



GABRIELA MINUSSI SALVADOR

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE AOS CASOS DE ERRO MÉDICO**

**LAVRAS-MG
2023**

GABRIELA MINUSSI SALVADOR

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AOS CASOS DE
ERRO MÉDICO**

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

Prof. Me. Pedro Henrique Nunes Fernandes
Orientador

**LAVRAS-MG
2023**

GABRIELA MINUSSI SALVADOR

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AOS CASOS
ERRO MÉDICO**

**APPLICABILITY OF THE LOSS OF CHANCE DOCTRINE IN MEDICAL
MALPRACTICE CASES**

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

APROVADA em 17 de julho de 2023
Prof. Me. Pedro Henrique Nunes Fernandes (UFLA)
Profa. Dra. Luciana Fernandes Berlimi (UFOP)

Prof. Me. Pedro Henrique Nunes Fernandes
Orientador

**LAVRAS-MG
2023**

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me dar forças e acalento nos momentos de maior dificuldade.

À minha família, em especial aos meus pais, Carmen e Ricardo, por sempre me incentivarem nos estudos e me cercarem de amor.

Às minhas amigas de longa data, Fernanda e Alice, por sempre se fazerem presentes, apesar da distância geográfica.

À Larissa e à Adriane, por me apoiarem nos desafios pessoais e na trajetória acadêmica, tornando meus dias em Lavras mais leves e mais felizes.

Aos servidores da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Lavras e ao Escritório Elias e Silva, pelo acolhimento e pelos ensinamentos no período de estágio.

Por fim, mas não menos importante, à Universidade Federal de Lavras e a todo corpo docente, em especial ao Prof. Me. Pedro Henrique Nunes Fernandes, por me orientar no presente Trabalho de Conclusão de Curso com muita solicitude, paciência e sabedoria.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de cometimento de erro médico. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, com realização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Em um primeiro instante, apresenta-se a teoria da perda de uma chance a partir de síntese histórica e da abordagem de seu conceito, de seus fundamentos e de diferentes correntes que buscam explicar sua natureza jurídica. Em seguida, faz-se um exame da responsabilidade civil do médico, com breves considerações sobre o desenvolvimento da medicina como ciência e sobre as obrigações ético-legais dos profissionais da saúde, além da exposição da sistematização da responsabilidade civil dos médicos no Brasil. Posteriormente, realiza-se análise do julgamento do REsp 1.254.141/PR, que reflete posicionamento favorável do Superior Tribunal de Justiça (STJ) à utilização da teoria da perda de uma chance como critério de apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, desde que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura ou de sobrevivência do paciente. Em contraponto, expõe-se argumentos de doutrinadores brasileiros contrários à aplicação da teoria em comento na seara médica. Por fim, com o acolhimento do posicionamento do STJ, são propostos elementos a serem observados pelo julgador na aplicação da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência e para o arbitramento do montante indenizatório.

Palavras-chave: Erro Médico. Teoria Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil do Médico. Nexo Causal. Dano.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	7
2.1 Síntese histórica: desenvolvimento da responsabilidade civil e surgimento da teoria da perda de uma chance.....	7
2.2 Conceito e requisitos da teoria da perda de uma chance.....	10
2.3 Natureza jurídica da teoria da perda de uma chance	12
2.3.1 Perda de uma chance como utilização de causalidade parcial	13
2.3.2 Perda de uma chance como dano autônomo	14
2.3.3 Doutrina divisionista: perda de uma chance clássica x perda de uma chance na seara médica.....	15
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AO MÉDICO.....	17
3.1 Desenvolvimento histórico da medicina: de misticismo a ciência	17
3.2 Ética médica	18
3.3 A sistematização da responsabilidade civil do médico no Brasil	22
4. DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DA UMA CHANCE AO ERRO MÉDICO	25
4.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): análise do julgamento do REsp 1.254.141/PR	25
4.2 Doutrina pátria: argumentos contrários à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos erro médico	29
4.3 Critérios para a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico.....	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance, nas palavras de Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019, p. 322), constitui situação na qual é dissipada uma “[...] oportunidade de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto”. A responsabilidade civil e a reparação com base em tal teoria, portanto, não incidem sobre o dano final, mas sim sobre a chance perdida, que deve ser séria e real.

Desenvolvida originalmente no direito francês, a teoria da perda de uma chance é hoje recepcionada pela doutrina e jurisprudência pátrias, sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentre outras situações, a desídia de advogados, a falhas de reality shows/programas televisivos em competições por prêmios, a ausência de preposto para coleta de células-tronco na hora do parto e ao erro médico.

Quanto à hipótese de erro médico, restou consolidado pelo Recurso Especial 1.254.141/PR (BRASIL, 2012), publicado no Informativo nº 513 do STJ, que a 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”.

Entretanto, a despeito do entendimento do STJ, parte da doutrina considera a teoria da perda de uma chance na seara médica como uma má aplicação. Dentre os argumentos em defesa de tal posição estão o desvirtuamento do nexo de causalidade e a impossibilidade de perquirir chances perdidas com o término do processo aleatório, bem como a imposição de ônus excessivo aos médicos.

Assim, considerando a divergência entre o STJ e parte da doutrina, a presente monografia terá como objetivo analisar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos de erro médico, o que se justifica pela necessidade de estabelecimento de critérios, tanto pela importância da reparação da vítima, como para evitar condenações extravagantes ou indevidas aos médicos.

Para tanto, com o fim de proporcionar melhor entendimento acerca da teoria da perda de uma chance, aborda-se o contexto histórico de desenvolvimento da teoria como instrumento de responsabilização civil, bem como o seu conceito, fundamentos e as principais correntes doutrinárias que pretendem explicar a sua natureza jurídica, quais sejam: da causalidade parcial, do dano autônomo e divisionista.

Posteriormente, no que concerne à responsabilidade civil do médico, discorre-se brevemente sobre o desenvolvimento da medicina como ciência e sobre as obrigações ético-legais dos profissionais da saúde. Ademais, expõe-se a sistematização da responsabilidade civil dos médicos no Brasil, com esclarecimento da espécie de obrigação assumida pelo profissional na sua relação com o paciente.

Por último, analisa-se a aplicabilidade da perda de uma chance ao erro médico, sendo apresentados de um lado os fundamentos utilizados pela Relatora Min. Nancy Andrighi no julgamento Recurso Especial 1.254.141/PR, e de outro os argumentos contrários à aplicação da teoria na seara médica apontados pela doutrina nacional, para ao final serem estipulados critérios e cautelas que precisam ser observados pelos julgadores no âmbito da aplicação da perda de uma chance ao erro médico.

2 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Síntese histórica: desenvolvimento da responsabilidade civil e surgimento da teoria da perda de uma chance

Historicamente, é possível afirmar que o direito civil europeu e pátrio foram marcados pela ideologia individualista e patrimonialista, consagrada com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 10). Neste cenário, prevaleceu o patrimônio como valor individual a ser tutelado nos códigos, o que fez submergir a pessoa humana, vista como simples e formal polo da relação jurídica (LÔBO, 2021, p. 64). Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, diversas nações editaram novas constituições, fundadas em uma visão mais humanista e solidária do direito, centrada na dignidade da pessoa, chocando-se frontalmente com as codificações civis (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 10). Assim, em meio à colisão axiológica entre codificações civis e constituições, foi edificado o direito civil constitucional, pautado na reformulação e interpretação dos institutos de direito civil à luz dos novos valores constitucionais (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 11).

A responsabilidade civil, enquanto instituto de direito civil, também foi marcada pela ideologia individualista e patrimonialista, de forma que tinha como base exclusiva a responsabilidade subjetiva – dependente da comprovação da culpa – e a reparação de danos patrimoniais certos e tangíveis (SILVA, 2013, p. 73). Contudo, a partir das mudanças socioeconômicas e ideológicas decorrentes da Revolução Industrial e dos novos valores

constitucionais, a responsabilidade baseada nos referidos moldes deu sinais de insuficiência, o que provocou transformações referentes à abrangência da matéria e ao modo como sua teoria geral era vislumbrada.

Com relação à Revolução Industrial, Noronha aponta como o progresso tecnológico e econômico do período surtiram influência no âmbito da responsabilidade civil, afirmando que:

No que interessa à responsabilidade civil, a revolução industrial agravou enormemente os riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles. Por outro lado, ao proporcionar melhores condições médias de vida e de cultura, aquela pela disponibilidade maior de bens, esta graças essencialmente ao estabelecimento de escolas postas ao alcance das grandes massas, impulsionou a valorização do ser humano, fazendo com que este, como observa Jourdain, passasse a aceitar ainda menos os golpes do destino, recusando a desgraça e exigindo a reparação de todo o dano sofrido (1998, p. 25).

Os desdobramentos da Revolução Industrial, segundo o referido autor, resultaram no crescimento contemporâneo da responsabilidade civil, manifestado através de triplo fenômeno: expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização (NORONHA, 1998, p. 25-27). O primeiro fenômeno se deu pela extensão da obrigação de indenizar aos danos morais e pelo reconhecimento da necessidade da tutela de danos transindividuais, correspondendo às exigências sociais da reparação mais abrangente possível. O segundo fenômeno, por sua vez, marcou o distanciamento da noção de imprescindibilidade da culpa a partir do desenvolvimento da teoria objetiva, a qual determina o dever de indenizar independentemente da culpa do ofensor, associando a reparação ao risco da atividade da qual resultou o dano (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2023, p. 4). O terceiro fenômeno, por fim, simbolizou o declínio da responsabilidade individual, considerando o desenvolvimento de processos comunitários para a indenização de diferentes danos (seguridade social, responsabilidade grupal, etc.).

