



**PAULA AUGUSTA MACHADO BENEDITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR PERDA DE  
UMA CHANCE**

**LAVRAS-MG  
2022**

**PAULA AUGUSTA MACHADO BENEDITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR PERDA DE  
UMA CHANCE**

Monografia apresentada à Universidade Federal  
de Lavras, como parte das exigências do Curso  
de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto Araújo Teixeira  
Orientador

**LAVRAS-MG  
2022**

**PAULA AUGUSTA MACHADO BENEDITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR PERDA DE  
UMA CHANCE**

Monografia apresentada à Universidade Federal  
de Lavras, como parte das exigências do Curso  
de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022

Dr. \_\_\_\_\_

Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Ricardo Augusto Araújo Teixeira  
Orientador

**LAVRAS-MG  
2022**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico primeiramente a Deus, pela oportunidade de chegar até aqui e me guiar nos momentos mais difíceis dessa caminhada.

Dedico à minha família pelo apoio incondicional, aos amigos pelo companheirismo e torcida em todos os momentos.

Dedico em especial, aos professores Luciana e Ricardo por me ajudarem a tornar esse trabalho possível.

Dedico, por fim, a todos que cruzaram meu caminho nesses 5 anos.

Meu muito obrigada!

## **AGRADECIMENTO**

Primeiramente quero agradecer a Deus pelo dom da vida, por todas as dificuldades enfrentadas, por todas as bênçãos durante minha vida, por ter me dado forças no decorrer do curso e, por ter me guiado até aqui.

Agradeço aos colaboradores da faculdade pela dedicação, empenho e cortesia que sempre tiveram para conosco, discentes.

Agradeço a todos os amigos de caminhada que sempre estiveram ao meu lado compartilhando dos momentos de dificuldade, alegrias e vitórias nesta nossa trajetória.

Agradeço ainda a todos os professores da graduação que contribuíram para com minha formação.

*Aprender é a única coisa de que a mente nunca se cansa, nunca tem medo e nunca se arrepende.*

*Leonardo Da Vinci*

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo verificar a responsabilidade civil médica sob a ótica da teoria da perda de uma chance, em virtude do aumento dos litígios judiciais decorrentes da relação médico e paciente, bem como o surgimento mais sistematizado da teoria da perda de uma chance. Para tanto, os objetivos do trabalho se basearam em investigar os fundamentos da responsabilidade civil médica, o erro médico e a teoria da perda de uma chance, tendo como pressupostos a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito das lides relacionadas ao tema, bem como no processo de fixação do quantum indenizatório nas relações médico-paciente. Assim, o presente trabalho se justifica tendo em vista a importância do tema para o ordenamento jurídico bem como para subsidiar as relações sociais no âmbito da medicina e saúde, de forma que assim se obtenha a segurança jurídica nas relações, bem como o direito à vida. Para tanto, foi utilizada como metodologia de pesquisa a pesquisa de cunho dialético-dedutivo jurídica, que tem por premissa a análise de artigos, documentos e excertos doutrinários relacionados ao tema proposto. Por fim, foi possível concluir que ante a evolução tecnológica em todos os âmbitos da vida social, bem como dos procedimentos médicos, antigos argumentos como quantificação da chance de vida não podem balizar o reconhecimento e aplicação desta teoria ao caso concreto, sendo certo que os aspectos subjetivos deverão ser analisados com critério a fim de conferir a chance de uma reparação à vítima de erro médico, uma vez que seu restabelecimento ao *status quo* pessoal não se faz mais possível.

**Palavras-chave:** Danos; Erro médico; Responsabilidade Civil Médica; Teoria da Perda de uma Chance.

## ABSTRACT

This course conclusion work aims to verify medical civil liability from the perspective of the loss of a chance theory, due to the increase in legal disputes arising from the doctor and patient relationship, as well as the more systematic emergence of the loss theory of a chance. Therefore, the objectives of the work were based on investigating the foundations of medical civil liability, medical error and the theory of the loss of a chance, having as assumptions the analysis of the jurisprudence of the Superior Court of Justice regarding the disputes related to the subject, as well as in the process of setting the indemnity quantum in doctor-patient relationships. Thus, the present work is justified in view of the importance of the theme for the legal system as well as to subsidize social relations in the field of medicine and health, so that legal certainty is obtained in relationships, as well as the right to life. . Therefore, the research methodology used was the dialectical-deductive legal research, whose premise is the analysis of articles, documents and doctrinal excerpts related to the proposed theme. Finally, it was possible to conclude that, given the technological evolution in all areas of social life, as well as medical procedures, old arguments such as quantification of the chance of life cannot guide the recognition and application of this theory to the concrete case, being certain that the subjective aspects should be analyzed with discretion in order to give the victim of medical error the chance of reparation, since their restoration to the personal status quo is no longer possible.

**Keywords:** Damage; Medical error; Medical Civil Liability; Theory of Loss of a Chance.



## **LISTA DE SIGLAS**

- a.C.** Antes de Cristo
- CC** Código Civil
- CDC** Código de Defesa do Consumidor
- d.C.** Depois de Cristo
- REsp.** Recurso Especial
- SAMU** Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
- STJ** Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	<b>12</b>
2.1	Teoria Geral da Responsabilidade Civil	14
<b>3</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA</b>	<b>19</b>
3.1	Relação Médico Paciente	19
3.2	Histórico	21
3.3	Natureza da Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor	23
3.4	Obrigação de Meio x Resultado	26
<b>4</b>	<b>TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE</b>	<b>29</b>
4.1	Natureza Jurídica	31
4.2	Da Responsabilidade Médica por Perda de Uma Chance	35
4.2.1	<i>Nexo Causal</i>	37
<b>5</b>	<b>FIXAÇÃO DO DANO POR ERRO MÉDICO E A PERDA DE UMA CHANCE</b>	<b>41</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>45</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>47</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou analisar a responsabilidade civil médica sob a luz da teoria da perda de uma chance. O tema tem relevância não apenas teórica, mas prática, em virtude do aumento das disputas judiciais que envolvem pacientes x médicos, bem como a própria desmistificação da figura do profissional médico. Segundo estudo produzido pela faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, elaborado pelos próprios profissionais da saúde, a cada três minutos, mais de dois brasileiros morrem por erro médico no país.

Portanto, investigar como tem sido tratada a questão, especialmente sob o viés da teoria da perda de uma chance permite analisar como se imbricam os novos paradigmas de indenização, especialmente indenizações extrapatrimoniais e a possibilidade de cura ou sobrevivência de um paciente.

É certo que o tema é complexo, especialmente pela questão do nexo causal na teoria da perda de uma chance. Desde logo, já adentrando no tema, frise-se que o objetivo da teoria não é privilegiar mera chances remotas de sucesso em um tratamento médico. A expectativa é que se consiga verificar, no caso concreto, o mais próximo de se perquirir o quão séria e provável era a chance de cura ou sobrevida do paciente e em qual proporção de culpa o médico incorreu para ceifar essa chance e, a partir de então, verificar eventuais indenizações.

Assim, advertindo-se que o tema ainda é polêmico, procura-se demonstrar como parte da doutrina tem se posicionado sobre o tema e a jurisprudência vem enfrentando o assunto.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil apresenta-se como um tema indissociável nas relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos. Isso porque ela é fruto da necessidade de que existam mecanismos que censurem as condutas reprováveis que possam surgir dentro de tais relações. Assim, tal instituto visa atribuir a alguém o dever de reparar o prejuízo advindo da violação de um dever jurídico.

Segundo Cavalieri Filho (2015), em apertada síntese, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Continua dizendo que responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. Nas palavras de Rodrigues (2002, p. 06) é conceituada como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependem”.

