**. Brasília: OAB editora, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, 2010. Dissertação (Mestrado: Ciência Jurídica). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná – UFPR. Disponível em:

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/23451/dissertacao%20perda%20chance.pdf?sequence=1>>. Acesso em 28 out. 2013.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil**: a perda de uma chance no direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 527 p.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOVATO, Antonio Carlos; LOVATO NETO, Renato. **Novas aplicações da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro**. XXII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9ad97add7f3d9f29>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

LOVATO NETO, Renato. **Aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica e críticas da doutrina pátria**. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae31ee951b4d4bfb>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

MELLO FILHO, Jonas de. Erro médico. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de direito médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 515 p.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito das obrigações, 2. parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 641 p. (Curso de direito civil, v.5).

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 732 p.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 698 p. v.1.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro : Forense, 2002. 350p. Inclui índice.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2009. xi, 963 p.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. **Apontamentos sobre responsabilidade civil por perda de uma chance**. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=04da4aea8e38ac93>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. viii, 274 p. (Direito civil, v.4).

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. 352 p.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1999.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. xiii, 115 p.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica**: civil, criminal e ética – comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 450 p.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**: direito material e processual, convênios e resoluções, jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2006. 232p.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova (arts. 185 a 232). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ii, 632 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.