Quanto aos novos valores constitucionais, Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019, p. 52) destacam a solidariedade (art. 3º, I e III, CF/88), apontando-a como causadora de um giro copernicano na responsabilidade civil, representado pelo deslocamento do foco da sanção do ofensor para a tutela do ofendido. Tratando-se de princípio passível de exigibilidade, desvinculado de mera referência a valores éticos transcendentais, a solidariedade passou a desempenhar nas relações sociais concretas a articulação da convivência entre o individual e o coletivo à procura do bem comum (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 51). Assim, por um viés solidarista, mencionando o desenvolvimento da teoria objetiva, os autores indicam que, em vez de procurar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando a moral da conduta –, passou-se a buscar um responsável pela reparação, simplesmente pela

potencialidade de risco inerente à atividade ou por outras necessidades de imputar a obrigação de indenizar – preposição, confiança, etc. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 52).

Alinhado aos supracitados autores, Schreiber (2009, p. 81) também identifica um movimento de valorização da função compensatória da responsabilidade civil, porém o associa à erosão dos tradicionais filtros de reparação. Para o autor, a referida erosão consiste na relativa perda de importância da culpa e do nexo causal como óbices ao ressarcimento (SCHREIBER, 2009, p. 11-12). No que diz respeito à primeira, a erosão se embasa não só na perda de aplicação da culpa em relações regidas pela responsabilidade objetiva, como também na facilitação de sua prova, considerando a proliferação de presunções e alterações nos métodos de aferição da culpa (SCHREIBER, 2009, p. 49). Quanto ao nexo causal, a erosão se fundamenta na flexibilidade dos tribunais na exigência da sua prova, aproveitando-se da miríade de teorias de causalidade para justificar uma escolha subjetiva da causa do dano, por vezes atécnica (SCHREIBER, 2005, p. 53).

Assim, com a minimização dos obstáculos impostos pelos tradicionais filtros de reparação, deslocou-se o foco da culpa e do nexo causal para o dano (SCHREIBER, 2009, p. 243). A centralidade do referido elemento demonstrou maior valorização da função compensatória da responsabilidade civil, derivada da aplicação dos valores constitucionais às relações privadas (SCHREIBER, 2009, p. 243). Nesse sentido, o crescente desdobramento da dignidade humana em novos interesses existenciais também contribuiu para o desenvolvimento da supracitada expansão dos danos suscetíveis de reparação, com a profusão de novas modalidades de danos, dentre eles a perda de uma chance, objeto de estudo deste trabalho (SCHREIBER, 2009, p. 243).

A perda de uma chance pode ser definida, sucintamente, como “uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 322). Originária do direito francês, a referida teoria tem como precedente mais antigo decisão da Corte de Cassação Francesa de 1889, a qual reconheceu o direito de uma parte a ser indenizada pela perda provocada por conduta negligente de um oficial ministerial, que impediu o prosseguimento de certo procedimento e, conseqüentemente, as chances de ganhar o processo (BRASIL, 2014). Em solo brasileiro, as primeiras tentativas de aplicação da perda de uma chance foram feitas pelo ministro Ruy Rosado, por provável influência de conferência proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1990 por François Chabas, jurista francês estudioso da teoria (NORONHA, 2013, p. 705).

Atualmente, embora inexista previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a perda de uma chance é recepcionada pela doutrina e jurisprudência, sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentre outros casos, a desídia de advogados (REsp 1.877.375 – RS, j. 08-03-2022; EDcl-REsp 1.321.606 – MS, j. 23-04-2013), a falhas de reality shows/programas televisivos em competições por prêmios (REsp 788.459 – BA, j. 08-11-2005; REsp 1.757.936 – SP, j. 20-08-2019), a ausência de preposto para coleta de células-tronco na hora do parto (REsp 1.291.247-RJ, j. 19-08-2014) e ao erro médico (REsp 1.662.338-SP, j. 12-12-2017).

No entanto, apesar das diversas possibilidades de aplicação da perda de uma chance, o presente trabalho se debruçará apenas sobre a hipótese de erro médico, pois constitui alvo de controvérsia. Enquanto a jurisprudência brasileira apresenta entendimento favorável à aplicação da teoria ao erro médico – vide Informativo nº 513 do STJ –, parte da doutrina defende sua inaplicabilidade a tal hipótese, argumentando a ocorrência de desvirtuamento do nexo causal, impossibilidade de perquirição das chances perdidas com o término de um processo aleatório, bem como a imposição de ônus excessivo aos médicos (SILVA, 2013, p. 209).

Portanto, neste capítulo, além do breve desenvolvimento histórico já realizado, serão abordados o conceito e os requisitos da perda de uma chance, bem como os diferentes entendimentos acerca de sua natureza jurídica, proporcionando bases para que posteriormente seja discutida a (in)aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos de erro médico.

2.2 Conceito e requisitos da teoria da perda de uma chance

Tendo em vista a problemática central do presente trabalho, serão aprofundados neste subtópico o conceito e os requisitos da teoria da perda de uma chance.

Segundo Noronha (2013, p. 695-696), quando se fala em chances, estamos perante situações em que está em curso um processo que possibilita a oportunidade de vir a obter algo benéfico no futuro. Já no âmbito da responsabilidade civil, quando se fala em perda de chances, estamos diante da interrupção irreversível desse processo por um fato antijurídico, ficando a oportunidade inevitavelmente destruída.

A chance perdida, no âmbito da responsabilidade civil, pode se dar tanto pela frustração da oportunidade de se obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, quanto pela frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou (NORONHA, 2013, p. 696). À situação passada, em que havia chance real, contrapõem-se, de um lado, a situação danosa atual, na qual a vítima deixou de obter a vantagem ou experimentou

o prejuízo e, de outro, a situação vantajosa hipotética que ela agora desfrutaria, caso a chance pudesse ter sido aproveitada (NORONHA, 2013, p. 696).

Assim, no que concerne ao objeto da reparação, Noronha (2013, p. 697) lembra que o dano final não pode ser confundido com o dano da perda de uma chance. Enquanto o primeiro consiste na irreversível perda da vantagem esperada ou na concretização do prejuízo que não foi impedido, o segundo se constitui pela oportunidade dissipada de obter futuramente a vantagem esperada ou de evitar o prejuízo que acabou se concretizando. No caso da perda de uma chance, o que se busca é compensação pela perda da oportunidade, e não pelo dano final.

Nesse sentido, citando Jacques Boré, Peteffi da Silva (2013) destaca que na responsabilidade pela perda de uma chance o ato culposo do ofensor é uma das causas para a concretização do dano final, e não a única causa, de forma que é impossível ter certeza do que aconteceria se não fosse a conduta do ofensor:

Não podemos afirmar que o ato culposo do ofensor foi a causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado de fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial e as misteriosas características das enfermidades. Entretanto não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de ver seu processo julgado, o proprietário do cavalo perdeu a chance de ganhar o prêmio, e a gestante perdeu a chance de continuar viva, ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor (BORÉ, 1974 apud SILVA, 2013, p. 13).

Para que seja aplicada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, a vítima deve estar impossibilitada de provar o nexos causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem, sendo possível a ela provar apenas a existência do nexos causal entre a conduta do agente e a perda da chance (SILVA, 2013, p. 142-143). Ademais, a chance que foi perdida deve ser séria e real, isto é, precisa ter contornos de razoabilidade e plausibilidade (SILVA, 2013, p. 138). A jurisprudência italiana chega inclusive a defender a fixação de porcentagem mínima, de forma que não haveria direito à reparação se a oportunidade perdida representasse menos de 50% de chances de obtenção do resultado favorável (CARNAÚBA, 2013, p. 124).

Com o fim de melhor elucidar a identificação do que seriam as chances sérias e reais, Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019, p. 324) exemplificam que, caso um candidato fosse atropelado na véspera da primeira fase de um concurso público, a alegação de perda de uma chance seria inócua, pois a maior parte dos concursandos acabam sendo reprovados ao longo das etapas seguintes dos concursos. Diferentemente, a reprovação no momento derradeiro do concurso não corresponderia a mera possibilidade perdida, mas à efetiva supressão de um bem

jurídico, sendo possível a reparação pela perda de uma chance num montante que permita novo período de estudos ao lesado.

Com efeito, as chances perdidas precisam passar de meras expectativas subjetivas, sob pena de incidir no campo dos danos hipotéticos. Nem todas as hipóteses de perda de uma chance são indenizáveis, uma vez que esperanças aleatórias não são suscetíveis de indenização e, em regra, no espectro da responsabilidade civil, não é indenizável o dano potencial ou incerto (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 324).

Repisa-se que não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, visto que o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima (BRASIL, 2012). Desse modo, para quantificar a chance perdida, recorre-se à estatística, isto é, ao prognóstico de se alcançar o resultado hipotético.