De fato, como todas as coisas no mundo, a responsabilidade civil nos moldes atuais é fruto de contínuas transformações. Nos anos A.C, o tema era tratado basicamente como vingança, em que o infrator recebia uma pena corporal, equivalente àquela infração que cometeu. De acordo com Rosenthal *et al* (2010) ensinam que:

Na ausência de um poder central, a vendeta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. O passo sucessivo foi a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente – típico da tradição bíblica –, a qual, não obstante o seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento os costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. (ROSENTHAL *et al*, 2010, p. 27)

Avançando para a Antiguidade Clássica, D.C, o Direito Romano proporcionou um ponto crucial para o trato da Responsabilidade Civil, de forma que se começou a consagrar a ideia de pagamento em pecúnia para ressarcir os danos advindos de um ilícito civil. Naquela época, fez-se a distinção entre pena pública e privada, sendo essa última a que mais se amolda à ideia atual de reparação de danos, uma vez que era consequência da violação de deveres privados e que atacava o patrimônio. Ainda de acordo com Rosenthal *et al* (2015):

O direito mirava conservar o estado patrimonial de uma pessoa, ou, se esse foi destruído, a restabelecê-lo, se a um injusto dano de um lado corresponder um injusto ganho de outro. Em contrapartida, a pena vinha com o escopo de punir o réu. A finalidade patrimonial da pena é mediata. A agressão ao patrimônio era uma forma de se atingir o réu. (ROSENVALD *et al*, 2015, p. 29)

A *Lex Aquilia*, ainda no período romano, também foi de suma importância, pois regulamentou a responsabilidade extracontratual juntamente com a noção de culpa. Em seguida, na era medieval, a pena privada pecuniária não é mais vista apenas com caráter punitivo, mas integra-se o ideal de ressarcimento, visando realmente à satisfação do interesse do lesado. Assim, simultaneamente a pena pecuniária travestia-se de caráter punitivo e de caráter ressarcitório.

Na era Moderna, o *Corpus Iuris Civilis* do imperador Constantino ainda regia a tônica do assunto de forma satisfatória, perdurando até o surgimento da escola jusnaturalista. Ainda de acordo com Rosenvald *et al* (2015), em seus estudos, continuam:

Finalmente, em sua noção geral sobre o fato ilícito, DoMat (1625-1696) distingue a culpa que permeia o ilícito daquilo que se tem como um crime, setor do ordenamento que não se confunde com a matéria civil. Este modelo permeia o Code Napoléon de 1804 e, via de consequência, os demais ordenamentos liberais do século XIX. Por fim, não se olvide do contributo da Pandectística, mediante uma revisão do direito romano, com o protagonismo de Savigny (1779-1861), que em seu tratado das obrigações refere-se às penas privadas ao cuidar das fontes da responsabilidade civil. (ROSENVALD *et al*, 2015, p. 33)

No Código Civil Francês, se estabelece, por fim, um princípio geral de responsabilidade civil, no qual a culpa passou a ser a regra para a responsabilização. Conforme o entendimento de Tartuce (2017):

Pela doutrina clássica francesa e pela tradução do artigo 1.382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado. (TARTUCE, 2017, p. 373)

O Direito Brasileiro foi extremamente influenciado por essa nova concepção de responsabilidade que surgia na França, de modo que, no Código Civil de 1916 observava-se uma firme filiação a responsabilidade subjetiva, representada na conduta, culpa e nexo de

causalidade, para que então o agente do fato ilícito fosse responsabilizado. De fato, em dados casos já se havia uma culpa presumida do autor do fato, porém a tônica da responsabilidade à época era de exigir provas robustas da culpa do agente.

Não obstante a consolidação da responsabilidade fundada na culpa do agente, a saber, subjetiva, ao longo do século XX, conforme a evolução da industrialização e o fortalecimento dos Estados, uma nova forma de responsabilidade emerge, fundada na teoria do risco. Assim, leis esparsas, no ordenamento pátrio foram responsáveis por, pouco a pouco, consolidar a responsabilidade civil objetiva, que independe da culpa do agente. Como uma breve introdução, cabe aqui a lição de Coelho (2012):

A regra geral é a de imputação de responsabilidade civil subjetiva: todos respondem pelos seus atos ilícitos. A responsabilização objetiva é regra especial. Quando ausentes os pressupostos da imputação de responsabilidade objetiva, mas presente o elemento subjetivo, caberá a responsabilização do demandado por culpa. (COELHO, 2012, p. 685)

Dessa forma, o Código Civil atual, de 2002, contempla as duas formas de responsabilidade, de modo a serem aplicadas conforme o caso concreto: responsabilidade civil subjetiva, que ainda prevalece e a responsabilidade civil objetiva, que tem ganhado cada vez mais aplicação.

## 2.1 Teoria Geral de Responsabilidade Civil

Segundo Rosenvald *et al* (2010, p. 54), “no século XXI, o direito brasileiro permite estabelecer três funções para a responsabilidade civil: a reparatória, a punitiva e a precaucional”.

E continua, em relação à função reparatória, é “a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial”. (ROSENVALD *et al*, 2010, p. 162), o que evidencia que há a necessidade de restabelecer o equilíbrio que fora prejudicado pelo dano decorrido do ato ilícito, recolocando a vítima no *status quo ante*, com a necessidade da aplicação do princípio da *restitutio in integrum*.

Essa é a razão que faz do princípio da reparação integral o principal objetivo de todos os sistemas jurídicos para se chegar à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima. Embora seja um ideal utópico, de difícil concretização, é perseguido insistentemente por se ligar diretamente

à própria função da responsabilidade civil. (ROSENVALD *et al*, 2015, p. 29)

Já a função punitiva é o caráter de sanção, que consiste na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis. Por fim, função precaucional possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.

A regra no ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva. Em tal modalidade de responsabilização, o fundamento para sua aplicação reside na culpa do agente. É a partir da aferição de culpa, empregada no sentido *lato sensu*, que se pode vislumbrar a responsabilização. Nunes de Souza (2015), sobre a culpa ensina que:

Quem é responsabilizado por ato ilícito é o porquê agiu como não deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido. (NUNES DE SOUZA, 2015, p. 515)

Nesse caso temos como elementos da responsabilidade civil subjetiva a conduta culposa do agente, onexo causal e o dano. Esses três elementos se fazem presente no artigo 186 do Código Civil, *in verbis*, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002). Na lição de Nunes de Souza (2015), no artigo supramencionado estão os pressupostos da responsabilidade civil, conforme ensina:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no artigo 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revela do nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o artigo 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o

direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. (NUNES DE SOUZA, 2015, p. 35)

Note-se também que, uma vez que a responsabilização emerge da culpa, é necessário que se observe a imputabilidade do agente. Ainda de acordo com Nunes de Souza (2015):

“Imputar” é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. Disso se conclui que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dois são os elementos da imputabilidade: maturidade e sanidade mental. Importa o primeiro desenvolvimento mental; e o segundo, higidez. (NUNES DE SOUZA, 2015, p. 43)

Em outra vertente, a responsabilidade objetiva não se funda no elemento culpa, bastando tão somente uma atividade ilícita, o nexo causal e o dano, conforme leciona Coelho (2012):

Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada. De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis. O princípio da culpa acabava conduzindo, na significativa imagem pinçada por Mario Bessone, a “nada muito diferente de uma loteria imoral” (Alpa-Bessone, 2001:112). De outro lado, o acúmulo de capitais já era suficiente à implantação de aprimorados mecanismos jurídicos de socialização dos custos. Surge e amadurece a responsabilidade objetiva, em que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, mesmo não tendo nenhuma culpa por eles. (COELHO, 2012, p. 520)

Segundo Rosenvald *et al* (2015, p. 417) “ensinam que na teoria objetiva, onde há lesão, há reparação”. Logo, exclui-se o elemento subjetivo da culpa pela objetiva constatação da ocorrência do evento e de sua relação de causalidade com o dano. O fato danoso, e não o fato doloso ou culposo, que desencadeia a responsabilidade.

A responsabilidade então passa a ser fundada no risco da atividade desenvolvida e não mais no nexo psicológico da conduta, distanciando-se assim da responsabilidade



subjetiva. O Código Civil consagra essa categoria de responsabilidade, dentre outros comandos normativos, no artigo 927, § único:

**Artigo 927** - Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único** - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Assim, o artigo 927 do Código Civil delimita a necessidade de preenchimento de três requisitos fundamentais para a caracterização do dano moral, quais sejam, conduta (ação contrária ao direito ou ato ilícito), existência de dano, e relação ou nexos de causalidade entre a ação e o dano.

No entanto, é importante colacionar que além dos requisitos do artigo supra mencionado, em relação aos danos morais, este é compreendido como a violação aos direitos da personalidade, animados pelo postulado da dignidade da pessoa humana com escopo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a partir do qual se faz necessária a proteção dos atributos que vão além do aspecto patrimonial, evitando-se a coisificação do ser humano pela tutela de sua integridade física, psíquica/moral e intelectual. De acordo com Chaves e Santini (2017):

(...) dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor-sensação como a denominava Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor-sentimento - de causa imaterial. (CHAVES; SANTINI, 2017, p. 42)

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas em afirmar que, quanto a esse tipo de dano, vale o arbitramento do juiz, que, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, arbitra o valor da reparação, o qual não deve ser nem tão grande que sirva de enriquecimento ilícito para o ofendido, nem tão pequeno que não gere no ofensor maior responsabilidade. Nesse ponto, ressalte-se que o valor da indenização deve ser proporcional ao prejuízo e arbitrado pelo juiz.

Faz-se necessário ressaltar que as ocorrências de danos morais jamais podem ser efetivamente comprovadas na medida em que a natureza interna dos elementos próprios ao dano moral não é empiricamente verificável. É que o dano moral é aquele que,

distinguindo-se do dano patrimonial, ocorre em atributos da personalidade como a dor, angústia, consternação, vergonha, humilhação, ataques à honra subjetiva, dentre outros.

Tais características somente podem ser medidas analisando-se a natureza objetiva do evento e perscrutando-se quanto à sua potencialidade danosa, tendo por base a análise da normalidade das relações pessoais. Assim, se a gravidade do evento for objetivamente capaz de gerar danos não patrimoniais, é que o responsável pelo ato deve ser condenado ao pagamento de indenização pecuniária. Nesse ponto, há de se ressaltar que o evento apontado nos autos por si só apresenta potencialidade danosa suficiente a causar danos morais;

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

#### 3.1 Relação Médico-Paciente

A relação entre médico e paciente, assim como qualquer outro tipo de relação humana, vem se transformando ao longo dos séculos. Pode-se dizer que houve uma longa jornada desde que os médicos eram vistos como seres divinos até se transformarem em profissionais que, ainda que muito respeitados, passaram a ser encarados como seres humanos comuns e, logo, sujeitos a erros.

A saber, no período romano, a imagem canonizada dos responsáveis pela cura da população era incontestável, onde os ensinamentos filosóficos à época ditavam que “se o enfermo não admira o médico de algum modo como a um Deus, não aceitará suas prescrições”. (FRANÇA, 2014, p. 152) De fato, naquela época imperava-se o chamado “paternalismo médico”, situação na qual a relação de pais e filhos se materializa também nas relações profissional-paciente.

Ainda nesse raciocínio, Hipócrates, o maior expoente da ética médica tradicional, demonstrava que a assimetria entre médico e paciente se revela em um último nível, de forma que a autonomia e os desejos do cuidado eram anulados pelo conhecimento do cuidador, cabendo a este último decidir unilateralmente, conforme sua própria e exclusiva convicção profissional, aquilo que deveria ser feito quanto à saúde daquele.

Porém, ao longo da história, a desmistificação dos profissionais médicos foi evidente, ainda que gradual. A solidificação dos ideais de autonomia da vontade, liberdade e a expansão do conhecimento se manifestam também na relação médico-paciente, de forma que a equação tende a cada vez mais se equilibrar.

Em verdade, hoje algumas lições hipocráticas não se coadunam mais com a sociedade em que vivemos e, dessa forma, também representam um pensamento diametralmente oposto às novas tutelas jurídicas sobre a questão. Ilustra-se uma dessas lições em França (2014) “Sobre a decência”:

Faça o diagnóstico e o tratamento do enfermo com calma e ordem, ocultando do mesmo a maioria das coisas (...). Repreenda-o às vezes severamente, mas outras anime-o com solicitude e habilidade, sem mostrar

a ele nada do que vai ocorrer nem do seu estado atual. (FRANÇA, 2014, p. 171)

O direito, que deve acompanhar as transformações sociais, não se apartou de propor um novo modelo para a relação médico-paciente, baseado principalmente na autonomia e vontade do tutelado. Convém destacar, dentre outros importantes institutos que visam ao sinalagma dessa relação, o consentimento informado que possibilitará uma escolha esclarecida.

Segundo entendimento de Neto (2013, p. 55), “consentimento define-se pelo comportamento que autoriza alguém a determinada atuação”. Nesse sentido, na relação médico-paciente, se põe como regra a necessidade de que o profissional, a partir do seu dever de informação, vele pela autonomia do paciente e o possibilite tomar a decisão sobre sua saúde que se conforme a sua vontade, possibilitando a escolha esclarecida.

Dessa forma, Dantas (2019, p. 51) leciona sobre a importância do dever de informação e conclui que “cabe ao paciente dispor de seu próprio destino, decidindo qual tratamento irá permitir, se o permitir, embasado em informações claras e precisas sobre os riscos e benefícios possíveis advindos de sua decisão”. Corroborando tal pensamento, o mais atual Código de Ética Médica (2009) é cristalino ao expor, dentre as condutas vedadas aos médicos:

Artigo 31: Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

[...]

Artigo 34: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (BRASIL, CFM, 2009)

Neste sentido, a responsabilidade civil do médico é um tema que vem sendo amplamente discutido tanto por doutrinadores quanto por juristas, tendo em vista a amplitude do tema e a sua importância, uma vez que o que está em jogo é o direito fundamental à vida. Assim, partindo deste contexto, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça (ano), tem-se o entendimento que:

Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento

informado pode significar-nos casos mais graves- negligência 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. (BRASIL, STJ, 2002)

Nesse sentido então, atualmente, a tônica da relação analisada é embasada não mais entre as disparidades intelectuais entre seus dois polos. O direito, como uma das ferramentas de emancipação do indivíduo, permite que o paciente se desvincule do rótulo de passivo, de forma a ter sua autonomia considerada e respeitada no processo de tomada de decisão, cabendo ao profissional possibilitar que sua escolha seja esclarecida, após fornecê-lo todas as informações necessárias para esse ato.

Logo, de maneira nenhuma, deve se perpetuar hoje o ensinamento de Platão em A República, *in verbis*, “a verdade merece ser estimada sobre todas as coisas. A mentira é algo que, ainda que para nada sirva aos deuses, pode ser útil aos homens, como na medicina. Está claro que deve estar reservada aos médicos”. (FRANÇA, 2014, p. 188)

### 3.2 Histórico

Conforme discussão apontada em tópicos anteriores, o médico na antiguidade era visto como algo comparável a uma entidade divina, sendo absoluto e inquestionável. Porém, ao passo que ostentava uma posição hierárquica superior na relação médico-paciente, de igual modo era brutalmente responsabilizado por práticas decorrentes de erro.

O Código de Hamurabi, instituído no XVIII A.C., na Mesopotâmia, foi um dos primeiros instrumentos que tratou da reparação do dano causado por erro médico e, em seguida, o direito romano, onde Neto (2013) debruça-se sobre a questão:

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C), que também contém interessante normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.) estabeleciam, para operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal. A Lei Cornelia estabelecia uma série de delitos relacionados à prática da profissão médica e as penas que deveriam ser cominadas.

[...]

Na Lex Aquilia encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional. Nas obras de Plínio, todavia, deparam-se reclamações de impunidade médica, tendo em vista a dificuldade, já àquela, das tipificações legais. (NETO, 2013, p. 88)

No decorrer dos séculos, o direito europeu também percorreu um longo caminho, de avanços e retrocessos quanto à responsabilização do profissional. Segundo Kuhn (2002), a responsabilidade civil do médico estabeleceu-se nos moldes atuais no início do século XIX, graças à jurisprudência francesa e transcreve em seu livro o seguinte trecho do parecer do procurador-geral Dupin, sobre um caso ocorrido em 1835, da obra de França (2014):

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

[...]