Carnaúba (2013, p. 180-181) explica que a chance deve ser medida a partir da extensão do interesse que ela representa, realizando-se o cálculo das “expectativas matemáticas” decorrentes dessa chance. Primeiramente, é necessário determinar qual seria o ganho conquistado ou a perda evitada, caso a vítima tivesse obtido o resultado aleatório esperado. Em seguida, esse valor é multiplicado pela porcentagem de chances perdidas pela vítima pelo fato antijurídico praticado pelo ofensor. O resultado será o montante a ser indenizado em razão da perda da chance. Tal técnica, segundo o autor, também pode ser utilizada no caso de dano extrapatrimonial, de forma que na primeira etapa devem ser aplicados os critérios ordinários de mensuração do dano moral, e na segunda feita a redução do valor com base nas porcentagens envolvidas.

Concluída a exposição, entende-se, resumidamente, que a perda de uma chance consiste na oportunidade dissipada de obter uma vantagem esperada ou de evitar um prejuízo por conta da prática de um fato antijurídico. O alvo da compensação é a perda da oportunidade, a qual será quantificada com base na estatística, e não o dano final experimentado pela vítima. Sua incidência depende da seriedade e realidade das chances, bem como da comprovação do nexo causal entre a conduta do ofensor e a perda da chance.

2.3 Natureza jurídica da teoria da perda de uma chance

O exame sobre a natureza jurídica de determinado instituto é atividade lógica de classificação, com a identificação de elementos constitutivos fundamentais, sendo meio de

classificar determinado instituto conforme o universo de figuras existentes no Direito (DELGADO, 2017 apud COSTA, 2018, p. 25).

Desse modo, no presente subtópico, serão expostas brevemente três principais correntes acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, com o fim de identificar a essência do instituto e sua forma de manifestação no universo jurídico, além da influência de cada corrente sobre a discussão em torno da (in)aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao erro médico.

Para tanto, a princípio, será apresentada a corrente da causalidade parcial, defendida por autores como Jacques Boré (1974 apud SILVA, 2013) e John Makdisi (1989 apud SILVA, 2013), que entendem que toda aplicação da teoria da perda de uma chance implica na utilização de causalidade parcial.

Em seguida, será exposta a corrente do dano autônomo, defendida por autores como Joseph King Jr. (1998 apud SILVA, 2013) e Nuno Rocha (2014), que compreendem a perda de uma chance como um dano autônomo em relação ao dano final, reparável sem a necessidade de alterações no conceito do nexo causal.

Por fim, será elucidada a corrente divisionista, majoritária entre os doutrinadores franceses, que defendem a separação entre perda de uma chance clássica e perda de uma chance na seara médica e a inaplicabilidade do instituto neste último caso.

2.3.1 Perda de uma chance como utilização de causalidade parcial

A corrente em análise, defendida principalmente por Jacques Boré e John Makdisi, entende que todos os casos de perda de uma chance se baseiam na causalidade parcial. Segundo Peteffi da Silva, os referidos doutrinadores não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano, autônomo e independente, pois afirmam que as chances perdidas são indissociáveis do dano final, isto é, do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada (SILVA, 2013, p. 56).

Isso porque a vítima precisa esperar até o final do processo aleatório para que consiga saber se poderá ingressar com ação de reparação pela perda de uma chance, embora a perda da chance já tenha sido constatada anteriormente. De acordo com Boré, tal situação faz com que o prejuízo caracterizado pelas chances perdidas “não seja considerado como revestido de um caráter danoso próprio, mas somente como uma causa, tendo concorrido para a produção de um dano final, que é reparado somente em parte” (BORÉ, 1974 apud SILVA, 2013, p. 53).

Assim, na lição de Nuno Rocha,

Para estes autores, o magistrado confrontado com uma situação típica de perda de chance, ou verifica que o dano final não possui carga de certeza necessária para que se possa afirmar o nexo causal entre o facto e o dano à luz das normas vigentes no ordenamento jurídico e não concede nenhuma indemnização, ou poderá reduzir a indemnização na medida do vínculo causal que constata entre o dano e o acto censurável do agente (ROCHA, 2014, p. 35).

Outro ponto diz respeito às hipóteses em que não ocorre a perda definitiva da vantagem esperada, apesar da prática da conduta causadora de perda de chance. Peteffi da Silva (2013, p. 51-52) exemplifica: existe a possibilidade de indenização de perda de uma chance, por exemplo, se um advogado de forma negligente deixa de fazer a sustentação oral para a qual foi contratado, mas ainda assim o seu cliente tivesse seu recurso provido? E no caso em que um médico atua de forma negligente, mas o paciente não sofre qualquer sequela?

A resposta dos principais autores é pela negativa da possibilidade de indenização, o que, segundo os defensores da corrente da causalidade parcial, apenas reforça que as chances perdidas não configuram um dano autônomo em relação ao prejuízo final (SILVA, 2013, p. 52). Desse modo, conforme destacado anteriormente, a corrente da causalidade parcial entende que as chances perdidas só podem ser consideradas como uma das causas que concorrem com o dano final, e não como um dano autônomo.

2.3.2 Perda de uma chance como dano autônomo

Em sentido contrário à corrente da causalidade parcial, doutrinadores como Joseph King Jr. e Nuno Rocha entendem que as chances perdidas são autônomas em relação ao dano final e perfeitamente reparáveis, prescindindo de alteração no conceito de nexo causal (SILVA, 2013, p. 77)

Joseph King Jr. (1998 apud SILVA, 2013, p. 77) afirma que os tribunais falham em identificar a chance perdida como dano reparável por a interpretarem somente como possível causa para a perda da vantagem definitiva, de modo que algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. Assim, para o autor, em casos de evidente injustiça decorrente da total improcedência de espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, as cortes tentam modificar o padrão “tudo ou nada” da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance representa um dano autônomo reparável.

Em consonância com a posição de King Jr., Nuno Rocha elucida a distinção entre o dano final e o dano da perda de uma chance em caso na seara médica, esclarecendo a existência

de nexos causal entre a conduta do médico e a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, que prescindiria de mudança no conceito consolidado de causalidade para sua aplicação:

[...] aquando da prática de um comportamento censurável por parte de um médico, deparamo-nos com duas relações causais e dois danos distintos. A primeira ligando de forma certa e clara o acto do médico à perda da possibilidade de cura ou sobrevivência. Aqui o comportamento daquele foi causa necessária para o aparecimento deste prejuízo. Na segunda relação é que surgem as dúvidas, quando, perante o dano da morte ou do agravamento da doença, não se consegue provar o nexo de causal entre este e a conduta do agente. Desta forma, será somente o primeiro dano que será possível indemnizar, pois é apenas aquele que preenche todos os requisitos da responsabilidade civil, nomeadamente no que respeita à prova do nexo causal. (ROCHA, 2014, p. 95-96).

Também pode ser utilizado como exemplo o clássico caso de advogado que perde prazo para interposição de recurso, impossibilitando a vantagem esperada pelo cliente. Em tal situação, não há como assegurar que o recurso, se interposto, seria provido, de forma que não se comprove o nexo necessário entre a conduta negligente do profissional e o dano final experimentado pela vítima. No entanto, haveria uma certeza de nexo causal entre a negligência do profissional e a perda da oportunidade de o cliente ver o recurso interposto e julgado, o que constituiria dano autónomo.

Desse modo, para os defensores da corrente do dano autónomo, o dano provocado pela perda de uma chance não se confunde com o dano final, isto é, com a perda definitiva da vantagem esperada ou concretização do prejuízo. Na hipótese de perda de uma chance, entendida como dano autónomo, repara-se a perda da oportunidade de alcançar a vantagem ou de evitar o prejuízo. Nesse caso, o cálculo da indemnização é feito com base na probabilidade de o resultado esperado ter sido alcançado, se não houvesse ocorrido a perda da chance.

2.3.3 Doutrina divisionista: perda de uma chance clássica x perda de uma chance na seara médica

Nos subtópicos 2.3.1 e 2.3.2 foram expostas as correntes que defendiam que a perda de uma chance possui natureza jurídica única. Nessa perspectiva, Jacques Boré e John Makdisi entendiam que todas as aplicações da perda de uma chance estariam fundadas no instituto da causalidade parcial, enquanto Joseph King Jr. e Nuno Rocha consideravam que todas as aplicações da perda de uma chance estariam vinculadas a um conceito alargado de dano (SILVA, 2013, p. 83).

Entretanto, no presente subtópico, apresenta-se a corrente divisionista, majoritária entre os doutrinadores franceses, que defende a ruptura entre os casos de perda de uma chance na

sseira médica e as outras aplicações da teoria, classificadas como perda de uma chance clássica. Peteffi da Silva (2013, p. 84) explica que a referida corrente teve origem na crítica realizada por René Savatier à utilização da perda de uma chance de cura e de sobrevivência com base em duas decisões proferidas por cortes francesas.

Na primeira decisão, a Corte de Cassação francesa julgou em 1965 o caso de uma criança que havia machucado o braço em um acidente. A criança foi atendida por um médico que constatou a fratura e tomou as medidas de praxe para curá-la. No entanto, depois de certo tempo, a criança passou a apresentar dores, de modo que outros médicos descobriram que havia problemas no cotovelo, que causaram deficiências permanentes no movimento do braço. Assim, apesar de os peritos concluírem que o primeiro médico havia se equivocado no diagnóstico, a Corte entendeu que a falha do profissional não tinha relação de causalidade absoluta com as sequelas experimentadas pela criança, tendo o erro de diagnóstico subtraído apenas algumas chances de cura.