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis. (FRANÇA, 2014, p. 79)

De acordo com a legislação pátria, o Código Civil de 1916 adotava a posição de responsabilidade civil subjetiva, uma vez que previa em seu artigo 1545 a necessidade de imprudência, negligência ou imperícia para que profissionais médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas satisfizessem o dano. E de tal forma fundamenta Beviláqua (1960):

A disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte, segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções, necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelam. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações” (BEVILÁQUA, 1960, p. 309-310)

De fato, hoje, novas ponderações devem ser feitas quanto à responsabilidade civil médica, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor de 1990 traz novos contornos para o debate.

### **3.3 Natureza da Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor foi o instrumento normativo que materializou a proteção dos direitos do consumidor prevista nos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] V - defesa do consumidor. (BRASIL, 1988)

Com o fito de proteger com mais eficiência o consumidor, o código consumerista foi um divisor de águas para a responsabilidade civil, uma vez que nele, a regra, ao contrário do Código Civil, é a responsabilidade objetiva. Com esse raciocínio, Tartuce (2017) explica que:

Mais tarde, em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, passando a consagrar a responsabilidade civil sem culpa como regra inerente à defesa dos consumidores. Com tal previsão, pode-se concluir que houve a perpetuação da responsabilidade sem culpa também nas relações privadas no âmbito do Direito Privado Brasileiro. (TARTUCE, 2017, p. 375)

Isso porque a proteção do consumidor se dá de forma muito mais eficiente quando se dispensa a análise de culpa, já que muitas vezes a vítima é hipossuficiente frente ao fornecedor, sendo muito custosa, em vários aspectos, a demonstração de culpa pelo consumidor. Assim o Código de Defesa do Consumidor, por meio dos artigos 12 e 14, dispõe sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor:

Artigo 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1998)

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor ainda contempla, mesmo que timidamente, a responsabilidade subjetiva. Ela só se aplica a profissionais liberais, conforme dispõe o artigo 14, § 4º, *in verbis*:

Artigo 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1998)

A partir dessa previsão a respeito da responsabilidade por profissionais liberais, passou-se a discutir se a relação médico-paciente seria regida também pelo CDC, sendo que este é o entendimento que predomina na corrente doutrinária majoritária que tem por adeptos Eduardo Dantas (2019, p. 187) e Cavalieri Filho. Sobre o assunto, Rodrigues (2015) discorre que:

Acho oportuno levantar uma outra questão em matéria de responsabilidade médica que é a de saber se ela pode ser enquadrada ou não dentro do Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações contratuais entre a pessoa que adquire um produto e um serviço como destinatário final (art. 2º) e um fornecedor, que é todo aquele que fornece um produto ou serviço mediante remuneração.

Ora entre o cirurgião e o paciente se estabelece um contrato tácito em que o cirurgião se propõe a realizar cirurgia na pessoa do paciente, mediante remuneração, e se obriga a usar toda a sua habilidade para alcançar o resultado almejado. Trata-se de um contrato de prestação do serviço fornecido pelos profissionais, tais como médicos, dentistas, etc., ao declarar no §4º do artigo 14 que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa’.

O Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de interesse social, e assim se aplica a todos os casos que abrange desde sua entrada em vigor. Isso vem proclamado no seu artigo 1º. Portanto parece-me que a



relação entre paciente e cirurgião fica abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. (RODRIGUES, 2015, p. 254)

Em sede jurisprudencial, é também esse o entendimento, já pacificado, a exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTIGO 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC. Agravo Regimental improvido. (BRASIL, STJ, 2009)

Portanto, partindo-se do pressuposto de que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, a natureza da responsabilidade civil médica, como de todos os profissionais liberais, é subjetiva. Logo, o profissional somente poderá ser responsabilizado se provada sua culpa, *lato sensu*, no resultado danoso.

Assim, embora a responsabilidade civil médica não tenha sua natureza alterada em virtude da superveniência do CDC, vez que ainda subjetiva, há outras implicações quando se adere ao entendimento da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações médico-paciente.

Primeiro, é válido destacar as seguintes considerações sobre o ônus da prova na incidência do CDC nas relações médico-paciente, Silva (2013) colaciona:

Semelhante extensão do diploma consumerista à relação médico-paciente tem sombreado as principais questões atinentes à tradicional distinção entre obrigações de meios e de resultado e entre responsabilidade contratual e aquiliana. As regras, por assim dizer, procedimentais do Código de Defesa do Consumidor substituíram tais considerações pela possibilidade de inversão, *tout court*, do ônus da prova, em favor do consumidor, pelo juiz. Assim, a pretensão indenizatória daquele que sofreu dano causado por certo profissional liberal no exercício de sua atividade não precisa mais demonstrar a natureza contratual dessa responsabilidade, nem ingressar no mérito da natureza da obrigação (de meios ou de resultado), para eximir-se do ônus de provar a culpa pelo inadimplemento. (SILVA, 2013, p. 40)

Da mesma maneira, Dantas (2019) arrazoa:

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, atribui ao juiz o poder de - a seu critério- inverter o ônus da carga probatória, acaso venha considerar o consumidor hipossuficiente, ou verossímeis suas alegações.

Esta hipossuficiência não é necessariamente de caráter econômico. Pode ser também técnica, ou seja, aquelas situações em que o consumidor não disponha dos meios adequados para efetivamente comprovar o que funcionou de forma errada (ou mesmo não funcionou) em um equipamento ou na prestação de um serviço. São casos em que o fornecedor ou prestador do serviço está mais habilitado a demonstrar que o resultado indesejado não é resultante de sua atividade, que foi exercida de forma tecnicamente correta, de forma prudente e diligente. (DANTAS, 2019, p. 86)

Sobre essa inversão do ônus da prova, já se nota na jurisprudência, a exemplo da decisão do TJRS (2014):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDOTA MÉDICA E AS SEQUELAS. DEVER DE INDENIZAR INOCORRENTE AGRAVO RETIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. Viabilidade da inversão do ônus da prova em se tratando de apuração de responsabilidade civil por erro médico, em razão de a parte autora ser manifestamente hipossuficiente tecnicamente. Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta Corte. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CLÍNICA RÉ. É cediço que os hospitais e clínicas médicas, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do artigo 14, § 3º do CDC. ERRO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. Assente no caderno probatório a inexistência de erro no procedimento adotado pelo preposto da clínica ré durante o atendimento médico prestado à autora, inviável o reconhecimento do dever de indenizar da parte ré, ante a ausência de prova do alegado erro médico. Laudo médico que afirma a correção nos procedimentos adotados pelos profissionais da casa de saúde, bem como a inexistência de nexo causal entre a conduta médica e os danos reclamados. Sentença de improcedência mantida. AGRAVO RETIDO DO RÉU DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (BRASIL, STJ, 2014)

Além disso, a prescrição pela busca de reparação de danos causados pela má prestação de serviços deve ser observada conforme o CDC. Nesse diploma legal, o artigo 27 delimita o prazo prescricional de cinco anos, a partir do conhecimento do dano e sua autoria. Na verdade, o prazo não começa a correr necessariamente a partir da ocorrência do fato danoso, mas a partir de quando se torna visível sua ocorrência. Isso porque, muitas vezes há situações em que as consequências só se apresentam depois de escorrido um lapso de tempo.

### **3.4 Obrigação de Meio x Obrigação de Resultado**

No campo da responsabilidade civil se faz imprescindível apurar se o profissional médico assume uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado em relação ao paciente. Obrigações de meio são aquelas em que o prestador de serviço se compromete em empregar toda sua habilidade, técnica, diligência e prudência para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a tal obtenção. Assim, seu dever é tão somente cumprir o serviço da melhor e mais competente forma possível, não se apurando o resultado, mas a conduta profissional.

Nas obrigações de resultado, o prestador de serviço não só deve cumprir a obrigação da melhor forma possível, mas garantir o resultado pré-determinado e esperado pelo consumidor, sem o qual não haverá adimplemento. Ele se vincula a obtenção de um resultado para cumprir o serviço. Silva (2013) resume:

Desse modo, o problema das obrigações de meios e de resultado pode ser assim sintetizado: embora sempre se exija do devedor o dever de diligência, em alguns casos este se revela o único elemento verdadeiramente exigível da obrigação – em uma palavra, seu objeto –, conforme se atribua maior ou menor grau de juridicidade ao dever de obter determinado resultado prático. Não por acaso, parte da doutrina prefere atribuir às obrigações de meios a alcunha *obrigações de diligência*. (SILVA, 2013, p. 33)

No tocante à obrigação contraída pelo médico, é consignado que é uma obrigação de meio. A lição de Neto (2013, p. 71) é cristalina no sentido de que “o médico, no caso devedor da obrigação, tem apenas que agir, executando a atividade o objeto do contrato. Deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga”.

Justificando tal posicionamento, Cavalieri Filho (2015) assim arrazoou:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume a toda evidência, é de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos. Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, por si só, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguar

Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 472)

A única séria divergência sobre o tipo de obrigação se dá em sede de cirurgias plásticas. Ainda se nota, na jurisprudência, muitos entendimentos no sentido que, nesse tipo de cirurgia em específico, pode se falar em obrigação de resultado.

Assim, na maior parte dos casos, a natureza da obrigação é de meio. Ainda nesse sentido, é importante notar que o erro médico pode se dar, tanto no procedimento, quanto na falta dele. A negligência, imprudência ou imperícia, às vezes, se materializa justamente pelo fato do médico não tomar as providências cabíveis no momento oportuno. Nesses casos, se fala na perda de uma chance, em que o erro médico reside principalmente na forma como o médico administra o caso, seja não identificando o problema real, erro de diagnóstico ou pelas escolhas erradas de procedimentos, que pode ceifar a possibilidade de cura do paciente.

#### 4 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A Teoria da Perda de uma Chance é uma construção doutrinária que tem se consolidado no ordenamento pátrio e que pertine ao campo de incidência da responsabilidade civil. Assim a conceitua Cavalieri Filho (2015):

A teoria da perda de uma chance (*perte d' une chance*), [...] se utiliza nos casos e que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 107)

Nas palavras de Souza (2015):

A *perte d' une chance* representa a hipótese em que a conduta de determinado agente faz desaparecer para o lesado a probabilidade de um evento que poderia lhe gerar um benefício futuro.

(...)

A nota característica dessa teoria clássica reside no fato de a chance perdida corresponder a um benefício para o lesado; em outras palavras, indeniza-se a vítima por se lhe ter suprimido a oportunidade de um ganho ou benefício. O dano, vale repetir, consiste na subtração da própria oportunidade desse ganho, independentemente de qualquer consideração quanto a vantagem em si que se deixou de auferir. (SOUZA, 2015, p. 206-208)

Concluindo, Rosenvald *et al* (2015, p. 604) entendem que “em suma, não há a certeza do prejuízo ou do benefício - que é hipotético -, mas, inegavelmente, há a certeza da perda da ocasião, da oportunidade dissipada.” Sendo assim, a teoria se aplica nos casos em que o autor do ato ilícito ceifa a possibilidade da vítima de obter ganho ou vantagem.

A teoria em análise possui raízes históricas na França, na década de 60, porém foi igualmente discutida na Itália. Naquele país, o primeiro caso com aplicabilidade da teoria foi levado a *Cour de Cassation* francesa, aqui analisado pela lente de Neto (2013):

O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957.

Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: ‘Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade’. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma ‘chance’ de agir de modo diverso - e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos. (NETO, 2013, p. 46)

No Brasil, o mais emblemático caso foi o ocorrido no programa televisivo “Show do Milhão”, em 2005. No caso em questão, o programa promovia um concurso de perguntas e respostas que eram premiadas com valores pecuniários.

A participante chegou à última etapa do concurso, a saber, a pergunta de um milhão de reais. Nesse momento do jogo, caso a concorrente respondesse corretamente à pergunta, levaria o prêmio. No entanto, a famigerada pergunta não possuía resposta correta dentre as quatro opções dadas pela promotora do concurso.

A participante então entrou com indenização contra a empresa responsável alegando que caso houvesse a alternativa correta nas opções, conquistaria o prêmio final. O pedido, acolhido nas instâncias inferiores, foi levado ao Superior Tribunal Federal no REsp. 788.459- BA (BRASIL, 2005), e consagrou a aplicação da teoria da perda de uma chance, conforme voto do relator Fernando Gonçalves, ora transcrito em parte:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão". Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais).

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria 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.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta,

justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). (BRASIL, STJ, 2005)

Assim, a teoria da perda de uma chance tem por pressuposto a existência de um prejuízo certo e, não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força de evento danoso, onde então se faz a reparação da chance perdida e não o do dano final. Desde então inúmeros outros julgados pátrios vêm contemplando a aplicação desta teoria.

#### **4.1 Natureza jurídica**

A natureza jurídica da indenização por perda de uma chance é de indenização autônoma, para a maioria dos estudiosos. Isso porque a aplicabilidade da indenização nesse caso não é sobre a vantagem esperada, mas sim sobre a possibilidade, a oportunidade de se obter tal vantagem. De fato, é preciso que, em atenção ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, a chance em questão seja séria e real. É necessário que o magistrado, ao analisar o caso em concreto, tenha a sensibilidade de distinguir desde o improvável ao quase certo, de modo que a tal chance não seja uma mera suposição ou desejo.

De forma mais prática, alguns estudiosos, como Savi (2006, p. 45), defendem que na “maioria dos casos a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento), de forma a não prestigiar meras expectativas e nem oportunistas”.

Sendo assim, apesar de vozes dissonantes, não se convém classificá-la como danos emergentes e nem lucros cessantes, uma vez que ambos compensam o prejuízo final. A lição de Cavalieri Filho (2015) é clara quanto a essas espécies de dano:

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria em seu artigo 402 (...), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

[...]

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode ocorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daqui que era razoavelmente esperado. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 104-105)

Igualmente, Rosenvald *et al* (2015) descartam a possibilidade de equiparar a perda de uma chance aos lucros cessantes:

Assim, retornando a um dos exemplos iniciais, se alguém pretende realizar um concurso para Promotor de justiça e, no dia do exame oral, é atropelado por um veículo a caminho da prova, não será razoável que o magistrado fixe lucros cessantes, pois não havia certeza quanto ao dano final - no caso, os vencimentos de um promotor, de quem ainda não logrou êxito na aprovação. Mas, com base na perda de chance, será admissível a fixação de um valor que corresponda ao percentual sobre o hipotético dano final, com base nas aprovações em exames orais nos últimos concursos do Ministério Público. Ou seja, o montante indenizável não corresponde à vantagem esperada em si, mas à expectativa perdida. (ROSENVALD *et al*, 2015, p. 605)

Dessa forma, para que se pudesse classificá-la como lucros cessantes ou danos emergentes, a vítima teria que provar que não obteve o resultado por culpa do agente, o que não é o caso, conforme explicado. Nesse caso, há forte corrente doutrinária e jurisprudencial que classifica a indenização por perda de uma chance como terceiro tipo de indenização, desvinculando-a do rótulo de material ou moral. Corrobora esse pensamento, o trecho do voto do Ministro Luís Felipe Salomão, no REsp. 1.190.180/SP (BRASIL, 2010):

Primeiramente, cumpre delinear, com mais precisão, do que cogita a teoria aventada no acórdão recorrido, conhecida no direito brasileiro, por influência francesa, de "teoria da perda de uma chance". É certo que, ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano



efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdivido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes. Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à 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. Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético. (BRASIL, STJ, 2010)

Neste sentido, a perda de uma chance, uma vez razoável, séria e real, e não hipotética, é compreendida pela doutrina e jurisprudência como uma justa lesão às expectativas do sujeito, que poderia vir a obter uma situação jurídica mais vantajosa caso não tivesse, por motivos ilícitos de terceiros à sua vontade, interrompido o curso dos acontecimentos, ensejando assim a reparação do dano e o arbitramento de seu valor.