Na segunda decisão, a Corte de Apelação de Paris em 1966 condenou um médico pela perda de 80% das chances de sobrevivência de paciente que foi acometida por hemorragia após o parto, e foi negligentemente deixada sem assistência adequada. Não houve condenação integral porque foi afirmado pelos peritos que, embora com o tratamento adequado, cerca de 20% das pacientes com a mesma condição acabam falecendo.

Savatier (1976 apud SILVA, 2013, p. 84) considera que ambas as decisões divergem dos demais casos de aplicação da perda de uma chance, pois se desalinham dos princípios de direito comum sobre a causalidade. Isso porque, com base nas duas decisões expostas, o juiz não perquire se a falha médica tem nexos causal com o dano, mas apenas questiona aos peritos qual a probabilidade de existir nexos causal, concedendo reparação parcial caso a causalidade com o dano final não seja definitiva. Já nos chamados casos clássicos, a conduta do ofensor tem relação de causalidade certa com a interrupção do processo aleatório, de modo que nunca se saberá se o resultado interrompido geraria resultados positivos ou negativos para a vítima.

Conforme explicado por Carnaúba,

de um lado, haveria os casos em que o responsável privou a vítima de todas as suas chances de obter o resultado aleatório desejado. Em tais hipóteses, a conduta do réu necessariamente interrompeu o processo aleatório, restando, pois, configurado um nexos de casualidade tradicional entre esta conduta e o prejuízo sofrido pela vítima. A reparação de chances teria aqui natureza de prejuízo autônomo. Já o segundo grupo seria composto pelos casos em que a conduta do réu privou a vítima de apenas parte de suas chances de obter o resultado desejado, nos quais o processo aleatório continua a se desenrolar mesmo após a intervenção do réu, chegando até o seu fim. Os litígios envolvendo a responsabilidade médica, em especial aqueles em que o erro de tratamento priva o paciente de parte de suas chances de cura, estariam

abarcados nesse segundo grupo. Contrariamente ao grupo precedente, não haveria nesses casos um nexo causal entre a conduta do réu e prejuízo da vítima, ante a ausência de relação necessária entre ambos. Aplicada a esse tipo de conflito, a técnica da reparação de chance serviria como forma de alargar a concepção clássica de causalidade jurídica, possibilitando o reconhecimento de um nexo de causalidade parcial (CARNAÚBA, 2013, p. 62-63).

Portanto, os defensores da doutrina majoritária ora exposta condenam a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica (perda de uma chance de cura e de sobrevivência), pois alegam que em tais situações, em que o resultado negativo já se concretizou (sequelas ou morte), pairam dúvidas sobre a relação de causalidade entre a conduta do médico e o dano, de forma que não se sabe se a concretização do dano decorreu da conduta do profissional ou da evolução natural da enfermidade. A aplicação da perda de uma chance na seara médica, desse modo, seria o “paraíso do juiz indeciso” (SAVATIER, 1976 apud SILVA, 2013, p. 89). Diferentemente, nos denominados casos clássicos, o processo que poderia ou não trazer vantagens é interrompido pela conduta do ofensor, ou seja, há relação de causalidade certa entre a conduta do ofensor e a interrupção do processo, configurando dano autônomo, indenizável pela perda de uma chance.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AO MÉDICO

3.1 Desenvolvimento histórico da medicina: de misticismo a ciência

Findos os esclarecimentos acerca do desenvolvimento histórico, do conceito, dos requisitos e das correntes sobre a natureza da teoria da perda de uma chance, partem-se agora para as considerações sobre a responsabilidade civil do médico, tendo como ponto de partida breve contextualização do desenvolvimento histórico da medicina.

Nas palavras de Prado Souza (2022, p. 9), “desde os primórdios da humanidade, a figura do médico na sociedade é tão presente quanto a existência de doença e dor”. No entanto, dos primórdios da humanidade até os dias atuais a medicina e o papel do médico sofreram transformações, evoluindo com o avanço tecnológico-científico e se adaptando à sociedade contemporânea.

Em um primeiro momento, as atividades para o combate de doenças se direcionavam apenas à cura, e não ao estudo das patologias, predominando o empirismo (KFOURI NETO, 2021, p. 49). O “médico” era considerado um mago/sacerdote, de forma que se acreditava que a cura era obtida através de experimentos e ritualismo, sendo a atuação do profissional um ato místico, sobrenatural (SOUZA, 2022, p. 9). Tal crença derivava do total desconhecimento da

etiologia de todas as doenças e da total inconsciência sobre como o corpo humano reagiria aos processos de cura (KFOURI NETO, 2021, p. 49). Nesse contexto, os métodos de cura não eram questionados e o “médico” era reverenciado pela sociedade (SOUZA, 2022, p. 10).

Contudo, conforme a medicina foi se aproximando da ciência, mais rigorosas se tornaram a avaliação de erros profissionais, sendo o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.) exemplo disso (KFOURI NETO, 2021, p. 49). O referido documento instituiu compensações financeiras aos médicos em operações difíceis, porém dispunha punições severas em caso de práticas médicas que causassem prejuízo ao enfermo, como a punição da perda de uma mão se o profissional provocasse a morte ou a perda de um olho do paciente (SOUZA, 2022, p. 10). Em face disso, bem como do desconhecimento da anatomia humana, eram realizadas somente operações de extrema simplicidade (KFOURI NETO, 2021, p. 50).

Apenas a partir dos estudos de Hipócrates (460-377 a.C.), considerado pai da Medicina, que foram sendo afastadas das doenças as interpretações teológicas. Isso porque Hipócrates dirigiu sua atenção à doença em si, para, então, com ética e racionalidade, ajudar o paciente, de forma que até hoje a matriz ética de sua atuação é lembrada e compõe o texto do juramento feito pelos graduandos do curso de Medicina no Brasil. Assim, o diagnóstico das doenças passou a se basear em um processo lógico de estudo e trabalho, ganhando espaço a Medicina clínica (SOUZA, 2022, p. 11).

Com a avançar da tecnologia e a maior preocupação do bem-estar e segurança do paciente, principalmente após a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, os médicos perderam o caráter divino e passaram a ser considerados profissionais comuns, sujeitos a erros e questionamentos (SOUZA, 2022, p. 11). Nesse contexto, direitos como o consentimento informado passaram a ser indispensáveis, e foram inseridos os conceitos de responsabilidade civil, penal e ética na relação médico-paciente (SOUZA, 2022, p. 11). A responsabilidade dos médicos passou a acompanhar o crescimento de direitos dos pacientes, de modo que condenações judiciais passaram a ser cada vez mais comuns (SOUZA, 2022, p. 11).

Atualmente, impõe-se aos médicos a observância em sua atuação dos cuidados com o paciente, bem dos direitos que ele possui, sob pena de responsabilização civil. Desse modo, no próximo subtópico, serão brevemente expostos os princípios de ética médica e os direitos do paciente, para que posteriormente seja abordada a sistematização da responsabilidade civil do médico no Brasil.

3.2 Ética médica

Os desafios éticos decorrentes de avanços tecnológicos-científicos na Medicina e a escalada dos direitos humanos promoveram a universalização da Bioética a partir de 1970, entendida como “ciência que tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores de referência racionalmente proponíveis, denunciar os riscos das possíveis aplicações” (LEONE et al., 2001 apud JUNQUEIRA, 2012, p. 4).

Nesse contexto, em 1979, Beauchamps e Childress criaram a obra “Princípios de Ética Biomédica”, ainda hoje referência mundial, estendendo princípios orientadores da pesquisa médica para a prática médica (SOUZA, 2022, p. 16). Assim, são considerados como princípios fundamentais da bioética a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça.

O princípio da autonomia estabelece a faculdade do paciente capaz de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, isto é, de traçar suas próprias opiniões e receber do médico respeito e compreensão quanto a seus valores, crenças e convicções (SOUZA, 2022, p. 18). Com base neste princípio, o médico é direcionado a atuar de modo compatível com o melhor interesse do paciente, considerando a própria opinião do paciente para a tomada de decisão adequada de tratamento (SOUZA, 2022, p. 18). O princípio da autonomia inclusive encontra previsão no Código de Ética Médica, em seu Capítulo I, inciso XXI:

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

O art. 24 do Capítulo IV do Código de Ética Médica, por sua vez, estabelece como vedado ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.”. Diferentemente, caso o paciente esteja incapaz de exprimir seu desejo, suas informações deverão ser prestadas por responsáveis ou familiares, de modo que o art. 22 do Capítulo IV do Código de Ética Médica disciplina que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