No entanto, a fixação do valor da indenização, de fato, não se mostra tarefa simples. Segundo Savi (2006, p. 62): “A quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada”.

No REsp. nº. 1.254.141 – PR (BRASIL, 2011), a relatora Ministra Nancy Andrighi ensina no ponto quatro:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes<sup>1</sup>. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade.

Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (BRASIL, STJ, 2011)

Além disso, ao longo do julgamento deste recurso, a supracitada ministra leciona que a fixação do quantum indenizatório deve observar criteriosamente: a chance séria e real, o alto grau de probabilidade de obter uma vantagem ou sofrer um prejuízo; o nexos causal entre a ação do agente e a oportunidade perdida, ressaltando que a oportunidade perdida não é o benefício perdido, uma vez que este é hipotético.

Sendo assim, logicamente, é inadmissível aplicar uma indenização igual ou superior ao valor do benefício perdido, uma vez que, se assim fosse, o valor compensaria o benefício em si, presumindo que a vítima o alcançaria com certeza. Ora, a teoria se funda na perda da possibilidade e não na certeza, sendo forçoso conceder indenização, conforme o caso concreto, reduzindo o *quantum* do dano total, a partir da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse tocante, oportuna se faz a ponderação de Cavalieri Filho (2015):

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance da vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização como tal.

[...]

Assim, a adoção da teoria da perda de uma chance exige que o julgador bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade da perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas. O valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atentando também aqui para o princípio da razoabilidade. A indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 177)

Desta feita, tem-se que além da aplicação da teoria, não existem parâmetros fixos a fim de mensurar o valor do dano, sendo necessário a observância ao caso concreto, o que gera inúmeros debates no judiciário brasileiro. No entanto, apesar das divergências, tanto a

teoria quanto o dano moral são aplicáveis e juridicamente reconhecidos, visto que já são conhecidos inúmeros julgados neste sentido.

#### **4.2 Da Responsabilidade Médica por Perda de uma Chance**

De forma crescente, o instituto da perda de uma chance vem sendo discutido e aplicado nos casos de responsabilidade médica. A principal questão se dá quando o médico erra no diagnóstico do paciente e não oferece o tratamento oportuno e adequado, ceifando sua oportunidade de cura ou sobrevida.

Assim, responsabiliza-se o profissional tendo em vista “as doenças de que o paciente poderia ter se recuperado, ou sobrevivido, caso o profissional tivesse agido de forma diligente, perita e prudente”. (PEREIRA, 2014, p. 496). A juíza de Direito do Estado do Rio de Janeiro Grácia Cristina Moreira do Rosário (2009) esclarece a questão em artigo:

O diagnóstico equivocado pode levar a uma perda da chance do paciente de evitar os riscos que aconteceram pelo erro cometido. O diagnóstico pode ser definido como a apreciação do médico sobre o estado atual do paciente ou sobre o seu futuro. É a ação de determinar uma doença a partir de seus sintomas. A obrigação do médico no quadro do diagnóstico é uma obrigação de meios. Se os meios técnicos e intelectuais que são colocados em ação habitualmente por um profissional competente e diligente não tiverem sido acionados, a sua responsabilidade poderia ser comprometida. Se o diagnóstico é difícil de definir, não se pode reclamar do médico, salvo se ele tiver conformado com os dados adquiridos da ciência que se apresentam, caso seja necessário chamar terceiros competentes. (ROSÁRIO, 2009, p. 04)

De acordo com Souza (2015) igualmente debruça-se sobre a questão, em artigo:

A presença da teoria da “perte d’une chance”, em um atendimento médico-hospitalar, na sua avaliação em juízo, pode se dizer que fica bem caracterizada quando, mesmo que não se possa dizer com toda certeza que um paciente venha a se recuperar de uma determinada doença, seja possível se admitir que o paciente teve a perda de uma chance de se curar integralmente, ou até mesmo parcialmente, da sua doença, ou mesmo evoluiu para óbito, por não ter o médico empregado todos os meios de investigação e terapêutica, inclusive com o concurso de outros especialistas, à sua disposição para o tratamento da mesma. A culpa, no caso, se caracterizaria pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento, inclusive especializados) de se recuperar de sua moléstia. Pode, neste caso, pois, presumir, o julgador, estar a culpa presente no agir - conduta - do profissional médico, podendo,

assim, haver decisão judicial de conceder uma indenização ao paciente, embora até possa vir a ser, na sentença, de menor monta o seu valor pecuniário. (SOUZA, 2015, p. 84)

Quanto à jurisprudência, no REsp. nº 1.254.141 - PR é feita a seguinte ponderação:

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 que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no artigo 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexocausal. 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. A chance em si desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexocausal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no artigo 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. (BRASIL, STJ, 2011)

Por fim, o processo 1.0024.05.663397-7/001 do TJMG *apud* Lana (2016) também é oportuno. Retira-se o seguinte trecho da sentença:

A perda de uma chance de cura “envolve erro no atuar médico, por ação ou omissão fazendo com que o paciente perca, efetivamente, a chance do não agravamento da doença ou perca a chance de eliminação do sofrimento desnecessário”. Ou, ainda, perca a chance de retardar a morte, com preservação de razoável (possível) qualidade de vida ao paciente. Essa nova modalidade de indenização, autônoma em relação as demais, é passível de ser invocada nos casos 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. (LANA, 2016, p. 13)

Neste sentido, sempre necessário que seja levado em consideração o caso concreto, bem como a extensão e caracterização do dano, para que somente após seja possível o reconhecimento e aplicação da teoria, de forma que assim restam caracterizados e respeitados o direito fundamental à vida e a segurança jurídica nas relações sociais.

#### **4.2.1 Nexo Causal**

Uma vez que a ciência médica não é uma ciência exata, por vezes parece nebuloso estabelecer o nexos causal entre a conduta ou a omissão do médico e o resultado final obtido pelo paciente, seja ele a doença se desenvolver a níveis irreversíveis ou até mesmo o óbito. A análise deve ser feita caso a caso, cabendo ao magistrado ter a sensibilidade em distinguir o que é chance séria e real e o que é simplesmente uma aspiração ou sonho. Cavalieri Filho (2015) bem compreende tal dilema:

Em última instância, o problema gira em torno do nexos 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. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 114)

Completa Rosário (2009):

No que concerne à perda da chance de cura, para deflagrar a responsabilidade civil do médico faz-se necessário um liame objetivo que oferte a chance desejada ao aguardado pelo enfermo. A chance há de ser séria e realizável, sendo indispensável a determinação da identidade do nexos causal ligado à conduta ilícita do agente, como causa obrigatória à realização do evento danoso. A perda da chance só será possível quando der lugar à reparação da lesão procedente de uma oportunidade perdida devida a um erro médico. (ROSÁRIO, 2009, p. 165)

No entanto, não se pode olvidar que o bem jurídico tutelado em tela é a chance de sobreviver, a chance de ter cura, a chance de ter uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, a chance de ter uma maior qualidade de vida durante a doença. A palavra de ordem é a chance e não a cura ou sobrevida em si. Não há, então, flexibilização do conceito de nexo de causalidade. Esse está ligado não ao evento danoso, mas sim a ceifada possibilidade de ganho ou vantagem, no caso, cura ou sobrevida. Nessa linha de raciocínio, preciosa é a observação dos estudos de Loureiro, Martins e Reis (2014), em artigo:

Não se deve ignorar o fato de que nos casos médicos, a vítima pode não alcançar o resultado esperado por fatores independentes da conduta do médico, ou seja, ainda que o médico faça o diagnóstico a tempo e adote as providências aceitáveis tecnicamente, o resultado pode não ser alcançado por causa da evolução da própria doença, que pode ser uma predisposição da própria vítima, afinal a obrigação desse profissional é de meio e não de resultado. Mas quando o médico não age conforme deveria, errando grosseiramente no diagnóstico ou no tratamento, agindo dessa forma culposamente, parece não haver dúvidas que sua conduta tira do paciente as chances de melhor obter um resultado. Observe que é necessário que se pudesse exigir do médico uma atuação diferente e adequada que dele se espera na atual conjuntura, aquilo que qualquer outro médico faria. Dessa forma, se alguém é privado de um diagnóstico ou um tratamento correto por culpa do médico, sendo, dessa forma, prejudicado, privado de seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, ou sobrevida, está constituída aí a perda de uma chance, que também constitui um dano em si mesma. (LOUREIRO; MARTINS; REIS, 2014, p. 218)

Em verdade, não se é possível precisar qual o grau de nexo de causalidade entre a conduta do médico e o resultado final. No entanto, o grau de causalidade deve ser no mínimo, forte o suficiente para que enseje a responsabilização. Conforme discutido, a mera expectativa e esperança infundada não são razões suficientes para a responsabilização. Como o ato médico se constitui como uma concausa para o resultado final, a indenização deve observar a proporcionalidade e a razoabilidade. Ainda sob a ótica de Rosário (2009):

A doutrina aconselha efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos. A teoria diz que se pela intervenção errada do profissional, o paciente perde a possibilidade de se ver livre de determinada enfermidade, o médico deve ser responsabilizado. A ideia central é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexo de causalidade), enfatizando o resultado lesivo. Nesse sentido, nos casos em que é difícil a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização

é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Exemplo clássico na doutrina é o do profissional médico que não diagnostica um câncer no seu paciente, que vem a ser descoberto mais tarde por outro médico. Nesse caso, tendo em vista que as chances de cura são muito maiores quando descoberta a doença no início, a imperícia do profissional resulta por eliminar as possibilidades de sobrevivência do doente. Se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, está constituída uma perda de chance, que também constitui um dano em si mesma. (...) Nos casos de aplicação dessa teoria, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade que se estabelece entre a culpa do médico e o dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, e sim, a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem. (ROSÁRIO, 2009, p. 172)

Rosenvald *et al* (2015), transcrevendo Fernando Noronha assim se posicionam:

Se o agravamento do estado do paciente for devido a um erro médico (ou seja, se com um tratamento adequado a doença seria curada, ou pelo menos o paciente experimentaria melhoras), o profissional terá de responder, ainda que a responsabilidade em regra não seja pelo total do dano sofrido pelo paciente: é que nestes casos haverá de descontar a parcela do dano que seja atribuível à própria doença preexistente, conforme a regra geral aplicável nas hipóteses de concurso entre fato do responsável e caso fortuito ou de força maior, que é uma das situações em que temos a chamada causalidade concorrente. (ROSENVALD *et al*, 2015, p. 606)

Em sede jurisprudencial, toma-se como exemplo:

0151152-68.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª EMENTA DES(A). CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO - JULGAMENTO: 03/10/2017 - NONA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PACIENTE GRÁVIDA QUE PROCURA UM HOSPITAL MATERNIDADE. ATENDIMENTO QUE NÃO É FEITO POR OBSTETRA, E SIM POR ENFERMEIRAS. Diagnóstico se realizado no primeiro momento poderia ter evitado o óbito do feto. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Dano moral in re ipsa caracterizado pela comprovação da veracidade das alegações autorais e transtornos causados pela falha na prestação do serviço do nosocômio. Dano moral configurado. Dever de reparar que se impõe. Casa de saúde e maternidade que é conveniada do sus e recebe repasse do município. Responsabilidade objetiva subsidiária da municipalidade, na forma do artigo 37, §6º, da CRFB/88. Dano moral que deve ser majorado, em atenção às peculiaridades do caso concreto e ao caráter punitivo pedagógico da medida. Ofensa ao direito à saúde. Verba compensatória que se eleva para r\$200.000,00 (duzentos mil reais). Correção monetária a partir da sentença em caso de danos morais e a partir do desembolso em caso de danos materiais, ambos acrescidos dos juros de mora de 6% (seis por cento) ao

ano na forma do artigo 1º-F, da lei 9.494/97, a contar da citação, em razão da declaração de inconstitucionalidade parcial por arrastamento do artigo 5º da lei Nº 11.960/2009 pelo supremo tribunal federal nas adis Nº 4.357/DF E Nº 4.425/DF. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO AUTORAL E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. (BRASIL, 2015)

Conforme grifado, a expressão “poderia ter evitado” demonstra que o nexos de causalidade entre o dano final e a conduta do agente não é exato, porém, indeniza-se a probabilidade.

Por fim, verifica-se que, a princípio, não se mostra factível a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade objetiva. Isso porque a perquirição de culpa do causador do dano é elemento substancial na verificação do erro e, por conseguinte, na fixação da indenização devida.

## **5 FIXAÇÃO DO DANO POR ERRO MÉDICO E A PERDA DE UMA CHANCE**



É notória a difícil tarefa de quantificação de dano enfrentada pelo direito brasileiro. Conforme nosso ordenamento jurídico há a reparação integral do dano, conforme artigo 944 do código civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. No entanto, essa diretriz, na prática, pouco significa para delimitar o quantum indenizatório.

A bem da verdade, a indenização, no aspecto material, pode sim ser bem resolvida pelo parâmetro ofertado pelo artigo supracitado. No entanto, quando da aplicação de danos extrapatrimoniais, a situação se torna mais complexa.

No caso de perda de uma chance por erro médico, verifica-se ainda a impossibilidade de precisar o nexa causal. Entretanto, sendo ele aplicado quando o nexa é razoavelmente forte, espera-se que o quantum indenizatório também deve respeitar a proporcionalidade e a razoabilidade. Rosário (2009) delinea alguns parâmetros para fixação do valor da indenização:

(...) A situação do lesado, se a chance frustrada tivesse sido alcançada. A chance propriamente dita, mensurada em razão do interesse partido, do grau de probabilidade da ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado.

[...]

A violação da dignidade da pessoa; a idade; a condição socioeconômica; se houve a afetação da saúde física e/ou mental; a compensação pelo dano sofrido – o exame da possibilidade de sanar ou abrandar a moléstia na alma, além dos valores fundamentais relativos a sua personalidade que foram rompidos; a esfera da ação – investigação dos reflexos do dano no ambiente social em que está integrado, se o dano se restringe ao âmbito familiar ou se repercute em um círculo que envolve um número maior de integrantes da coletividade. (ROSÁRIO, 2009, p. 144-145)

De acordo com Neto (2013) também explica:

No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato medido – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si. (NETO, 2013, p. 112)

Ainda tomando como base o acórdão emblemático do REsp. nº. 1.254.141 - PR, na quantificação do dano, é mister observar o seguinte raciocínio:

Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima. (BRASIL, STJ, 2011)

Ainda nesse caso é importante levar em consideração o sistema bifásico adotado pelo STJ para a quantificação de danos extrapatrimoniais. No acórdão basilar, conforme a Apelação Cível nº 0019318-04.2018.8.19.0205/TJRJ (BRASIL, 2018), dessa teoria extrai-se o método que:

Resulta da reunião dos dois critérios (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso. Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial (BRASIL, 2018)

No caso de erro médico com resultado morte, a jurisprudência do STJ tem se solidificado no parâmetro de 300 a 500 salários mínimos na primeira fase de arbitramento (AgInt no AREsp n. 1.063.319/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, relatora para Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 5/6/2018), (AgRg no REsp. n. 1.362.073/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/6/2015, DJe de 22/6/2015), (AgInt no REsp. n. 1.918.758/SP, relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/6/2021, DJe de 1º/7/2021).

Portanto, aplicando-se ainda a Teoria da Perda de uma chance, espera-se a minoração de tal parâmetro em razão do grau denexo causal da conduta e o resultado. Isso, somando-se em um segundo momento, às circunstâncias fáticas que serão analisadas na segunda fase da fixação definitiva do dano. Note-se que a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA (SAMU). FALHA DO OPERADOR TELEFÔNICO. MORTE DA VÍTIMA. PERDA DE UMA CHANCE. TAXA DE SOBREVIVÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. DUPLA INCIDÊNCIA. DESCABIMENTO. PARÂMETROS JURISPRUDENCIAIS DE RAZOABILIDADE INDENIZATÓRIA. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE.