A partir do princípio da autonomia teve origem o consentimento informado (ou Termo de Consentimento Livre e Esclarecido), por meio do qual o paciente decide e autoriza o médico a realizar determinados tratamentos (SOUZA, 2022, p. 18). Sem o consentimento informado, conforme exposto no art. 22, Capítulo IV do Código de Ética Médica, o profissional comete infração ética, com exceção dos casos de perigo iminente de morte. No entanto, para que o

consentimento seja válido, é preciso que o paciente consinta sem qualquer influência, com prévio acesso às informações fundamentais para sua decisão, de forma completa e clara, sendo-lhe esclarecido os riscos, benefícios, alternativas de procedimento, efeitos colaterais e contraindicações existentes, conforme ensinado em acórdão recentemente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO (SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. O presente caso trata de ação indenizatória buscando a reparação pelos danos morais reflexos causados em razão do falecimento do irmão dos autores, ocasionado por choque anafilático sofrido logo após o início da indução anestésica que precederia procedimento cirúrgico para correção de apnéia obstrutiva do sono, a qual causava problemas de "ronco" no paciente. 1.1. A causa de pedir está fundamentada não em erro médico, mas sim na ausência de esclarecimentos, por parte dos recorridos - médico cirurgião e anestesista -, sobre os riscos e eventuais dificuldades do procedimento cirúrgico que optou por realizar no irmão dos autores. 2. Considerando que o Tribunal de origem, ao modificar o acórdão de apelação na via dos embargos declaratórios, fundamentou o decisum na ocorrência de omissão e erro material no acórdão embargado, não há que se falar em violação do art. 535 do CPC/1973. 3. Todo paciente possui, como expressão do princípio da autonomia da vontade, o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de um determinado procedimento médico, possibilitando, assim, manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse ou não na realização da terapêutica envolvida, por meio do consentimento informado. Esse dever de informação encontra guarida não só no Código de Ética Médica (art. 22), mas também nos arts. 6º, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 15 do Código Civil, além de decorrer do próprio princípio da boa-fé objetiva. 3.1. A informação prestada pelo médico deve ser clara e precisa, não bastando que o profissional de saúde informe, de maneira genérica, as eventuais repercussões no tratamento, o que comprometeria o consentimento informado do paciente, considerando a deficiência no dever de informação. Com efeito, não se admite o chamado "blanket consent", isto é, o consentimento genérico, em que não há individualização das informações prestadas ao paciente, dificultando, assim, o exercício de seu direito fundamental à autodeterminação. 3.2. Na hipótese, da análise dos fatos incontroversos constantes dos autos, constata-se que os ora recorridos não conseguiram demonstrar o cumprimento do dever de informação ao paciente - irmão dos autores/recorrentes - acerca dos riscos da cirurgia relacionada à apnéia obstrutiva do sono. Em nenhum momento foi dito pelo Tribunal de origem, após alterar o resultado do julgamento do recurso de apelação dos autores, que houve efetivamente a prestação de informação clara e precisa ao paciente acerca dos riscos da cirurgia de apnéia

obstrutiva do sono, notadamente em razão de suas condições físicas (obeso e com hipertrofia de base de língua), que poderiam dificultar bastante uma eventual intubação, o que, de fato, acabou ocorrendo, levando-o a óbito. 4. A despeito da ausência no cumprimento do dever de informação clara e precisa ao paciente, o que enseja a responsabilização civil dos médicos recorridos, não deve prevalecer o valor da indenização fixado pelo Tribunal de origem na apelação, como pleiteado pelos recorrentes no presente recurso especial, revelando-se razoável, diante das particularidades do caso, a fixação do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, acrescido de correção monetária desde a data da presente sessão de julgamento (data do arbitramento), a teor do disposto na Súmula 362/STJ, além de juros de mora a partir da data do evento danoso (27/3/2002 - data da cirurgia), nos termos da Súmula 54/STJ. 5. Recurso especial provido em parte. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial** 1.848.862 – RN. Recorrente: Geraldo José Macedo da Trindade. Recorrido: José Delfino da Silva Neto. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 05 abr. 2022.).

Daí resta claro o dever de informar, que encontra fundamento legal no art. 15 do Código Civil (“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que consagra em seu art. 6º, incisos I e II que são direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de serviços considerados perigosos, bem como a informação adequada e clara sobre os diferentes serviços, com especificação sobre os riscos que apresentam. Já no art. 14, o CDC consagra o dever de informação ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos profissionais pela reparação de danos em caso de informações insuficientes ou inadequadas sobre os riscos do procedimento.

Feitos os esclarecimentos acerca do princípio da autonomia e dos deveres e direitos dele derivados, parte-se para o princípio da beneficência. O referido princípio diz respeito à obrigação do médico de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo, devendo a atuação médica pautar-se no bem-estar do paciente (SOUZA, 2022, p. 16). Para tanto, repisa-se a necessidade de esclarecimentos de riscos e benefícios dos tratamentos ao paciente, para que consinta com o tratamento. No Código de Ética Médica, o princípio encontra previsão no Capítulo I, inciso VI:

O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade.

O princípio da não maleficência, de forma complementar, estabelece o comprometimento do médico em não fazer mal ao paciente, isto é, de não lhe causar dano intencional e de evitar prejuízo ou agravos à saúde (SOUZA, 2022, p. 17). Enquanto o princípio da beneficência implica na atuação de acordo com o interesse e necessidade do paciente (ação

positiva), o princípio da não maleficência se propõe a evitar o mal ao paciente (ação negativa) (SOUZA, 2022, p. 17).

O princípio da justiça, por fim, visa o tratamento equitativo, de forma que cada paciente seja tratado conforme o que é moralmente correto e adequado, dando a cada um o que é devido (SOUZA, 2022, p. 18). Assim, o médico deve reconhecer as diferenças, necessidades e direitos de cada um e ser imparcial, evitando que aspectos sociais, religiosos e financeiros interfiram na relação profissional com o paciente. Nesse sentido, o inciso I do Capítulo I do Código de Ética Médica estabelece que a medicina é profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

3.3 A sistematização da responsabilidade civil do médico no Brasil

Conforme visto anteriormente, o médico deve guiar sua atuação na maximização dos benefícios e na minimização dos prejuízos ao paciente, o que se traduz no princípio da beneficência. Por conseguinte, considera-se que em regra o médico possui obrigação de meio, pois deve apenas esforçar-se para obter a cura com a devida diligência, de modo que não pode obrigar-se a obter resultado determinado acerca da cura (KFOURI NETO, 2021, p. 77). Diferentemente, em casos de cirurgias plásticas de finalidade exclusivamente estética, a jurisprudência entende que os cirurgiões plásticos têm obrigação de resultado, já que o paciente busca com o procedimento o resultado em si (supressão de rugas, remodelação de seios, etc.), e não o empenho do médico para uma cura (KFOURI NETO, 2021, p. 78).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo que a relação médico-paciente é de natureza contratual, esclareceu que o médico possui obrigação de meio quanto aos procedimentos de fins terapêuticos e de resultado em casos de cirurgia plástica de fim exclusivamente estético. No entanto, entendeu a possibilidade de análise fracionada da obrigação em caso de cirurgia plástica com finalidade estética e reparadora/terapêutica, sendo de resultado na parcela estética e de meio na parcela reparadora/terapêutica:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. acórdão recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção. 2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. 3. "Nas cirurgias de

natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.” 4. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial** 1.097.955/MG. Recorrente: Rafael Rezende de Gouveia. Recorrido: Maria de Fátima Vanderley. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 27 set. 2011).

Tanto nos casos de obrigação de meio quanto nos de resultado a responsabilidade dos médicos é em regra subjetiva, considerando a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais (art. 14, §4º). Nos casos de obrigação de resultado, contudo, o ônus da prova é invertido, devendo o profissional comprovar que agiu de forma prudente, perita e diligente e que os danos ao paciente decorrem de fatores alheios à atuação profissional (KFOURI NETO, 2021, p. 243).

Em face da responsabilidade subjetiva, além de conduta voluntária, dano e nexo causal, deverá estar caracterizada a culpa do profissional. A responsabilidade médica, nos termos do art. 951 do Código Civil, resta calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência), de modo que não é necessário intenção, mas apenas a voluntariedade da conduta contrastante com as normas impostas pela prudência (KFOURI NETO, 2021, p. 85).

A negligência médica constitui ato omissivo, caracterizado pela inação, inércia e passividade (KFOURI NETO, 2021, p. 101). Abandono de doente, omissão de tratamento e prescrição de receituário com letra indecifrável (levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso) são exemplos de situações que envolvem negligência médica (KFOURI NETO, 2021, p. 101). Assim, caso o paciente seja prejudicado pela falta do profissional, este poderá ser responsabilizado.

A imprudência médica, por sua vez, constitui culpa comissiva, sendo imprudente o profissional que age sem cautela, de forma precipitada (KFOURI NETO, 2021, p. 108). Dentre os exemplos de imprudência médica estão a realização de anestésias simultâneas, a realização de cirurgia arriscada sem garantia de vaga em UTI e a remoção de pacientes em estado grave em ambulâncias sem equipamentos adequados (KFOURI NETO, 2021, p. 108).

A imperícia médica, por fim, consiste na falta de observação das normas e na deficiência de conhecimentos técnicos da profissão (KFOURI NETO, 2021, p. 110). São exemplos de imperícia o obstetra que corta bexiga de parturiente durante cesárea, ou que provoca traumatismo cranioencefálico no neonato com o uso do fórceps (KFOURI NETO, 2021, p. 111). Na imposição da obrigação de indenizar, é indiferente que o médico deixe de observar regra cujo conhecimento não lhe seria normal desconhecer ou que demonstre despreparo: sempre responderá civilmente pelo dano causado (KFOURI NETO, 2021, p. 110).

Quanto ao nexo causal, Prado Souza (2022, p. 190) ressalta que nem sempre a conduta médica é causa do dano no paciente, podendo haver causas supervenientes imprevisíveis e estranhas à conduta inicial do médico, dada a subjetividade do organismo humano, bem como o descumprimento de recomendações médicas por parte do paciente. Desse modo, na responsabilidade civil do médico, cumpre estabelecer se o dano é mesmo consequência da ação culposa do profissional, ou se é atribuível a causa diversa ou desconhecida (KFOURI NETO, 2021, p. 155).

Sobre a questão, Kfouri Neto (2021, p. 152) aponta que deve haver íntima relação entre o dano o caso fortuito para que haja exclusão do nexo causal, sob pena de somente atenuar a responsabilidade, com redução do *quantum* indenizatório. Também no caso da culpa do paciente, se decisiva para o resultado danoso, promove exclusão do nexo de causalidade. Contudo, se a culpa do paciente meramente contribuir para o resultado, ocorre atenuação da relação causal, com redução do *quantum* indenizatório.

As referidas reduções do *quantum* indenizatório se embasam no o art. 944, *caput* e § único do Código Civil, que determinam que a medida da indenização será a extensão dos danos e, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir equitativamente a indenização.

Ainda quanto ao nexo causal, Kfouri Neto (2021) ressalta a dificuldade de se estabelecer a relação de causalidade quando o dano sofrido pelo paciente decorre da concorrência de múltiplos fatores e menciona diferentes teorias penais que explicam a causalidade e nesse tópico tem ingresso:

[...] segundo a “teoria da equivalência das condições causais”, causa será toda condição que haja contribuído para o resultado, em sua configuração concreta; na “teoria da causalidade adequada”, causa será aquela condição da qual normalmente se deriva o resultado danoso; e a “teoria da causa próxima” considera causa o fator que tenha condicionado, mais proximamente no tempo, o resultado, de modo que o mais próximo exclui o mais remoto (KFOURI NETO, 2021, p. 151).

Considerando que nenhuma das teorias tem adoção obrigatória na responsabilidade civil, o autor reforça que a análise do nexo causal deve levar em conta os fatores que podem ligar a ilicitude da conduta ao dano e classifica como realista a postura assumida pelos tribunais espanhóis, que tem defendido que a determinação do nexo causal entre a conduta do agente e o dano deve se inspirar na avaliação de condições que o bom-senso aponte em cada caso como indicador de responsabilidade, em meio ao infinito encadeamento de causas e efeitos, abstraindo-se o exclusivismo doutrinário (KFOURI NETO, 2021, p. 151-152).

Finalizada a breve exposição acerca da sistematização da responsabilidade civil do médico no Brasil, resta esclarecido que em regra os médicos possuem obrigação de meio e responsabilidade subjetiva, sendo necessário para a imposição de reparação conduta voluntária, dano, nexos causal e culpa *stricto sensu*, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia na atuação profissional que provoque dano ao paciente, caracterizando o denominado erro médico. A identificação do nexo causal entre a conduta do profissional e o dano sofrido pelo paciente nem sempre é tarefa fácil, de modo que constitui ponto relevante para a discussão central do presente trabalho, a (in)aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos de erro médico.

4. DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DA UMA CHANCE AO ERRO MÉDICO

4.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): análise do julgamento do REsp 1.254.141/PR

Conforme mencionado anteriormente, por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou o entendimento de que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério de apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, desde que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Veja-se abaixo o acórdão do referido recurso especial, julgado em 04/12/2012:

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. 2. 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. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial** 1.254.141/PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira – Espólio e outros. Relator: Min. Nancy Andriahi. Brasília, 04 dez. 2012.).

No caso em questão, foi confirmada por perícia a inadequação do tratamento adotado por médico oncologista em uma paciente diagnosticada com câncer de mama, que posteriormente veio a óbito. Dentre os erros cometidos pelo profissional, foram apontados a não recomendação de quimioterapia após o tratamento inicial; a realização de mastectomia parcial, quando seria recomendável mastectomia radical; falta de orientação para que a paciente não mais engravidasse; negativa do aparecimento de metástase; entre outros.

A sentença proferida pelo Juízo de 1ª Instância julgou procedente o pedido principal e condenou o médico ao pagamento de R\$120.000,00 a título de danos morais, mais a reparação de dano material. No Juízo de 2ª Instância foi negado provimento ao recurso interposto pelo médico com base na aplicação da perda de uma chance, sendo o valor da indenização considerado adequado. Por fim, na oportunidade do julgamento pelo STJ, foi dado parcial provimento ao recurso especial para reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença.

Em seu voto, a relatora Ministra Nancy Andriahi, a princípio, discorre sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica. Para tanto, ressalta que nos casos de “perda de uma chance clássica” há sempre certeza sobre a autoria do fato que frustrou a oportunidade e incerteza sobre a existência ou extensão dos danos decorrentes desse fato, enquanto na “perda de uma chance na seara médica” a extensão do dano já está definida, restando saber se a conduta do médico foi concausa para o dano. Assim, suscita questionamentos a circunstância de a conduta do médico ter frustrado oportunidade de cura incerta, e não provocado a doença que matou o paciente, considerando a vedação da indenização de danos indiretamente gerados pelo réu - art. 403 do Código Civil.

Adentrando a discussão doutrinária, a relatora aponta que os defensores da teoria divisionista (vide subtópico 2.3.3) situam de forma equivocada o fator aleatório num processo de mitigação do nexos causal. Isso porque a perda de uma chance consubstancia modalidade autônoma de indenização, invocável nos casos em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Assim, no caso de erro médico alvo de discussão, o médico

não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance de sobrevivência de que ele privou da paciente, não havendo violação ao princípio da *conditio sine qua non*.

Nesse sentido, a relatora defende que posição que apresenta melhores soluções é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica (vide subtópico 2.3.2), indicando que o valor dessa doutrina reside na percepção de que foi subtraída da vítima uma chance, que constitui um dano autônomo, de modo que o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Assim, não é necessário apurar se o bem final (vida) foi tolhido da vítima, bastando o fato de que a chance de viver foi subtraída. O desafio, portanto, seria apenas quantificar o valor econômico da chance perdida.

Alguns doutrinadores, como Savatier e Penneau, apontam que a avaliação das chances perdidas após o desenrolar completo do processo aleatório traria um “risco sistemático” (BRASIL, 2012). Isso porque, como a certeza absoluta em termos de nexo causal é muito rara, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima, deixando o juiz de analisar quem realmente causou o dano, para apenas saber a porcentagem de chances que o agente tirou da vítima. Para os doutrinadores, as sentenças de improcedência seriam mais raras, visto que a dúvida sobre o nexo causal implicaria na reparação parcial do prejuízo. Assim, conforme Savatier, a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o “paraíso do juiz indeciso” (BRASIL, 2012).

A relatora reforça, no entanto, que a necessidade de prevenir o referido “risco sistemático” não pode levar à completa negação da perda de uma chance para as hipóteses de erro médico. O principal argumento para a adoção da teoria da perda de uma chance a tais casos consiste no caráter pedagógico que deve desempenhar a responsabilidade civil, desmotivando o agente e a sociedade de cometer novamente o mesmo ato ofensivo. A não adoção da perda de uma chance na seara médica permitiria que os profissionais da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais/com poucas chances de vida, já que seria muito difícil provar o nexo de causal certo e direto entre a falha médica e a morte do paciente, já que este provavelmente morreria pela evolução da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar.

Por fim, é apontada uma última crítica feita por Peteffi da Silva (2013), no sentido de parecer difícil de imaginar a chance perdida como 'prejuízo distinto do benefício esperado' nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, pois se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima. Em resposta à crítica, a relatora lembra que a oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é

atingido por outro modo, acrescentando que, no exemplo trazido pelo autor, em que o paciente se recupera apesar de grosseiro erro médico, é possível que a correta atuação do profissional possibilitasse à vítima um processo de convalescência mais confortável ou mais veloz, sendo o bem jurídico autônomo por ele lesado justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Encerrada a exposição doutrinária acerca da aplicabilidade da perda de uma chance na seara médica, a relatora destaca como condições para a aplicação da teoria: (i) a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do ofensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

No que diz respeito à adequação do tratamento médico, a relatora relembra a argumentação feita pelo acórdão de 2ª Instância e ressalta que, ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência, de modo que, não tendo sido adotada essa técnica, o médico terá obrado com culpa no tratamento da paciente (BRASIL, 2012).

Desse modo, observando que (i) a chance de melhor qualidade de vida ou de cura da paciente era real e concreta; (ii) existe relação direta entre o tratamento inadequado e a perda da chance de melhor qualidade de vida ou de obtenção de cura da doença; (iii) o fato de a paciente ter gerado filho não rompeu o referido nexo de causalidade; e (iv) o dano final está provado pela morte da vítima, a relatora chegou à conclusão de que a perda de uma chance é aplicável ao caso analisado.

Entretanto, sobre o valor da indenização, foi constatado que o acórdão proferido em 2ª Instância considerou a reprovabilidade da conduta, a intensidade e duração do sofrimento da paciente, a capacidade econômica do ofensor e as condições pessoais da paciente, sem ponderar a redução proporcional da indenização que a perda de uma chance recomenda, pois não deve corresponder ao dano final, mas sim à chance perdida. Destarte, com base nas circunstâncias expostas, a relatora entendeu que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final.

Por fim, para além do caso analisado, vale ressaltar que julgados mais recentes do STJ – como REsp 1622538 - MS (21-03-2017), REsp 1677083 - SP (j. 14-11-2017), REsp

1.662.338-SP (j. 12-12-2017) e AgInt no REsp 1923907-PR (j. 20-03-2023) – ainda seguem o entendimento da possibilidade da utilização da teoria da perda de uma chance como critério de apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, desde que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura ou de sobrevivência do paciente.