1. O agravo em recurso especial impugnou suficientemente a decisão de inadmissibilidade, apontando as razões estritamente de direito envolvendo os dispositivos de lei federal mencionados.

2. Hipótese em que a vítima faleceu afetada por parada cardíaca. O servidor do estado encarregado do atendimento das chamadas de urgência, reiterada e sabidamente faltoso em suas obrigações, descumpriu as normas técnicas de atendimento e rejeitou o serviço ao usuário. O esposo da vítima, amputado de uma mão, viu-se completamente desamparado no socorro de sua cônjuge.

3. A sentença fixou indenização de R\$ 50 mil, já considerada a teoria de perda de uma chance, diante da probabilidade de sobrevivência da vítima ao ataque cardíaco, inviabilizada pelo atendimento falho do SAMU. O acórdão tomou esse valor como base de cálculo e sobre ele aplicou novamente a teoria da perda de uma chance, para fixar a reparação em 20% do valor da sentença, isto é, R\$ 10 mil.

4. As balizas jurisprudenciais da reparação do dano por morte situam como razoáveis os valores entre 300 e 500 salários mínimos. O afastamento desses referenciais, que não se confundem com tabelamento ou tarifação, exigem motivação específica e expressa do julgador, inexistentes na espécie. Inobservados os parâmetros de razoabilidade, verifica-se a exorbitância ou irrisoriedade da condenação, não sendo hipótese de incidência da Súmula n. 7/STJ.

5. Descabe a dupla incidência (bis in idem) da teoria da perda de uma chance. A indenização em R\$ 50 mil do dano por morte é patentemente irrisória, sendo necessária a adoção do limite pretoriano mínimo para a base de cálculo da reparação.

6. Adotado o parâmetro inferior de 300 salários mínimos e aplicado o percentual de 20% pela chance de sobrevivência da vítima de ataque cardíaco, a indenização é fixada em R\$ 60 mil.

7. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL, 2022)

Logo, a partir da jurisprudência do STJ aplicada à teoria da perda de uma chance por erro médico, se proporia a verificação, em síntese, três etapas: primeiro arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado. No caso, a princípio, 300 a 500 salários mínimos, como visto. Em seguida, a redução em virtude da perda de uma chance, ou seja, entre a conduta ou a omissão do médico e o resultado final obtido pelo paciente, seja ele a doença se desenvolver a níveis irreversíveis ou até mesmo o óbito. Por fim, a adequação ao caso concreto, de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo.

Portanto, verifica-se um adicional àquela proposta do STJ quando da quantificação do dano. Isso se dá, necessariamente, pela necessidade de que a indenização seja fundada na chance, logo, na possibilidade, e não na certeza, sob pena de o valor compensar o benefício em si, presumindo que a vítima o alcançaria com certeza.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como finalidade abordar a responsabilização civil, no que tange ao erro médico, tendo ainda como pressuposto a perda de uma chance, onde esta última ainda se apresenta de forma tímida no cenário jurídico pátrio, ao contrário dos países estrangeiros do *common law*, como na França, país onde esta teoria é amplamente aceita e difundida no ordenamento jurídico.

Sua discussão gira em torno da problemática da atuação médica versus a conduta médica, sem deixar de considerar que inúmeros fatores, tanto pessoais do paciente, como do lugar em que este se encontra, quanto a conduta do profissional médica e sua atuação de qualidade, são determinantes para o reconhecimento e aplicação desta teoria. E é esta multiplicidade de fatores que fazem com ela seja vista com um olhar bem criterioso, a fim

de evitar a insegurança jurídica, a responsabilização indevida e o enriquecimento ilícito por parte do cidadão.

Ocorre, porém, que a comprovação do dano cabe à vítima do erro médico, o que torna na maioria dos casos, uma condição praticamente impossível ante a hipossuficiência técnica destes, não conseguindo desta forma estabelecer perante o judiciário a comprovação do nexo de causalidade com a conduta médica, caracterizando assim a chamada prova diabólica e a respectiva injustiça em face da potencial vítima.

Foi possível observar, apesar das inúmeras variantes incidentes sobre a questão, que a teoria da perda de uma chance nos casos de erro médico vem sendo amplamente difundida e aceita na senda jurisprudencial pátria, bem como pela doutrina que destaca pontos relevantes acerca de sua aplicação e reconhecimento dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, uma vez reconhecida a aplicação da teoria da perda de uma chance, por via de consequência, tem-se o reconhecimento da responsabilização civil em face de erros médicos, possibilitando assim, às vítimas, o recebimento de uma indenização compatível e suficiente a ponto de amenizar as sequelas e danos decorrentes da conduta culposa do profissional médico.

Por fim, ante a evolução tecnológica em todos os âmbitos da vida social, bem como dos procedimentos médicos, antigos argumentos como quantificação da chance de vida não podem balizar o reconhecimento e aplicação desta teoria ao caso concreto, sendo certo que os aspectos subjetivos deverão ser analisados com critério a fim de conferir a chance de uma reparação à vítima de erro médico, uma vez que seu restabelecimento ao *status quo* pessoal não se faz mais possível.

Assim, acredita-se que ainda se fazem necessários muitos debates e apontamentos em relação ao tema proposto no presente trabalho, uma vez que sua amplitude e inúmeras variáveis não permitem que são delimitados pontos de forma definitiva, o que faz com que este possa subsidiar novos e futuros projetos de pesquisa em relação a todo material neste apresentado.

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impreta, 1960;

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 maio 2022;

\_\_\_\_\_, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1998**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 20 maio 2022;

\_\_\_\_\_, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 abr 2022;

\_\_\_\_\_, RESOLUÇÃO CFM N° 1.931, de 17 de setembro de 2009. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag: 1229919 PR 2009/0171270-5**. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/891812275>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n° 436.827/SP**. 2002. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7548477/relatorio-e-voto-13155072>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n° 788.459/BA**. 2005. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7173792/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n° 1.190.180/SP**. 2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866588417/inteiro-teor-866588421>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n° 1.254.141-PR**. 2011. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865276892/inteiro-teor-865276902>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **AgRg no AREsp 206.291/MG**. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/835280906/inteiro-teor-835280915>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n° 70059544890**. 2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/158267839/inteiro-teor-158267850>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **APL: 0151152-68.2015.8.19.0001**. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1299528290>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **APL: 019318.04.2018.8.19.0205**. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/885880576>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **REsp. n° 2.000.983/SC**. 2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/385927681/inteiro-teor-385927684>>. Acesso em:

CHAVES, Antônio; SANTINI, José Rafaelli Santini. **Dano Moral**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2017;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil II. Obrigações: Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

- DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019;
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;
- FRANÇA, Genivaldo Veloso de. **Direito Médico**. 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2014;
- KUHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Manole, 2002;
- LANA, Henrique Avelino. **A Perda de Uma Chance e a Atividade Médica: Possibilidade de Responsabilidade Civil?** 2016. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/420/517>>. Acesso em:
- LOUREIRO, C. A. H.; MARTINS, C. L.; REIS, M. C. S. **A teoria da perda de uma chance de cura e sua aplicação na seara médica**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, v. 11, n. 1, jul. 2014;
- NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;
- NUNES DE SOUZA, Eduardo. **Do Erro à Culpa na Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015;
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil. Volume 4**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002;
- \_\_\_\_\_, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;
- ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A Perda Da Chance De Cura Na Responsabilidade Civil Médica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009;
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga. **Responsabilidade Civil: Direito Fundamental à Saúde**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010;
- \_\_\_\_\_, **Curso de Direito Civil III: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;
- SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 1ª ed. Atlas, 2006;
- SILVA, R. P. da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013;
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do Erro à Culpa na Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015;



TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Volume II: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 12<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.