4.2 Doutrina pátria: argumentos contrários à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos erro médico

A despeito do posicionamento do STJ, parte da doutrina pátria entende que a teoria da perda de uma chance não deve ser aplicada aos casos de erro médico.

Ao comentar o julgamento do REsp 1.254.141/PR acima analisado, Nunes de Souza (2015, p. 218) questiona a necessidade de se recorrer à teoria da perda de uma chance para imputar ao médico o dever de indenizar, defendendo que, comprovado o comportamento culposos, seria suficiente imputar ao profissional o óbito do paciente proporcionalmente à sua contribuição para a ocorrência do dano. Portanto, ao invés da perda de uma chance, bastaria recorrer à ideia de concorrência de causas, que posteriormente influenciaria na quantificação da indenização a ser paga pelo médico.

Para o autor, aqueles que sustentam a perda de uma chance como dano autônomo buscam apenas se livrar das dificuldades em torno da concorrência de causas, da causalidade parcial e da causalidade alternativa na atuação do médico, esbarrando, no entanto, em novo problema de causalidade, consistente em vincular a conduta médica a outro dano de existência controversa: a supressão da oportunidade de cura (SOUZA, 2015, p. 219).

Quanto à justificativa da finalidade pedagógica da teoria da perda de uma chance, Nunes de Souza (2015, p. 221) afirma que a melhor doutrina reconhece não ser essa a verdadeira função da responsabilidade civil. Isso porque, enquanto as responsabilidades penal e administrativa se preocupam em aplicar punição justa ao ofensor para desincentivar futuras condutas, a responsabilidade civil se preocupa em proteger a vítima, oferecendo compensação que amenize o dano moral sofrido ou recompondo seu patrimônio.

Assim, o autor entende que a lógica que tem guiado a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica é responsabilizar o médico mesmo se não houver falhas em sua atuação, com base no argumento de que a aplicação da teoria preveniria os pacientes de uma possível tendência dos profissionais a tratá-los com descaso (SOUZA, 2015, p. 223).

A referida lógica demonstraria desconfiança em face do médico, transformação da necessidade de proteção do paciente em ônus econômico insuportável ao profissional e a

confusão entre tutela preventiva da pessoa humana e criação de novos danos, provocando a adoção da chamada medicina defensiva, entendida como prática médica que prioriza condutas para evitar demandas judiciais (SOUZA, 2015, p. 223-224).

Tepedino, Terra e Guedes (2022, p. 158) também criticam a aplicação da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, apontando que ela parece desconsiderar o necessário exame da culpa para a responsabilização do profissional, promovendo uma objetivação velada da responsabilidade civil médica.

Ademais, citando Nunes de Souza, afirmam que frequentemente a perda da chance na seara médica é aplicada como se a existência de outro método de tratamento influenciasse no adequado cumprimento do procedimento pelo médico, ignorando que poderá haver mais de um procedimento adequado e que somente se poderá responsabilizar o profissional pelas escolhas que efetivamente fez, quando destoarem do procedimento que a própria medicina considera adequado (SOUZA, 2015 apud TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022, p. 158).

Desse modo, os autores concluem que a aplicação da teoria para responsabilizar médicos pela chance de sobrevivência ou de cura perdida não parece ser adequada, pois implica em admitir, com base em presunções, que a culpa do profissional comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente, sendo irrelevante que o juiz não esteja realmente certo de que a culpa causou o dano (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022, p. 159).

Por fim, Mascarenhas e Godinho (2016, p. 177) afirmam que a teoria da perda de uma chance na seara médica tenta objetivar relações que são, por excelência, subjetivas, classificando como incabível a mensuração de chances de recuperação, cura ou sobrevivência do paciente, pois o uso da estatística para mensurar as chances é pautado em média, o que faz com que toda indenização pautada em estatística seja maior ou menor, caso fosse possível mensurar a chance específica.

Os autores reforçam que o ser humano é por essência diferente, de sorte que cálculos estatísticos não devem ser utilizados como parâmetro para uniformizar e tabelar a humanidade (MACARENHAS; GODINHO, 2016, p. 178). Assim, a padronização de chances para relações humanas promoveria uma má reparação do dano, visto que alguns receberiam indenizações superiores às reais chances existentes, enquanto outros receberiam indenizações inferiores às reais existentes, provocando em ambos os casos enriquecimento ilícito em relação à parte contrária (MACARENHAS; GODINHO, 2016, p. 178).

4.3 Critérios para a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico

Em meio aos argumentos favoráveis e contrários à aplicação da perda de uma chance ao erro médico, entende-se que não convém afastar a aplicabilidade da referida teoria a tais casos. As preocupações apontadas, principalmente quanto à existência de “risco sistemático” para a responsabilidade civil (vide subtópico 4.1), de dificuldade de quantificação e de possíveis injustiças aos profissionais (vide subtópico 4.2), apesar de relevantes, não devem obstar o direito à reparação do paciente vítima de culpa do médico, o qual tinha o dever de atuar de forma diligente, mas acabou comprometendo chances concretas de cura ou de sobrevivência do enfermo.

Assim, conforme destacado pela Ministra Nancy Andrighi no voto do REsp 1.254.141/PR (vide subtópico 4.1), a posição que apresenta melhores soluções é a que considera a perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica (BRASIL, 2012). A chance perdida, com base na referida corrente, passa a ser vista como prejuízo autônomo, e não como indenização parcial do dano final. O dano final é certo, restando incerteza sobre se chance perdida, se realizada, seria capaz de permitir a cura/sobrevivência. Não deve restar dúvida quanto ao fato de a conduta do médico ter comprometido pelo menos uma oportunidade concreta de cura/sobrevivência.

Vale ressaltar que, se comprovado nexos causal direto entre a conduta do médico e o dano final, a perda de uma chance é afastada. Tem-se que, para a aplicação da referida teoria, a vítima deve estar impossibilitada de provar o nexos causal entre a conduta do profissional e a lesão/morte, sendo possível a ela provar apenas a existência do nexos causal entre a conduta do agente e a perda da chance de cura/sobrevivência.

Feitas as ressalvas sobre a aplicação da perda de uma chance ao erro médico, impõe-se o esclarecimento acerca dos critérios para a aplicação da teoria, permitindo a concretização da proteção da vítima, função primordial da responsabilidade civil, sem que haja ônus excessivo ou injustiça aos médicos.

Kfoury Neto (2017, p. 950) aponta como requisitos que a chance deve conter, para se justificar a reparação:

- a) existência indubitosa da chance, probabilidade, possibilidade ou oportunidade de cura ou de sobrevivência;
- b) chance séria, real e efetiva;
- c) supressão, aniquilamento ou destruição dessa chance, pela ação ou omissão do médico;
- d) razoável verificação da possível existência de nexos causal entre a atuação do médico e a chance perdida – embora tal prova nunca possa ser feita, de forma absoluta. A existência da chance – ou, noutras palavras, a efetiva subtração da possibilidade de cura ou de sobrevivência – deve ser indubitosa.

Quanto aos itens “a” e “b”, entende-se que a chance de cura ou sobrevivência não pode constituir mera especulação ou esperança aleatória, distante da realidade e sem respaldo científico, sob pena de incidir no campo dos danos hipotéticos (KFOURI NETO, 2017, p. 950). Para ser indenizável, as chances perdidas devem ser dotadas de elevado grau de credibilidade racional e probabilidade lógica, isto é, precisam ser sérias, reais e efetivas.

Os itens “c” e “d” demonstram a necessidade de constatação donexo causal entre a conduta do médico e a perda de uma chance séria, real e efetiva de cura ou sobrevivência. Sobre a questão, importante repisar que o médico tem em regra obrigação de meio, não de resultado, de modo que não pode a ele ser imposto o pagamento de indenização caso tenha agido de forma diligente, ou seja, observando técnica recomendável ao caso.

Conforme destacado no acórdão do REsp 1.254.141/PR, ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência.” (BRASIL, 2012). Não tendo sido adotada essa técnica, terá o médico obrado com culpa (imperícia, negligência ou imprudência), e deverá ser imposta indenização.

Acrescenta-se que o erro médico não pode ser confundido com o acidente imprevisível e o resultado inevitável. No ensinamento de Veloso de França (2014, apud SOARES; FELÍCIO, 2022, p. 71):

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

Nesse sentido, como exemplos de erros médicos capazes de ensejar reparação por perda de uma chance, Kfourri Neto (2017, p. 949) aponta: (i) falha de diagnóstico (tardios, errôneos ou inexistentes); (ii) ausência de consentimento livre, informado e esclarecido; (iii) falta de exames pré-operatórios/cuidados pós-operatórios; (iv) falta de exames complementares; (v) falta de remoção tempestiva do paciente a hospital com equipamentos adequados.

Em suma, no que concerne ao nexocausal, é imprescindível que se faça com cautela a distinção entre a influência do médico no resultado e as consequências geradas pela própria doença no caso concreto, verificando-se se a gravidade da doença que acometeu o paciente, seu estado atual ou eventuais complicações imprevisíveis não foram os reais propulsores da lesão ou morte. Dada a complexidade da referida distinção em certos casos, é essencial o papel do perito para o esclarecimento, por meio de embasamento científico sólido e coerente, a gravidade

da chance perdida e o grau de influência da conduta culposa do médico no desenvolvimento natural do evento danoso (SPERANDIO, 2020, p. 34).

Por fim, no que diz respeito à estipulação do *quantum* indenizatório, Kfoury Neto (2017, p. 956) aponta que cabe ao julgador:

- a) estabelecer qual seria a compensação devida, caso a reparação tivesse como objeto o prejuízo final;
- b) determinar, com a maior aproximação possível, a extensão da chance perdida. Não apenas considerar eventuais dados estatísticos, mas examinar quanto efetiva seria a probabilidade aniquilada pelo ato do médico, lançando mão do senso comum, de casos análogos, em que se concedeu ao paciente essa possibilidade de cura ou sobrevivência;
- c) nunca relegar a plano secundário o fato de que a reparação, na perda de uma chance, será sempre mitigada, parte da reparação a que faria jus a vítima, considerado o dano final;
- d) sopesar sempre o grau de culpa da conduta médica, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final – dúvida intransponível, também elementar à perda de uma chance. Caso leve ou levíssima a culpa, reduzir-se-á equitativamente a compensação devida, nos exatos termos do art. 944, parágrafo único, do CC/2002.

O primeiro passo, para o autor, consiste em questionamento fictício, supondo a comprovação de nexo causal direto entre a conduta culposa e o dano final: “qual seria o montante da indenização - e quais as verbas devidas - caso se tratasse de culpa provada, sem lugar para a invocação da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência?” (KFOURI NETO, 2017, p. 953).

O segundo passo estipula a necessidade de se estabelecer o percentual das chances que o paciente tinha de não sofrer danos, que foram destruídas pelo médico, considerando ainda se a gravidade da própria doença não superou a chance perdida, com proporcional mitigação. Para a estipulação do percentual e para a determinação da existência de chances, conforme aduzido anteriormente, o trabalho do perito é essencial, cabendo a ele esclarecer a gravidade da chance perdida e demonstrar até que ponto a supressão da chance poderia impedir a consumação do dano.

No entanto, atento às críticas de Mascarenhas e Godinho (2016), Kfoury Neto (2017, p. 954) ressalta que a estatística não pode ser aceita de forma automática, tampouco pode ser desprezada, de modo que deve servir apenas como referencial para o julgador construir, no caso concreto, a verdade judicial. Dada a subjetividade do ser humano, as chances devem ser pessoais, e não meramente estatísticas, impondo-se que o julgador determine se o paciente estaria entre os que se salvariam ou não a partir da prova pericial e dos demais elementos informadores.

O terceiro passo, por sua vez, repisa questão já comentada no subtópico 2.2: o dano pela perda de uma chance é autônomo e se distingue do dano final, de modo não se pode dar ao dano pela perda de uma chance o mesmo valor do dano final, representado pela lesão ou morte do paciente. Desse modo, deve incidir o percentual obtido pela lógica explicada no segundo passo ao montante dos danos encontrados no primeiro passo.

Por último, o quarto passo repete o que foi dito no subtópico 3.3, no sentido de que na quantificação é preciso considerar o grau de culpa com do médico ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final. Assim, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (culpa leve ou levíssima), o juiz deverá reduzir equitativamente a indenização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se a existência de caloroso debate em torno da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos de erro médico: enquanto a jurisprudência brasileira apresenta entendimento favorável à aplicação da teoria ao erro médico – consolidado a partir do julgamento do REsp 1.254.141/PR pelo STJ (BRASIL, 2012) –, parte da doutrina defende sua inaplicabilidade a tal hipótese, argumentando principalmente a ocorrência de desvirtuamento donexo causal, a impossibilidade de perquirição das chances perdidas com o término de um processo aleatório e a consequente criação de um “risco sistemático”, representado pela tendência de reparação parcial dos danos que a aplicação da teoria supostamente motivaria.

No entanto, apesar da relevância das críticas, entende-se que não convém afastar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos de erro médico, considerando que a função precípua da responsabilidade civil é proteger a vítima. Nesse sentido, a vítima não pode ser privada do direito à reparação quando, por um erro médico, teve chances concretas de cura ou de sobrevivência destruídas.

Quanto às correntes que tentam explicar a natureza jurídica da perda de uma chance (vide subtópico 3), em conformidade ao voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.254.141/PR (BRASIL, 2012), constata-se que a apresenta melhores soluções é a que considera a perda da chance como bem jurídico autônomo (vide subtópico 2.3.2), mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica. Assim, a chance perdida é vista como prejuízo autônomo, e não como indenização parcial do dano final.

Importante destacar que o erro médico se caracteriza pela conduta culposa do profissional (negligência, imprudência ou imperícia), da qual decorre dano à saúde do paciente,

não podendo ser confundido com o acidente imprevisível ou com o resultado inevitável. Para a sua constatação é importante considerar a previsibilidade do dano ou da falta de recursos materiais que auxiliem no diagnóstico, fato infelizmente recorrente na rede pública de saúde.

Evidencia-se ainda que o médico possui em regra obrigação de meio, não de resultado, de modo que deve apenas cumprir seus deveres ético-profissionais (vide subtópico 3.2) e se esforçar para obter a cura com a devida diligência, sem poder se obrigar a obter resultado determinado acerca da cura. Nesse sentido, quanto à prescrição feita pelo médico, ainda que, em termos absolutos, não seja a mais eficiente, será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência.

Considerando a subjetividade do ser humano e a necessidade de se evitarem condenações injustas, é imprescindível que se faça com cautela a distinção entre a influência do médico no resultado e as consequências geradas pela própria doença no caso concreto, verificando-se se a gravidade da doença que acometeu o paciente, seu estado atual ou eventuais complicações imprevisíveis não foram os reais propulsores da lesão ou morte, bem como que sejam estabelecidos critérios para a aplicação e quantificação com base na teoria da perda de uma chance.

Assim, são reiterados os requisitos enumerados por Kfoury Neto (2017) que a chance deve ter para ser reparada, isto é, (a) a existência indubitosa da chance, probabilidade ou oportunidade de cura ou de sobrevivência do paciente; (b) chance séria, real e efetiva; (c) destruição da chance pela ação ou omissão do médico; e (d) razoável verificação da possível existência de nexos causal entre a atuação do médico e a chance perdida, sendo que a existência desta última deve ser indubitosa.

Para o cálculo do *quantum* indenizatório da chance perdida pelo erro médico, são adotados os passos estipulados também por Kfoury Neto (2017), de modo que caberá ao julgador (a) estabelecer qual seria a compensação devida em caso de reparação do dano final; (b) determinar a extensão da chance perdida a partir de dados estatísticos e do exame de quão efetiva seria a probabilidade aniquilada pelo ato do médico, lançando mão do senso comum, de casos análogos, entre outros; (c) a reparação, na perda de uma chance, será sempre mitigada; (d) sopesar sempre o grau de culpa da conduta médica, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final.

Não obstante, tanto para o estabelecimento do nexos causal quanto para o cálculo do *quantum* indenizatório é imprescindível o papel desempenhado pelo perito para o esclarecimento, por meio de embasamento científico sólido e coerente, da gravidade da chance

perdida e do grau de influência da conduta culposa do médico no desenvolvimento natural do evento danoso, evitando-se condenações injustas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217, de 01 de novembro de 2018.** Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: <https://shre.ink/9ma8>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1923907/PR.** Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 20 de março de 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/cGUYZ>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.291.247/RJ.** Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <https://shre.ink/9mVj>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.848.862/RN.** Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 05 de abril de 2022. Disponível em: <https://shre.ink/9mi5>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.097.955/MG.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 27 de setembro de 2011. Disponível em: <https://shre.ink/9mF9>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.254.141/PR.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://shre.ink/9m2h>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.622.538/MS.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/ryD47>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.662.338/SP.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/pzMNS>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.677.083/SP.** Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/xFOX0>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica.** São Paulo: Método, 2013.
- COSTA, Luisa Maciel da. **A natureza jurídica da perda de uma chance: um estudo doutrinário e jurisprudencial.** 2018. 85 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://encurtador.com.br/xyPT2>. Acesso em: 11 jul. 2023.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Especialização em saúde da família: bioética**. São Paulo: UNIFESP, 2012. Disponível em: <https://encurtador.com.br/fAHU0>. Acesso em: 14 maio 2023.

KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 3, p. 947-964, set./dez. 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR E TJPE. **Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 159-192, set./dez., 2016. Disponível em: <https://11nq.com/ebQqu>. Acesso em: 11 maio 2023.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Sequências Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.l.], v. 19, n. 37, p. 21-37, 1998. Disponível em: <https://encurtador.com.br/EHW01>. Acesso em: 11 maio 2023.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Nuno Santos. **A “perda de chance” como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (org.). **Direito Civil Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

SOARES, Rodrigo Augusto; FELÍCIO, Clarissa Machado. A perda de uma chance como indenização decorrente de erro médico. **Revista Científica UNIFAGOC**, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 67-84, 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/yLUX1>. Acesso em: 10 mar. 2023.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Direito Médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

SPERANDIO, Pedro Bertollo. **Aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil proveniente de erro médico**. 2020. 50 p. Trabalho de Conclusão de

Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.
Disponível em: <https://encr.pw/kCuHs>. Acesso em: 10 maio 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito Civil:** responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 4 v.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil:** responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 4 v.